

Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela 2020

En homenaje a los 40 años de la Especialización

ANEDDA

Una publicación de:



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado

Centro para la Integración y el Derecho Público
en alianza con el
**Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela**

**ANUARIO DE LA ESPECIALIZACIÓN
EN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA**

Año 2020

En homenaje a los 40 años de la Especialización



Coordinación: Armando Rodríguez García,
Antonio Silva Aranguren, Gabriel Sira Santana

Caracas, 2021

© Centro para la integración y el Derecho Público
**Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad
Central de Venezuela**

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en este Anuario son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con la de los coordinadores del mismo, el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) o el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Depósito legal N° DC2017000040
ISSN 2610-8089

Publicación anual
Disponible en <https://derechoadministrativoucv.com.ve>

Coordinación: Armando Rodríguez García, Antonio Silva Aranguren, Gabriel Sira Santana

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)
Avenida Santos Erminy, Urbanización Las Delicias, Edificio Park Side, Oficina 23,
Caracas, Venezuela
E-mail: contacto@cidep.com.ve
<http://cidep.com.ve> <http://cidep.online>

Centro para la Integración y el Derecho Público

Fundado en enero de 2005, en la ciudad de Caracas, el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) es una sociedad civil dedicada al estudio del derecho público y los aspectos jurídicos de los procesos de integración regional.

El CIDEP desarrolla principalmente actividades de investigación y divulgación.

La Dirección General del CIDEP corresponde a Jorge Luis Suárez Mejías y la Dirección Ejecutiva a Antonio Silva Aranguren. La Subdirección recae en Samantha Sánchez Miralles.

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

El *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA) aceptará artículos de estudiantes de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, para su evaluación a los efectos de su publicación, a través de la dirección electrónica aeda@derechoadministrativoucv.com.ve. Los trabajos presentados habrán de atender a las siguientes pautas:

1. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por colaboración.
2. Espaciado de 1.5 puntos, letra Arial, número 12, tamaño carta, márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y derecho e izquierdo de 3 cm, sangría de 0.75 cm al inicio de cada párrafo.
3. Incluir, en español, un resumen de máximo 150 palabras y de 3 a 5 palabras claves.
4. El texto se dividirá atendiendo a la siguiente jerarquía. La introducción y la conclusión no se enumeran:
 - I.
 1.
 - A.
 - a.
 - a'.
5. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas y se seguirá el siguiente orden: nombre y apellido del autor: *título de la obra*. Editorial. Lugar de publicación, año de publicación, número de páginas citadas. Ejemplo: Samantha Sánchez Miralles: *Casos de estudio sobre la expropiación en Venezuela*. Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016. En caso de revistas u obras colectivas, el orden a seguir es el siguiente: nombre y apellido del autor: "título del trabajo". *Título de la revista u obra*. Editorial. Lugar de publicación, año de publicación, número de páginas citadas. Ejemplo: Jorge Luis Suárez: "El verdadero sentido de los poderes de gobierno bajo estado de excepción: recuerdos de un fallo de la Corte Suprema de Justicia y de un Estado que ya no existe". *Revista de Derecho Público*. N° 143-144. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 88-89.
6. Si la cita supera las 60 palabras deberá incluirse como párrafo aparte, y con margen izquierdo de 0.75 cm, letra Arial, número 10. En caso de ser inferior a las 60 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
7. El AEDA no está en la obligación de publicar las colaboraciones recibidas. Estas colaboraciones serán sometidas a un proceso de revisión arbitral, basado en criterios académicos, a fin de determinar si procede o no su publicación.
8. Los autores que publiquen en el AEDA ceden sus derechos sobre sus obras, a excepción del derecho de ser reconocido como tales, a tenor de lo previsto en el artículo 19 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

ÍNDICE

Número cinco.....	7
En homenaje a la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela.....	9
Derecho a la buena administración y al buen gobierno. Moisés Enrique MARTÍNEZ SILVA	11
El interés general en los actos cuasijurisdiccionales. Fernando Javier DELGADO RIVAS	59
El principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela. Marisela BENÍTEZ UNIBIO	181
Aspectos normativos de los estudios de postgrado en Venezuela. Dignora BLANCO	271
La confiscación de bienes en Venezuela. Julio César CELIS	305

NÚMERO CINCO

En el quinto número del *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA) que nos corresponde reseñar, el lector encontrará cinco artículos elaborados por estudiantes de la mencionada especialización.

En esta ocasión, los artículos seleccionados responden a investigaciones desarrolladas como trabajos especiales de grado a fin de obtener el título de Especialista en Derecho Administrativo y versan sobre temas como la buena administración, los procedimientos administrativos y el patrimonio público.

Así, la primera colaboración lleva por título **“Derecho a la buena administración y al buen gobierno”** y su autoría corresponde a *Moisés Enrique Martínez Silva*, quien diserta sobre cómo el foro nacional e internacional ha entendido el derecho a la buena administración y el derecho al buen gobierno, para luego adentrarse en la regulación de ambos en el derecho comparado y nacional, destacando en consecuencia las normas de rango constitucional, legal y sublegal que pueden clasificarse como parte de “la buena administración”.

De seguida, con **“El interés general en los actos cuasijurisdiccionales”**, *Fernando Javier Delgado Rivas* estudia la relación que existe –o debería existir– entre los procedimientos cuasijurisdiccionales y el interés general. Con motivo de lo anterior, el autor aborda la expansión y críticas que ha recibido este procedimiento, el concepto del interés general, su vinculación con el Estado Social de Derecho y, en definitiva, la imposibilidad de que la Administración Pública actúe como un tercero imparcial en este u otro procedimiento dada su obligación de ser garante de dicho interés en virtud de su rol vicarial.

La colaboración subsiguiente se titula **“El principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela”**, de *Marisela Benítez Unibio*, y consiste en un repaso de las diferentes normas que regulan las contrataciones públicas y que permiten confirmar la importancia que tiene el principio de transparencia en la actividad administrativa en general y en las contrataciones del Estado en particular. Para arribar a esta conclusión, la autora destaca –por ejemplo– los atributos de este principio, su modulación, finalidad y principios relacionados, así como su materialización en las diferentes etapas de los procedimientos de contratación, con inclusión de la contratación electrónica.

También de interés para el Derecho Administrativo hallamos el artículo “**Aspectos normativos de los estudios de postgrado en Venezuela**” de *Dignora Blanco*, quien después de categorizar jurídicamente a los estudios de postgrado y comentar su trascendencia jurídica, económica, política y social, aborda el tema del derecho a la educación –tanto en su origen como alcance y efectos– para concluir con el análisis de la normativa aplicable a los estudios de postgrado en el país, que se caracteriza por su carácter sublegal.

Finalmente, el AEDA 2020 concluye con “**La confiscación de bienes en Venezuela**” de *Julio César Celis*, cuyo trabajo enlista y explica los supuestos de confiscación previstos en la Constitución de la República; que a su vez vincula con los antecedentes constitucionales de la figura, la garantía del derecho de propiedad en general y la diferencia que existe entre la confiscación y otros modos de adquisición especial o forzosa de la propiedad por parte del Estado, como lo sería la expropiación.

Como en años anteriores, agradecemos a los estudiantes de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela por su interés en esta iniciativa e invitamos al resto de los cursantes a que presenten sus artículos para la próxima edición del anuario, de acuerdo con las pautas que podrán encontrar en las primeras páginas de cada número.

Gabriel Sira Santana

Octubre, 2021

EN HOMENAJE A LA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Aparece ahora el quinto número consecutivo del Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, y en esta oportunidad hemos dedicado su publicación a celebrar los cuarenta años que cumple justamente ese curso de Especialización en Derecho Administrativo, desde que comenzó su actividad docente en el año 1981.

A ese fin, haciendo una excepción en su línea editorial –justificada por la singularidad del evento que se conmemora–, se ofrecen los textos de cinco trabajos cuyos autores ya no son estudiantes de la Especialización, aunque no han perdido el vínculo con la misma porque son sus egresados. Con ello, se plasma una particularidad del régimen universitario, según la cual, la conclusión de la relación jurídico administrativa típica entre el estudiante y la Universidad, por cumplimiento de su objeto (la obtención del grado), da paso a un nuevo vínculo con la institución –esta vez de permanencia indefinida en el tiempo– que configura el estatus jurídico de egresado, cargado de sentido espiritual, pero que significa además, un supuesto de particular interés para el Derecho Administrativo.

En efecto, los epígrafes que se recogen en el contenido de este número del AEDA (“Derecho a la buena administración y al buen gobierno”, “El interés general en los actos cuasijurisdiccionales”, “El principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela”, “Aspectos normativos de los estudios de postgrado en Venezuela” y “La confiscación de bienes en Venezuela”), se corresponden con Trabajos Especiales de Grado (TEG) elaborados, presentados y aprobados como parte de su Plan de Estudios, por quienes fueron cursantes de la Especialización y ahora ostentan el título académico de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. A saber, respectivamente: Moisés Enrique Martínez Silva, Fernando Javier Delgado Rivas, Marisela Benítez Unibio, Dignora Blanco, y Julio César Celis.

A todos ellos el agradecimiento del Anuario por haber permitido servir de pequeña muestra de reconocimiento a esta publicación y al Curso que la aloja, en esta fecha especial.

EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y AL BUEN GOBIERNO

Moisés Enrique Martínez Silva¹

Resumen: *El propósito de este trabajo es analizar que se ha entendido en la doctrina nacional e internacional por derecho a la buena Administración y derecho al buen gobierno, estudiando además aquellas normas de la Unión Europea e Iberoamérica que los consagran expresamente como derechos y compararlas con el ordenamiento jurídico venezolano vigente.*

Palabras clave: Buena administración – Gobierno – Derecho comparado.

SUMARIO. Introducción I. Preliminar. Diferencias entre administración y gobierno. **II.** Derecho a la buena administración. **1.** Antecedentes. **2.** Naturaleza, concepto y características. **III.** Derecho al buen gobierno. **1.** Antecedentes. **2.** Naturaleza, concepto y características. **IV.** Buena administración y buen gobierno en el derecho comparado. **1.** La Unión Europea. **2.** Estados Iberoamericanos. **V.** Derecho a la buena administración y al buen gobierno en Venezuela. **1.** Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **2.** Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. **3.** Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos. **4.** Ley Orgánica de la Administración Pública. **5.** Ley Contra la Corrupción. **6.** Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos. **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

No son pocas las consideraciones que se han escrito sobre el derecho al buen gobierno y a la buena Administración en la Europa Continental, con mayor preminencia desde la consagración de ese último derecho en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se estableció un compendio de principios y normas que buscan la protección de los ciudadanos; los cuales fueron posteriormente recogidos por el Tratado de Lisboa, en el cual se establecieron elementos de buen gobierno y de la buena gobernanza europea. Asimismo, en varias de las constituciones de los países miembros de la Unión Europea se establecen agrupados o disgregados estos derechos ciudadanos.

¹ Abogado. Especialista en Derecho Administrativo. MSc en Gerencia Pública. Profesor de la Escuela de Estudios Internacionales y de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Director General del Institute of Citizen Studies.

En ese orden de ideas, en la literatura americana, se discute ampliamente desde finales del siglo pasado los principios y contenido del *good government* y sus posibilidades de exigibilidad. A nivel regional, se han suscrito frente organizaciones intergubernamentales, diversos compromisos y acuerdos, tendientes a la consecución de una buena Administración y buen gobierno, entre los que podemos resaltar, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública y el Código Iberoamericano de Buen Gobierno.

De igual manera, en Venezuela, contamos en nuestra Constitución y leyes con diversas disposiciones normativas de la cuales parecen derivarse verdaderos elementos del derecho al buen gobierno y a la buena Administración, asimismo, existen significativos estudios patrios sobre este punto, que han realizado variedad de prestigiosos autores, cuyas teorías utilizaremos para desarrollar el presente trabajo; no obstante lo anterior, lo cierto es que, en la instituciones del país, pareciera no haber permeado tal principio. Es por ello que, nuestro objetivo consiste en describir la noción, naturaleza, características y contenido de estos derechos que deben formar parte de nuestras instituciones, a los fines de profundizar en su aplicación y determinar los factores que pueden estar influyendo en su eficacia, para alcanzar un verdadero cumplimiento, independientemente de los operarios que detenten el poder.

Siendo el Derecho Administrativo historicista por definición, remitimos a los planteamientos y fuentes originales del contenido del derecho a la buena Administración y al buen gobierno, con base en la doctrina y experiencias del derecho comparado, permitirá determinar y contrastar las virtudes, desviaciones y carencias de nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a la consagración del referido derecho. Igualmente, se pretende que este trabajo sea objeto de debates, críticas y discusiones, que encaminen a formular y fomentar la creación de propuestas de diversos sectores de la sociedad, con miras a que sean presentadas a los distintos factores de poder, para lograr consensos y buscar soluciones viables, que permitan la reestructuración de nuestra Administración Pública.

A primera vista resulta ambicioso el objetivo final de este trabajo, no obstante, la pretensión no es dar respuesta o todos los problemas de los cuales adolece nuestra Administración y nuestros Gobiernos –quizás no se logre darle respuesta a ninguno–, por el contrario, la intención es exponer algunos conceptos y teorías, que incentiven la investigación sobre el tema, para que de esa manera el derecho a una buena Administración y un buen gobierno forme parte de nuestra idiosincrasia, que lo exijamos y hagamos valer como cualquier otro derecho.

Quizás resulte cuestionable e incluso paradójico, escribir sobre el Derecho a una buena Administración y a un buen gobierno, en el marco de la realidad social, económica, jurídico y política de la Venezuela actual, circunstancias que lejos de estar limitadas a una coyuntura temporal, parecen estar creando –o ya haber creado– un paradigma intrínseco a la clase política y e intelectual de nuestro país. Pero es precisamente allí donde radica la importancia y el impulso para desarrollar el presente tema, mostrar una nueva visión, mayormente desarrollada en otras latitudes, según la cual, como ciudadanos, tenemos el derecho a exigir de nuestros servidores públicos, estándares de servicio e irrestricto respeto y sometimiento de esos, en el ejercicio de sus funciones, a la Constitución y las leyes y no a intereses personales o una parcialidad política, para ello, tal como señalara el Profesor Armando Rodríguez, la academia juega un rol imprescindible: “convocando a las unidades de administración académica a sumergirse plenamente en la cultura del Derecho, procurando alcanzar el paradigma de la Buena Administración, –consagrado hoy día como un derecho fundamental de las personas–, mediante el respeto absoluto a las pautas jurídicas, como manifestación de pleno apego al Principio de Legalidad”².

I. PRELIMINAR. DIFERENCIAS ENTRE ADMINISTRACIÓN Y GOBIERNO

Antes de referirnos al contenido y naturaleza de los derechos del buen gobierno y la buena Administración, debemos establecer una división conceptual básica entre Administración y Gobierno, ya que solo de esa manera será posible adentrarnos a las especificidades que el trabajo de investigación supone. Aunque la línea divisoria entre uno y otro resulta muy tenue, y en ocasiones bastantes frecuentes se trastocan y confunden, cada una de estas instituciones tiene una significación propia, de la cual se derivan derechos diferentes con respecto a los ciudadanos, siendo que, una Administración inmersa en el burocratismo, ineficaz y desordenada, es el caldo de cultivo para gobiernos corruptos, negligentes e improvisados, es por ello que, partimos de la premisa que como antesala al buen gobierno, se requiere una buena Administración.

La confusión radica básicamente en que el presupuesto indispensable para que haya Administración Pública es que esta se encuentre en el seno de un Estado moderno, cuyo elemento existencial, además del pueblo y el territorio, es el Poder Político o Poder Público, que en su distribución tradicional se ejerce a través de los órganos de las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial;

² Rodríguez García, Armando. “Los estudios de postgrado como asunto jurídico-administrativo”. En: *Revista de Derecho Público* N° 141. Caracas, 2015, p. 119.

donde los máximos jefes de esos órganos, en especial –como se verá más adelante–, los de la rama ejecutiva central, se encargan del Gobierno o dirección política. Es decir, por antonomasia, a la rama ejecutiva del Poder Público, se le atribuyen las funciones administrativas y de gobierno, aunque éstas puedan y de hecho sean ejercidas también por otras ramas.

Por lo planteado precedentemente, resulta evidente la dificultad, o más bien la imposibilidad, de separar absolutamente los conceptos de Administración y Gobierno, no obstante, cada uno de ellos tiene sus propios elementos.

Así, como primera distinción, la Administración Pública desde su óptica cultural, es “definida como una organización permanente destinada a prestar servicios”³, siendo imperativo el elemento de la permanencia, a diferencia de los Gobiernos, cuya naturaleza es, en principio, transitoria.

Por otra parte, la Administración desde el punto de vista orgánico o subjetivo, ha sido entendida como el conjunto de órganos y entes que conforman la rama ejecutiva del Poder Público.

El Gobierno por su parte, para el profesor Sánchez Falcón: “está constituido por el conjunto de los individuos o, más exactamente, por el conjunto de las instituciones, o de los órganos, que rigen el Estado. El Gobierno es, por tanto, necesariamente autoritario, en el sentido (amplísimo) que su voluntad –aunque se haya formado democráticamente– vincula y dirige coercitivamente las múltiples voluntades sometidas”⁴.

En esa misma línea, el maestro Peña Solís, sustentado en la doctrina italiana de Chelli, afirma que el gobierno en sentido estricto:

[E]s el órgano colocado al vértice del Poder Ejecutivo, o de la estructura administrativa estatal; en sentido amplio, el gobierno es el conjunto de órganos que constituyen el vértice del Poder Central, o sea, los órganos constitucionales que realizan las funciones estatales, de tal suerte que en esta acepción formarán parte del

³ Hernández, José Ignacio. “Los orígenes de la doctrina de Derecho Administrativo en Venezuela”. En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 7. Caracas, 2015, p. 107. El autor parafrasea a Gianinni, para quién la “organización administrativa es una organización propia que se interpone entre la colectividad general y los órganos constitucionales”; puntualizando que el Estado comienza a formarse entre los Siglos XV y XVII. Para entonces la Administración era la organización que dictaba actos autoritarios, con lo cual, la Revolución Francesa fue determinante para la creación del “Estado de Derecho administrativo”, resultado del acoplamiento de distintas figuras, desde el derecho constitucional inglés (división de poderes e interdicción a la arbitrariedad, por ejemplo), como del absolutismo ilustrado (la existencia de normas de derecho público).

⁴ Sánchez Falcón, Enrique. *Derecho Constitucional*. UCV. Caracas, 1996, p. 138.

gobierno no sólo el Poder Ejecutivo, sino también el Parlamento y el Poder Judicial, y en el marco de esa tesis, en el ordenamiento venezolano, integrarían al gobierno el Poder Electoral y el Poder Ciudadano⁵.

Así las cosas, a diferencia de la Administración, el Gobierno no es concebido como la totalidad de órganos y entes que conforman la rama ejecutiva del Poder Público, ni mucho menos se identifica con aquellos órganos que ejercen la función administrativa, sino que desde el punto de vista orgánico se entiende conformado por aquellos órganos que ejercen la dirección, más concretamente suele referirse a los órganos que se hallan en la cúspide de cada uno de los niveles políticos-administrativos (en el caso de los Estados federales) y que expresan o ejecutan la voluntad del órgano institución.

En Venezuela, se ha intentado, a través del Decreto Sobre la Organización General de la Administración Pública publicado en Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.238 de 13-07-2016, entre otras cosas, discernir desde el punto de vista orgánico entre Gobierno y Administración, al establecer que los órganos que conforman el Nivel Central de la Administración Pública está integrado por la Presidencia, la Vicepresidencia, las Vicepresidencias sectoriales, el Consejo de Ministros, los Ministerios y demás órganos creados por la ley; mientras que a los órganos encargados de la dirección de la acción de Gobierno, de conformidad con el artículo 4 de dicho decreto es “a quienes les corresponde la coordinación general de los demás órganos superiores de dirección, así como la definición de las líneas elementales en la formulación de políticas públicas, su ejecución y control” y estará a cargo de la Presidencia, la Vicepresidencia, las Vicepresidencias sectoriales y el Consejo de Ministros, existiendo una coincidencia parcial con algunos de los órganos centrales de la Administración y los de Gobierno, excluyendo los últimos a los Ministerios y a otros órganos creados por vía legal.

A pesar de los intentos esbozados en párrafos precedentes para diferenciar Administración y Gobierno, lo cierto es que, desde el punto de vista orgánico y circunscribiéndonos a los órganos que típicamente desarrollan esas funciones administrativa y política, es decir, a los órganos de la rama Ejecutiva del Poder Público, coinciden, al menos parcialmente, los máximos órganos de la Administración Pública, con los del Gobierno, siendo necesario plantear la diferencia desde la perspectiva funcional.

Desde el punto de vista funcional, no obstante identificarse en principio a la Administración con la rama ejecutiva del Poder Público; desde el punto

⁵ Peña Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo II. Ediciones Paredes. 4º reimp. Caracas, 2012, pp. 429-430.

de vista formal-sustancial y del principio del ejercicio interorgánico de las funciones del Estado, expuesto por el profesor Allan Brewer-Carías⁶, se prevé que otros órganos y entes, independientemente de la rama del Poder Público a la que pertenezcan, realicen la función administrativa del Estado; entendiendo ese último por función administrativa, aquella donde la Administración “entra en relación con los particulares, como sujeto de derecho, gestor del interés público”⁷. Mientras que, la concepción del gobierno generalmente es limitada a los máximos jerarcas de la rama ejecutiva del Poder Público, no obstante, desde el punto de vista funcional, el órgano representativo de la rama legislativa también realiza funciones típicamente de Gobierno.

Plantea el autor patrio Peña Solís⁸, con base en la tesis de Muñoz Machado (2005), que la función de Gobierno, también denominada de *indirizzo político* o de dirección política, fue concebida como una cuarta rama o función del Poder Público durante la época del fascismo italiano, y que buscaba, separar tajantemente al ejecutivo, del Gobierno, con la intención de que ese último escapara del control administrativo y judicial de sus actos. En la actualidad, esa función de gobierno o política no escapa del control jurisdiccional, al contrario, debe pleno sometimiento a las disposiciones constitucionales de las cuales dimanen sus potestades y límites.

La característica principal de la función política para el Dr. Brewer, es que “está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República, es decir, al nivel superior de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla”⁹; continúa el mismo autor señalando que “se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en general sin condicionamiento legal alguno”¹⁰, para terminar diferenciando la función política de la administrativa señalando que, “[l]a función política, por tanto, se traduce en actos estatales de rango legal, en tanto que la función administrativa se traduce en actos estatales de rango sublegal”¹¹. En esa misma línea de ideas, el precitado autor plantea una diferencia entre las funciones que ejerce el presidente de la República al señalar que “en general, el presidente de la República ejerce sus atribuciones de jefe del Estado en ejercicio de

⁶ Brewer-Carías, Allan. *Los poderes, órganos y funciones del Estado y los actos administrativos: A propósito de la publicación de mi “Derecho Administrativo” por la Universidad Externado De Colombia*, Bogotá, 2006, p. 10.

⁷ Brewer-Carías, Allan; Gordillo, Agustín; Ortiz, Eduardo; y Vidal, Jaime. *La función administrativa y las funciones del Estado*. EJV. Caracas, 2014, p. 218.

⁸ Peña Solís, José. *Lecciones de Derecho Constitucional General*. Tomo I. UCV. Caracas, 2008, pp. 102 y ss.

⁹ Brewer-Carías, Gordillo, Ortiz, y Vidal, ob. cit., p. 212.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 212-213.

¹¹ *Ibid.*, p. 213.

la función política, y de jefe del Ejecutivo Nacional, en ejercicio de la función administrativa”¹², sin excluir, la posibilidad de que la Asamblea Nacional pueda realizar la función de gobierno mediante leyes (amnistía) o actos parlamentarios sin forma de ley.

Otra definición de dirección política del Estado, de conformidad con Mortati, citado por Peña, la traduce en: “el conjunto de manifestaciones de voluntad en función del logro de un fin único, las cuales comportan la determinación de un impulso unitario y de coordinación a los efectos de que los múltiples cometidos estatales se desarrollen en modo armónico”¹³. En suma, desde la óptica funcional, tal como lo afirma Peña Solís, el gobierno en sentido amplio no es otra cosa que “el conjunto de autoridades encargadas de ejercer el poder político”¹⁴, poder que, a pesar de estar dotado de una nota de supremacía, es un poder jurídico debidamente tipificado y en ese sentido debe ser ejercido.

A pesar de los diferentes intentos doctrinales por demarcar la distinción entre Administración y Gobierno, en la práctica, resulta engorroso dilucidar cuando se está en ejercicio de la función política o de la administrativa; es por ello que, para el análisis y determinación de cuando un órgano realiza una u otra función, en especial aquellos del vértice o cúspide de la rama ejecutiva del Poder Público, debemos realizar un análisis pormenorizado de cada situación.

Para Peña, el único método para determinar lo anterior, es realizar el análisis individualizado de cada norma atributiva de competencia tal como lo establece en los siguientes términos:

El único método para intentar lograr el referido esclarecimiento radica en el análisis de la norma constitucional atributiva de competencia, la cual en casi la totalidad de los casos alude a competencias políticas y administrativas conjuntamente. De modo, pues, que corresponde al intérprete, y en última instancia a los órganos jurisdiccionales competentes, realizar la mencionada determinación, siempre orientados por las variables que la doctrina denomina dirección política del Estado, y dirección administrativa, o ejecución de la política general formulada por el Gobierno¹⁵.

Concretamente, referido al tema del buen gobierno y la buena Administración, el autor Ponce Solé distingue ambas acepciones, afirmando que: “[l]a idea de buen gobierno se refiere al modo cómo una parte del Poder Ejecutivo, el gobierno, desarrolla sus funciones, mientras la buena administración hace

¹² Ibid., p. 211. Nota al pie 31.

¹³ Peña Solís. *Manual...*, ob. cit., pp. 430-431.

¹⁴ Peña Solís. *Lecciones...*, ob. cit., p. 440.

¹⁵ Peña Solís. *Manual...*, ob. cit., p. 431.

referencia al modo cómo el Poder Ejecutivo desarrolla sus tareas administrativas, siendo los conceptos de mala administración (negligente) y corrupción (mala administración dolosa) sus opuestos”¹⁶.

Asimismo, Rodríguez-Arana, establece con relación a la diferencia entre Administración y Gobierno lo siguiente:

Es verdad que con frecuencia se confunde gobierno con gestión o administración, pero en realidad el complejo gobierno-administración, indisolublemente unido, hace referencia a la cabeza y al cuerpo. La cabeza manda y el cuerpo concreta sus dictados. Unos dictados, insisto, que no son, no deben ser, caprichosos o arbitrarios, sino proyección del programa electoral que concitó la mayoría en las elecciones. La administración, pues, está bajo la dirección del gobierno, pero ni se confunde ni con ella se identifica. Por eso, cuándo tratemos de buen gobierno o de buena administración o gestión pública, queremos decir que ambas actividades, distintas, pero íntimamente unidas, deben confeccionarse con arreglo a los postulados que las conforman en el marco del sistema político, fundamentalmente en forma de materializaciones concretas que son trasunto de los valores o vectores marcados por el gobierno de turno.

Por tanto, buen gobierno y buena administración o gestión pública están relacionados como la cabeza y el cuerpo, como la materia y la forma, como la potencia o el acto. Hay, debe haber, una perfecta sintonía en las materializaciones concretas, las políticas públicas con lineamientos superiores establecidos. Por ejemplo, un mal gobierno es el que invade la esfera de la administración o gestión. Igualmente, una mala administración o gestión es la que se inmiscuye en valoraciones o parámetros políticos¹⁷.

En definitiva, el reconocimiento de las diferencias entre Gobierno y Administración, nos facilitará comprender cabalmente la instituciones y disposiciones del Derecho Comparado, que a su vez nos permitirán determinar cuál es el contenido del derecho al buen gobierno y cuáles son las exigencias de una buena Administración, y de esa forma esclarecer sí, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, es exigible el cumplimiento de dichos principios.

¹⁶ Ponce Solé, Juli. “El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción”. En *El control de actividad estatal I. Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2016, p. 230.

¹⁷ Rodríguez-Arana, Jaime. “Gobernanza, Buena Administración y Gestión Pública”. En *Seminario de Modernización y Apertura de la Administración Pública*. Aragón, 2012, p. 1.

II. DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

1. Antecedentes

Podemos señalar con respecto al derecho a la buena administración que, al menos en el Derecho Comunitario Europeo, tiene su origen en las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de comienzos de la década de los noventa, en donde surgen referencias a la necesidad de instaurar buenas prácticas administrativas y mantener una sana Administración, haciendo hincapié en la pretensión de proteger a los ciudadanos frente a la actuación de las Instituciones de la Comunidad Europea. Esas decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fueron dotando de imperatividad y delimitando el contenido del principio de buena Administración, al establecer que las normas internas de la Comisión de la Comunidad Europea, relacionadas a principios de buena y sana administración, son imperativas y no meramente interpretativas¹⁸.

En el año 2000, la buena Administración es consagrada como un derecho fundamental en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Parlamento Europeo el 07-12-2000 en Niza y adaptada el 12-12-2007 en Estrasburgo. Al respecto, Jacob Söderman, el primer Ombudsman europeo, señaló que el siglo XXI sería el siglo de la buena Administración¹⁹.

Posteriormente, ese Derecho será consagrado en el Tratado que Establece una Constitución para Europa en el 2004, y formará parte del Tratado de Lisboa de 2007.

En Iberoamérica, el derecho a la buena Administración aparece consagrado en diversos ordenamientos jurídicos y en normas del Derecho Administrativo Global, dentro de la que cabe resaltar la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) –del cual forma parte Venezuela– en Caracas el 10-10-2013 y adoptada por la Organización de Estados Iberoamericanos en XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en la Ciudad de Panamá los días 18 y 19-10-2013.

¹⁸ Para mayor detalle ver nota al pie 42 de Perfetti, Luca. “Diritto ad una Buona Amministrazione, determinazione dell’interesse Pubblico ed Equità”. En: *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p 806.

¹⁹ “Speech of the European Ombudsman - Public Hearing on the draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, Preliminary remarks”. Bruselas, Bélgica. 02-02-2000.

2. Naturaleza, concepto y características

En un primer momento, a pesar de que nominalmente nos referimos a la buena Administración como un derecho, debemos examinar su contenido, para aproximarnos a su naturaleza jurídica y de esa manera determinar si se trata de un derecho, de un deber o de un principio del ordenamiento jurídico. Duque Corredor, establece que son fuentes del Derecho Constitucional, los valores, los principios y las normas, distinguiéndolos por el grado de abstracción de cada uno de ellos y refiriéndose a los principios constitucionales como aquellos que “desarrollan los valores superiores, y por eso, operan en un segundo nivel, de menos abstracción”²⁰; por su parte, con respecto a las reglas o normas constitucionales consagra el referido autor, que se hallan en un tercer nivel o plano material y son la que “aplican esos valores y principios, como cualesquiera norma jurídica, dotadas, por tanto, en su estructura de un presupuesto abstracto de Derecho, de un supuesto de hecho concreto y de una consecuencia jurídica, en un perfecto silogismo”²¹.

Analizando la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, el autor José Antonio Muci²², sobre la naturaleza jurídica del Derecho a la buena Administración, establece que la buena Administración es al mismo tiempo un principio general, una obligación de todas las Administraciones Públicas y un Derecho Fundamental. En ese mismo sentido, Ponce Solé, reitera que en algunos ordenamientos jurídicos es posible apreciar la triple naturaleza de la buena Administración, mientras que, en otros está concebida o consagrada solo como un principio, derecho o deber, según sea el caso:

Dado que la configuración del derecho a una buena administración dependerá de cada ordenamiento jurídico concreto (de sus normas constitucionales, en su caso, y de la legislación) es difícil intentar ofrecer un análisis de tal derecho. En todo caso, podemos intentar avanzar algunas cuestiones relevantes. Así, la buena administración puede tener en un ordenamiento jurídico dado una triple vertiente. De un lado, puede ser un principio general del Derecho, constitucionalizado, integrado por diversos subprincipios (caso de la Constitución española, como veremos). A la vez, puede ser un deber jurídico constitucional, que aparezca, en su caso, como en España y Costa Rica, implícitamente) como suma de todos los deberes jurídicos derivados de los mencionados principios, configurándose como

²⁰ Duque Corredor, Román. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. LEGIS. Bogotá, 2008, p. 24.

²¹ *Ibid.*, p. 25.

²² Muci Borjas, José Antonio. “El derecho fundamental a una buena administración y la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública”. En: *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación*. Tomo II. ACIENPOL. Caracas, 2015.

un auténtico deber jurídico de hacer, con todas las notas típicas aisladas por la doctrina en referencia a los deberes jurídicos. Finalmente, cuando así haya sido reconocido legalmente, será, además, un derecho subjetivo típico o activo, que otorga el poder a su titular para exigir la realización por parte de las Administraciones públicas de aquellas actuaciones incluidas en su contenido, pudiéndose reaccionar jurídicamente contra el incumplimiento de dichas obligaciones jurídicas públicas²³.

Con respecto a su definición, no existe un concepto unívoco e inequívoco de buena Administración, sin embargo, es posible hallar que se entiende por mala Administración. En ese sentido, señala el autor patrio José Ignacio Hernández²⁴, que la necesidad de protegerse de mala Administración fue consagrada tempranamente en el artículo tercero de la Declaración de Virginia en 1776 y trasladado literalmente al artículo 191 de la Constitución de Venezuela de 1811²⁵. Söderman²⁶, por su parte, establece que la mala Administración ocurre cuando un organismo público no actúa de acuerdo con una regla o principio que sea vinculante para su actuación, presentando como remedio para evitar esa situación, consagrar y hacer cumplir el derecho fundamental a una Administración abierta, responsable y orientada al servicio de los ciudadanos.

Desde esa perspectiva, Rodríguez-Arana, afirma que: “[l]a buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto”²⁷.

²³ Ponce Solé, Juli. “El derecho a buena administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública”. En: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora (RPGMJF)*. Año 2, N° 2, Belo Horizonte, 2012, p. 310.

²⁴ Hernández, José Ignacio. “Eduardo García Enterría y la renovación del Derecho Administrativo”. En: *La Protección de los derechos frente al poder de la Administración*. EJV. Caracas, 2014, p. 58.

²⁵ Reza el artículo 191 de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela lo siguiente: “Los Gobiernos se han constituidos para la felicidad común, para la protección y seguridad de los Pueblos que los componen y no para el beneficio, honor o privado interés de algún hombre, de alguna familia; o de alguna clase de hombres en particular, que sólo son una parte de la comunidad. El mejor de todos los Gobiernos será el que fuere más propio para producir la mayor suma de bien y de felicidad y estuviere más a cubierto del peligro de una mala administración; y cuantas veces se reconociere que un Gobierno es incapaz de llenar estos objetos o que fuere contrario a ellos la mayoría de la nación, tiene indubitablemente el derecho inalienable, e imprescriptible de abolirlo, cambiarlo o reformarlo, del modo que juzgue más propio para procurar el bien público. Para obtener esta indispensable mayoría, sin daño de la justicia ni de la libertad general, la Constitución presenta y ordena los medios más razonables, justos y regulares en el Capítulo de la revisión y las provincias adoptarán otros semejantes o equivalentes en sus respectivas constituciones”.

²⁶ “Speech of the European Ombudsman - Public Hearing on the draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, Preliminary remarks”, ob. cit.

²⁷ Rodríguez-Arana. *Gobernanza...*, ob. cit., p. 17.

Cónsono con lo anterior, el autor patrio José Ignacio Hernández, afirma que, a partir de la Segunda Guerra Mundial, con la internacionalización de los Derechos Humanos, se ha producido un cambio de enfoque del Derecho Administrativo, en donde la centralidad en el ciudadano y ya no, en la Administración ubicada en un plano de superioridad frente a los denominados administrados, es determinante para que se materialice el derecho a una buena Administración. Así, el carácter vicarial de la Administración Pública se traduce en que: “[l]a Administración sirve a los ciudadanos con subordinación plena a la ley y al derecho, siempre con objetividad y como instrumento del gobierno. He aquí una sana regla constitucional que insiste en el carácter subordinado de la actuación de la administración, incluso, teleológicamente, lo cual proscrib[e] la arbitrariedad en el actuar de la administración”²⁸.

Todo lo anterior, nos permite definir la buena Administración, como un principio, derecho y deber jurídico, mediante el cual se establecen una serie de requisitos mínimos para la actuación de las Administraciones Públicas, cuyo servicio, debe estar subordinado al cumplimiento de la Ley y orientado al servicio de los ciudadanos. En atención a esos requisitos mínimos, de conformidad con el artículo 25 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, la buena Administración “consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana”.

En relación a las características de la buena Administración, para Casese²⁹, es un principio administrativo constitucionalizado, cuyo contenido ha evolucionado y puede ser variable en los distintos ordenamientos jurídicos; resaltando el referido autor entre algunas de sus características las siguientes:

i) Dejó de ser un principio concebido únicamente para optimizar la eficacia en la gestión de la Administración Pública, para convertirse en un principio de los derechos ciudadanos, el cual busca la protección y tutela de los intereses de esos últimos en las relaciones con la Administración.

ii) Su ámbito o extensión es diverso, siendo en algunos casos un principio general y en otros, especial y de aplicación preferente.

²⁸ Hernández. *Eduardo...*, ob. cit., p. 61.

²⁹ Casese, Sabino. “Il diritto alla buona amministrazione”. En: *Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25 anniversario della legge sul “Sindic de Greuges” della Catalogna*, Barcelona, 2009, pp. 6-9.

iii) De ser un principio programático en sus inicios, en la actualidad es un verdadero precepto atributivo-imperativo, atribuyendo derechos subjetivos a los ciudadanos y correlativas obligaciones a la Administración.

iv) Su contenido es variable en cada ordenamiento, sin embargo, divide su contenido en dos partes la primera, integrada por los principios centrales, que son el derecho de acceso a los órganos de la Administración, el derecho a ser escuchado, el derecho a obtener una decisión motivada y el derecho a la defensa; y la segunda, conformada por principios como son los de imparcialidad, razonabilidad, equidad, objetividad, coherencia, proporcionalidad y ausencia de discriminación.

v) Asimismo, los destinatarios son diversos, en cuanto a los beneficiarios, pueden ser tanto la comunidad, entendida como un todo, o los individuos, mientras que los obligados, pueden ser, tanto autoridades estatales, como supranacionales y globales.

vi) En cuanto a su aplicación y eficacia, puede ser implementado como un derecho político, acarreado una obligación de abstención o de violación por parte de los órganos del Poder Público, o como un derecho administrativo, exigiendo una conducta positiva de esos órganos.

vii) Finalmente, señala que el control de la acción administrativa puede ser confiada a jueces nacionales o supranacionales o a órganos “semi-contentiosos”, determinados en leyes globales.

Ahora bien, habiendo realizado un acercamiento a la noción de buena Administración, resulta necesario referirnos igualmente al buen gobierno, para luego, conjuntamente, realizar el análisis de las disposiciones normativas más importantes que consagran los derechos estudiados.

III. DERECHO AL BUEN GOBIERNO

1. Antecedentes

Tanto el buen gobierno, como la buena Administración, podemos enmarcarlos en las nuevas tendencias de la gobernanza moderna, sin confundirlos con esa noción, que implica, la asunción de acuerdos y compromisos de parte de los Gobiernos, así como reformas en la Administración Pública, para garantizar una gestión pública eficiente, capaz de alcanzar resultados y metas previstas. Así, el diccionario de la Real Academia Española define a la gobernanza como “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el

logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”³⁰.

Es importante acotar que si bien la buena gobernanza es un concepto más amplio, que puede abarcar al buen Gobierno, generalmente su uso en la literatura es el de sinónimos, así lo reafirma Ponce al señalar que: “el buen gobierno y la buena administración son nociones distintas de la buena gobernanza, más restringidas y concretas, pues no incluyen a actores privados y se distinguen por la específica función a la que se refieren, aunque en ocasiones, sobre todo buena gobernanza y buen gobierno, se utilicen de forma indistinta, dependiendo del contexto y del idioma”³¹.

Es por ello, que nos referiremos a aquellos elementos que comulgan con el origen y contenido del buen gobierno, independientemente, que en determinados textos también sean considerados o denominados elementos de la buena gobernanza.

Dicho lo anterior, el marco general de la buena gobernanza europea, aparece consagrado tempranamente en “el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea”, el cual es una comunicación realizada por la Comisión de las Comunidades Europeas el 25-07-2001, donde se establecen los valores fundamentales que deben imperar en el Gobierno de la Unión Europea, resaltando y respetando los principios de apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia.

Posteriormente, en el Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, también conocido como el Tratado de Lisboa, el cual fue firmado en Lisboa el 13-12-2007, consagra como premisa de los Estados miembros de la Unión Europea, fomentar la buena gobernanza, garantizando la participación de la sociedad civil, a través de la consagración y respeto de los principios de transparencia, apertura o publicidad y acceso a la información pública.

Con respecto a Iberoamérica, los representantes de los gobiernos, que reconocen “la conveniencia de facilitar la unión de gobierno y ciudadanía en un proyecto mutuamente compartido de desarrollo y justicia, movidos por el deseo de promover gobiernos sostenidos por la confianza generalizada y el respeto a las instituciones democráticas”³² han suscrito el Código Iberoamericano

³⁰ Diccionario de la Real Academia Española en línea.

³¹ Juli. *El derecho...*, ob. cit., p. 230.

³² Preámbulo del Código Iberoamericano de Buen Gobierno.

de Buen Gobierno, aprobado por el CLAD en la VII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Montevideo el 23 -06-2006.

2. Naturaleza, concepto y características

En cuanto a su naturaleza, es posible realizar las mismas aseveraciones que con respecto a la buena Administración, es decir, dependiendo de la forma en la que sea regulado en cada ordenamiento jurídico, el buen gobierno puede aparecer consagrado como un principio, como un derecho o como un deber jurídico, a lo que debemos agregar, que también representa un ideal inherente a todo Estado y por ende, podemos considerarlo como un valor constitucional, entendido como aquel “que opera en un primer plano abstracto en aquellas Constituciones que consideran necesaria de una fundamentación ajena a su cuerpo normativo, y requieren de criterios de legitimación que les sirva precisamente de soporte a sus reglas”³³.

El buen gobierno hace referencia a un proceso eficiente de toma de decisiones de parte de aquellos funcionarios que se encuentran en posiciones de dirección de política, con los fines de maximizar el bienestar social a través de una adecuada gestión de los recursos públicos; específicamente, se entiende que un buen gobierno es “aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho”³⁴.

Desde un punto de vista jurídico-político; el Banco Mundial ha establecido seis indicadores para medir el nivel de gobernabilidad de los países, como son: el control de la corrupción, el imperio de la Ley, la calidad regulatoria, la efectividad gubernamental, la estabilidad política y la voz y rendición de cuentas³⁵.

Mientras que en el Derecho Administrativo se concretiza en los diferentes ordenamientos jurídicos a través de la consagración y reconocimiento de diversos derechos y principios, que aumentan la confianza y bienestar de la ciudadanía en sus instituciones, el buen gobierno es posible definirlo por sus ocho principales elementos: debe ser participativo; orientado al consenso; responsable; transparente; ecuánime e inclusivo; eficaz y eficiente; receptivo y;

³³ Duque Corredor, *Temario...*, ob. cit., p. 22.

³⁴ Código Iberoamericano de Buen Gobierno.

³⁵ World Bank. Indicadores Mundiales de Buen Gobierno. Consultado en: <http://databank.bancomundial.org/data/Governance-Indicators/id/2abb48da>

debe cumplir cabalmente con el principio de legalidad, para de esta manera, minimizar la corrupción³⁶.

A la luz de lo establecido anteriormente, consideramos importante detenernos en los elementos de la participación ciudadana, la transparencia y la responsabilidad, por su vital importancia para el Derecho Administrativo y la lucha contra la corrupción.

A. Participación ciudadana en la gestión pública

Entendemos por participación ciudadana el derecho de los ciudadanos a “intervenir directa o indirectamente en la gestión pública, y existiendo al mismo tiempo el deber del Estado de velar por el ejercicio efectivo del mismo y, por último, estableciéndose como principio rector de la Administración Pública”³⁷. Volviendo a la naturaleza jurídica de la buena Administración y el del buen gobierno, apreciamos como la participación ciudadana se erige igualmente como un derecho, un deber y un principio.

La participación ciudadana puede realizarse de forma directa, cuando los ciudadanos intervienen por sí mismos en el proceso de toma de decisiones sobre asuntos públicos o indirectamente a través de la elección de representantes, siendo su nota característica, “que le permite a la sociedad intervenir en la formulación, manejo y evaluación de las tareas del Estado, generándose así un nuevo tipo relaciones horizontales entre la sociedad y el Estado”³⁸. La participación ciudadana no solo es un elemento fundamental del derecho al buen gobierno, sino también de las democracias modernas, por lo que, los gobiernos en todos sus niveles, nacional, estatal y municipal, deben velar por el establecimiento claro de mecanismos y procedimientos de participación de todos los ciudadanos sin discriminación de ninguna índole, en especial política o ideológica.

³⁶ “What is good governance?” United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific.

³⁷ Araujo Juárez, José. *Derecho Administrativo. Parte General*. Ediciones Paredes. Caracas, 2008, p. 882.

³⁸ *Ibid.*, p. 884.

B. Transparencia

La transparencia se refiere a “hacer público un conjunto de datos sobre las distintas entidades públicas que permitan a las personas saber dónde buscar con mayor precisión la información que le sea de interés”³⁹. Sin embargo, un buen gobierno no puede limitarse a la publicación de documentos, sino que: “[i]mplica brindar una información comprensible, oportuna y verificable libremente, que muestre la capacidad de las autoridades de producir bienes y servicios de calidad. La gente tiene que poder ver los resultados. Implica también la promoción de la participación ciudadana en la formulación y vigilancia de la gestión pública”⁴⁰.

Por lo tanto, la transparencia abarca a su vez un conjunto de derechos y subprincipios, por lo que haremos referencia, a aquellos, que pueden ser abordados desde la óptica del Derecho Administrativo:

a. Transparencia en el Presupuesto Público

La transparencia orientada al presupuesto público es de neurálgica importancia para la salud de cualquier Administración, y aún más para el fortalecimiento de la confianza ciudadana y el perfeccionamiento del buen gobierno. El presupuesto público es la estimación de los ingresos y erogaciones de uno o varios niveles de las distintas ramas del Poder Público durante un período determinado, y para considerar verdaderamente que hay claridad en el mismo, debe involucrar “desde el conocimiento de las políticas públicas proyectadas, los gastos que ellos demanden y las fuentes de financiamiento que permitirán soportar dichas erogaciones (sic), hasta su ejecución y posterior rendición de cuentas de gasto”⁴¹; es decir, excede de la simple estimación, debiendo mantener del conocimiento público sus modificaciones y formas de cumplimiento.

³⁹ Spano Tardivo, Pedro. “El principio de transparencia de la gestión pública en el marco de la teoría del buen gobierno y la buena administración. La transformación de la Administración Pública para la tutela de los derechos fundamentales a propósito de la provincia de Santa Fe”. En: *Revista digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, N° 1, 2016, p. 237.

⁴⁰ Pfeiffer, Silke. “Transparencia y participación para generar confianza Evaluación de los aportes del Sistema Integral de Información Administrativa y Financiera (SIAF) y del Presupuesto Participativo (PP) en Colombia”. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH. Bogotá, 2014.

⁴¹ Ivanega, Miriam. “Reflexiones acerca de la transparencia gubernamental. Un verdadero desafío”. En: *Desafíos del Derechos Administrativo contemporáneo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2009, p. 223. Por el contexto, parece que la palabra derogaciones utilizada en el texto citado podría deberse a un error de transcripción, queriendo referirse la autora a erogaciones.

En Venezuela, de conformidad con lo establecido en el artículo 313 constitucional, el presupuesto de la Administración Pública nacional es realizado por el Ejecutivo Nacional y debe ser aprobado por la Asamblea Nacional a través de Ley, cumpliendo con la formalidad de su publicación en la Gaceta Oficial de la República, establecida en el artículo 215 de la vigente Constitución. Paradójicamente, los presupuestos de los años 2017 y 2018 dejaron de ser publicados y fueron aprobados por órganos manifiestamente incompetentes para ello, en clara contravención con la Constitución y denotando un claro irrespeto con uno de los principales elementos del buen gobierno.

b. Apertura o publicidad

El principio de publicidad, también denominado de apertura, representa la obligación de los órganos y entes del Gobierno y la Administración, de hacer del conocimiento de la ciudadanía toda la información de carácter público, este principio se concreta a su vez, a través del derecho al acceso a la información, que “implica que el funcionamiento, la actuación y la estructura de la Administración ha de ser accesible a todos los ciudadanos, que estos puedan conocer la información generada por las Administraciones Públicas y las instituciones que realicen funciones de interés general”, teniendo en acceso a la información dos expresiones, la activa; por la cual los gobiernos deben hacer públicos todos aquellos datos sobre el manejo, políticas y oportunidades de participación de los órganos de gobierno, sin necesidad que haya sido solicitada con anterioridad por ningún interesado. Por su parte, el acceso a la información pasivo, guarda relación con la posibilidad de todos los interesados de acudir a los órganos de Administración y gobierno a los fines de solicitar y recibir oportunamente la información que se encuentre en esa oficina pública.

La consagración de principios y derechos sin establecer las sanciones correspondientes ante su incumplimiento, hacen nugatorio su contenido, por ello, es imperativo establecer las responsabilidades correspondientes de los funcionarios públicos por la contravención de los valores, principios y derechos integrantes del derecho al buen gobierno.

C. Responsabilidad de los funcionarios públicos

La responsabilidad de los funcionarios públicos, es un principio que debe estar presente si queremos hablar tanto de buena Administración, como de buen gobierno, ya que, al referirnos a funcionarios, no estamos haciendo referencia única y exclusivamente a aquellas personas naturales que se encuentran en el ejercicio de la función administrativa, sino también de los encarga-

dos de la dirección política, incluso aquellos, que son electos por el voto popular. En ese sentido, “[y]a sea que las designaciones provengan o no del mandato popular, los servidores deben dar respuestas eficaces e idóneas en el desempeño del cargo, responder a los compromisos asumidos y hacerse cargo del resultado de su actividad”⁴².

En ese orden de ideas, no estamos hablando de función administrativa, o de función política, sino de la responsabilidad que acarrea el ejercicio de la función pública. Ramón Parada, citado por Álvarez Iragory establece que la función pública es “tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones (sic) y servicios públicos, como el régimen jurídico al que están sometidos y la organización que los encuadra”⁴³; por lo que, el abanico de responsabilidades es generalmente atribuido a una categoría más amplia de personas, denominadas servidores públicos, cuyo concepto engloba tanto a los funcionarios, como a los empleados públicos. Se entiende por servidor público: “toda persona investida de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento, designación o contrato, otorgado por la autoridad competente, que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio de los entes u organismos del sector público, aun cuando realice actividades fuera del territorio de la República”⁴⁴.

Ahora bien, cada servidor público se encuentra en el deber de asumir y responder por las consecuencias de sus acciones y omisiones; de lo contrario, se harían nugatorias todas las regulaciones normativas que busquen regular su conducta y competencias.

Poco valdría la definición de las atribuciones y deberes de los agentes públicos, si éstos pudieran impunemente extralimitarse en el ejercicio de las primeras y dejar de observar el cumplimiento de los segundos. No es suficiente con la declaración de nulidad de los actos administrativos contrarios a derecho: Es necesario, además, que mediante sanciones de diverso orden, se mantenga a los funcionarios dentro del círculo preciso de las atribuciones y deberes que las normas jurídicas les trazan⁴⁵.

⁴² Ivanega, Miriam (2009). “Reflexiones acerca de la transparencia gubernamental. Un verdadero desafío”, ob. cit., p. 226.

⁴³ Álvarez Iragory, Andrés. “Comentarios sobre el régimen de la función pública”. En: *Derecho Administrativo Iberoamericano*. Tomo I. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, p. 875.

⁴⁴ Artículo 3 del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos. Publicado en Gaceta Oficial N° 40.314 de 12-12-2013.

⁴⁵ Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. UCV. Reimpresión de la 13° ed. Caracas, 2010, p. 419.

La conducta de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones como tales, puede ser subsumible en los supuestos generadores de diversos tipos de responsabilidades, como son la civil, penal, militar, administrativa, política, moral o disciplinaria por la contravención de los deberes inherentes a su cargo, o de los derechos e intereses de los administrados. En el espectro del Derecho Administrativo, nos interesa hacer mención de la responsabilidad administrativa, moral y disciplinaria, sin embargo, también haremos una breve referencia a la responsabilidad política, por guardar una clara y estrecha relación con el principio del buen gobierno.

a. La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos

Es aplicable al “agente público que, en ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, afecta la disciplina o el buen funcionamiento del servicio”⁴⁶. La sanción administrativa por antonomasia es la multa, sin embargo, es posible que sean aplicadas sanciones accesorias, como sucede en el caso venezolano con la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo, la destitución y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas⁴⁷, cuyo cuestionamiento sobre si violan o no el principio *non bis un ídem* excede los límites de este trabajo.

b. La responsabilidad disciplinaria

Es aquella en la cual incurre el servidor público “cuando infrinja, o más bien cuando su conducta encuadre en alguno de los supuestos que el estatuto de la función pública establezca como falta”⁴⁸ o cualesquiera otras disposiciones normativas que establezcan deberes y faltas funcionariales. Las sanciones arquetipo aplicables a aquellos funcionarios que inciden en responsabilidad

⁴⁶ Ibid., p. 420.

⁴⁷ Estas sanciones accesorias aparecen consagradas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario de 23-12-2010. Sobre la inhabilitación para el ejercicio de los cargos públicos la Corte Interamericana de los Derechos Humanos resolvió en el Caso López Mendoza contra Venezuela, que dicha disposición violaba el derecho al sufragio pasivo consagrado en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana la Convención Americana de los Derechos Humanos y ordenó adecuar dicho artículo a la Convención, sentencia consultada en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_233_esp.pdf La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, declaró que la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos es inejecutable, sentencia consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML>

⁴⁸ Araujo Juárez. *Derecho...*, ob. cit., p. 717.

disciplinaria son las amonestaciones, verbales o escritas, y la destitución. La responsabilidad disciplinaria en nuestros días debe ser vista desde el prisma de la corrección y formación del funcionario y no desde la óptica de la punición, así:

[L]a actividad disciplinaria basada en la idea de la relación especial de sujeción, unge u otorga al titular de la potestad disciplinaria de cierta flexibilidad para elegir soluciones distintas en aras del mejoramiento del servicio, éstas soluciones siempre deben ser inequívocamente justas, no discriminatorias y ajustadas a la entidad del deber funcional quebrantado en atención a la forma en que se dieron los hechos generadores de la falta⁴⁹.

c. La responsabilidad moral

Un tipo muy especial de responsabilidad es la moral, que implica la aplicación de sanciones como las amonestaciones o la censura a aquellos servidores públicos que realicen actos contrarios a la ética pública o la moral administrativa, lo que en el caso venezolano implica la comisión de “hechos contrarios a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, puntualidad y transparencia”⁵⁰.

Las sanciones morales afectan la reputación del servidor público y, además pueden representar una causal de inelegibilidad para el ejercicio de determinados cargos.

d. La responsabilidad política

Montero Gibert y García Morillo, citados por Juan Carlos Márquez establecen que “la responsabilidad política del Gobierno equivale a su obligación de responder por, y de soportar las consecuencias de, sus actos ante los ciudadanos o sus representantes, de quienes en última instancia dependen”⁵¹. Las sanciones políticas pueden ser difusas, cuando son ejercidas por todos los ciudadanos, como ejemplo de estas hallamos los referendos revocatorios; o institucionales, ejercidas por determinada rama del Poder Público, generalmente la Legislativa, y pueden variar dependiendo si la forma de gobierno es parlamentarista o presidencialista, por nombrar algunas de ellas encontramos la cuestión de confianza; la moción de censura y la improbación de la gestión;

⁴⁹ Carrillo Artiles, Carlos. *Derecho Disciplinario Judicial*. EJV. Caracas, 2012, p. 48.

⁵⁰ Artículo 9 del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos.

⁵¹ Márquez Cabrera, Juan Carlos. “La responsabilidad política de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999”. En: *100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela*. Tomo II. FUNEDA. Caracas, 2011, p. 554.

a través de las cuales es posible obligar a dimitir o remover de sus cargos a altos funcionarios que ejercen la función política.

Para hacer valer el principio de responsabilidad funcional, es imprescindible establecer mecanismos y procedimientos de seguimiento y supervisión rigurosos a los servidores públicos y perfeccionar los existentes, en aras de materializar la efectiva rendición de cuentas de todas sus actuaciones y política implementadas, con especial atención en aquellas emprendidas por funcionarios que ocupan altos cargos de dirección política.

Asimismo, es imperativo que existan procedimientos administrativos y procesos judiciales, tendientes a la determinación de esa responsabilidad funcional y aplicación de las sanciones a que haya lugar, donde se respeten los derechos y garantías de los funcionarios, partiendo de una óptica correctiva y cuya finalidad sea el mejoramiento de la gestión pública, sin que lo anterior implique impunidad ante la comisión de faltas graves o delitos.

D. Lucha contra la corrupción

La lucha contra la corrupción, no constituye *per se* un elemento del buen gobierno, sino que puede ser considerado como uno de los fines principales que con esa disposición se pretende alcanzar. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) define corrupción como el “abuso de la confianza pública con fines privados”⁵², abuso que, tipificado como un hecho delictivo, implica la comisión u omisión intencional por parte de funcionarios públicos o autoridades investidas de poder, de acciones u omisiones para generar un beneficio privado, valiéndose de su cargo y en abuso o extralimitación de sus competencias y atribuciones. La corrupción es la antítesis del buen gobierno y la buena Administración y el cáncer de todo Estado.

Para Ponce⁵³, la corrupción es el resultado de la suma del monopolio del uso del poder por parte del Estado y el exceso de discrecionalidad administrativa, menos una exigua exigencia de rendición de cuentas a las autoridades, lo que se traduce en la siguiente fórmula desarrollada por el precitado autor: C (corrupción) = M (monopolio) + D (discrecionalidad) – A (*accountability*)⁵⁴.

⁵² CEPAL. “La corrupción y la impunidad en el marco del desarrollo en América Latina y el Caribe: un enfoque centrado en derechos desde la perspectiva de las Naciones Unidas”. En: *Series Políticas Sociales de la CEPAL*. N° 139. Naciones Unidas CEPAL, División de Desarrollo Social. Santiago de Chile, 2007, p. 33.

⁵³ Ponce. *El derecho...*, ob. cit., p. 227.

⁵⁴ Lo que en castellano ha sido tratado indistintamente como responsabilidad y rendición de cuentas.

En consecuencia, propone para reducir la corrupción, disminuir la discrecionalidad donde sea posible; consagrar y cumplir con los derechos y deberes inherentes al buen gobierno y la buena Administración; e implementar instrumentos y políticas que incentiven la participación ciudadana y la transparencia de las administraciones.

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), reconoce que “[l]a corrupción es uno de los principales obstáculos para el buen gobierno. Al sesgar las decisiones de los agentes público y privados, la corrupción debilita la gobernabilidad y socava la eficiencia gubernamental”⁵⁵. Asimismo, propone esta organización para construir un buen gobierno, fortalecer el marco jurídico y la integridad pública, entendiendo a esta última como un requisito indispensable para lograr “una gobernabilidad pública eficiente y eficaz, capaz de rendir cuentas por sus resultados, así como para garantizar una formulación de políticas inclusiva y transparente, en la que se escuchen y se tengan en cuenta las voces de los ciudadanos”⁵⁶.

Podemos apreciar, como la participación ciudadana, la transparencia, la responsabilidad y rendición de cuentas, así como la oportuna disminución de la discrecionalidad administrativa, son a su vez elementos del derecho al buen gobierno y mecanismos reales en la lucha contra la corrupción, lo cual debe ser la premisa fundamental de todo gobierno y Administración Pública.

IV. BUENA ADMINISTRACIÓN Y BUEN GOBIERNO EN EL DERECHO COMPARADO

En este punto haremos referencia, a aquellas disposiciones normativas más importantes, que en el Derecho Comparado han establecido el derecho a la buena Administración y al buen gobierno o algunos de sus elementos integrantes, entendiendo que en la actualidad, se habla de un Derecho Administrativo Global, Mundial o Transnacional (más allá de las diferencias que pueda existir entre uno y otro vocablo), para referirse a la existencia de un “derecho administrativo desacoplado del Estado”⁵⁷, que se rige por “normas internacionales, supranacionales y también nacionales, esto es, por normas de diverso origen, de distinta entidad, de diferente naturaleza”⁵⁸. Bajo esa con-

⁵⁵ OECD, *Integridad para el buen gobierno en América Latina y el Caribe: De los compromisos a la acción*, OECD Publishing. 2018, París, p. 23. Consultado en: <https://doi.org/10.1787/9789264307339-es>, 22/10/2018

⁵⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁷ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. “Transadministrativismo. Una Introducción”. En: *La Protección de los derechos frente al poder de la Administración*. EJV. Caracas, 2014, p. 183.

⁵⁸ Muci Borjas. *El derecho...*, ob. cit., p. 913.

cepción, las Administraciones Públicas pueden verse supeditadas por tratados o normas de derecho comunitario en cuya formación no hubo intervención estatal, pero que aún sí, resultan de obligatorio cumplimiento. Venezuela, no escapa de esa cobertura y se rige igualmente por normas del denominado Derecho Administrativo Global, entre las que podemos citar como ejemplo, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública⁵⁹, de la cual hablaremos más adelante.

El estudio de esas normas de Derecho Administrativo que expresamente establecen el derecho a la buena Administración y el derecho al buen gobierno, lo realizaremos en dos grupos, en el primero de ellos haremos referencia a las normas de la Unión Europea y en el segundo, a aquellas que regulan a los Estados Iberoamericanos.

1. La Unión Europea

A. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es una proclamación adoptada por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo; aprobada por ese último el 07-12-2000 en Niza y adoptada el 12-12-2007 en Estrasburgo. La Carta enuncia los derechos, libertades y principios que deben regir la actuación de los órganos de la Unión Europea.

Con respecto al derecho a la buena Administración, este fue consagrado bajo tal denominación, en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que es del tenor siguiente:

Artículo 41. Derecho a una buena administración:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
 - a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;
 - b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
 - c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

⁵⁹ Ibid., p. 914.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Del análisis exegético de esa norma, Perfetti⁶⁰ establece que el derecho a la buena Administración está contenido por los siguientes derechos o subprincipios: i) el requisito de la imparcialidad de la Administración, ii) el derecho a un tratamiento igual ante la Ley, iii) la garantía de un procedimiento de duración razonable, iv) el derecho a ser escuchado, v) el derecho a la motivación de las decisiones, vi) el derecho a ser resarcido por los daños sufridos a causa de la acción ilícita de las instituciones comunitarias o el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, y vii) la posibilidad de dirigirse y obtener respuesta de las instituciones de la Unión.

Asimismo, señala el precitado autor, que gran parte de esos derechos o subprincipios ya estaban consagrados en varios de los Estados miembros de la Unión Europea, aunque no expresamente bajo la categoría del derecho a la buena Administración, sino como un conjunto de normas que regulaban la actuación de la Administración Pública en cada uno de esos países.

Podemos apreciar que el derecho a la buena Administración, tal como aparece consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, está conformado por algunos de los principios de los procedimientos administrativos, que buscaban regular las relaciones entre los ciudadanos y la Administración y que han sido ampliamente desarrollados en la doctrina del Derecho Administrativo. Quizás la innovación más destacable con respecto a estos principios, y el vuelco que pretende lograrse con su inclusión dentro de los ideales de la buena Administración, es que no sean concebidos más como simples enunciados o valores abstractos, sino como verdaderos derechos fundamentales, propios de la nueva gestión pública orientada al servicio civil y bienestar general.

Así las cosas, el derecho a la buena Administración concibe unas instituciones más accesibles para los ciudadanos, donde estos puedan participar sin mayores restricciones, sin desigualdad, de manera imparcial y con la garantía de que sus asuntos serán resueltos de manera expedita, velando siempre por el respeto de sus derechos y con miras al buen servicio que satisfaga el interés

⁶⁰ Perfetti. *Diritto...*, ob. cit., pp. 793-802.

general, y no, la voluntad o ambiciones de los operarios. Esta idea reposa según Rodríguez-Arana:

[S]obre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianeidad. Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de donde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio general, y objetivo, de las necesidades colectivas. Por eso, la función constitucional de la administración pública, por ejemplo, se centra en el servicio objetivo al interés general. Así las cosas, si consideramos que el ciudadano ha dejado ser un sujeto inerte, sin vida, que tenía poco menos que ser enchufado a la vida social por parte de los poderes públicos, entonces comprenderemos mejor el alcance de este derecho⁶¹.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, también consagra entre sus artículos previsiones normativas propias del derecho al buen gobierno, entre ellas podemos destacar el derecho al acceso a los documentos de la Unión Europea, como subprincipio del elemento de transparencia. El artículo 42 lo regula en los siguientes términos: “Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”.

B. El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea

Es una propuesta realizada por la Comisión de las Comunidades Europeas a las instituciones de la Unión y presentada el 25-07-2001, allí se delinean los principios generales a los cuales debe adecuarse la actuación de los órganos de gobierno de la Unión Europea, e incluso, los de sus Estados miembros. En esas recomendaciones, se establecen las bases de la consagración del derecho del buen gobierno en la Unión Europea.

El Libro Blanco establece que los cinco principios esenciales para la buena gobernanza son: “apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. Cada uno de estos principios resulta esencial para la instauración de una gobernanza más democrática. No sólo son la base de la democracia y el Estado de Derecho en los Estados miembros, sino que pueden aplicarse a todos los niveles de gobierno: mundial, europeo, nacional, regional y local”⁶².

⁶¹ Rodríguez-Arana. *Gobernanza...*, ob. cit., p. 17.

⁶² Libro Blanco sobre la Buena Gobernanza en la Unión Europea, p. 10.

Los tres primeros principios, es decir, apertura, participación y responsabilidad, fueron abordados cuando hicimos referencia a los elementos del buen gobierno, por ser aquellos más reiterados en la doctrina y que es posible hallarlos en la mayoría de los instrumentos normativos que consagran el derecho al buen gobierno.

La eficacia, por su parte, es otro principio del buen gobierno contemplado en el Libro Blanco, e implica que: “Las medidas deben ser eficaces y oportunas, y producir los resultados buscados sobre la base de unos objetivos claros, de una evaluación de su futuro impacto y, en su caso, de la experiencia acumulada. La eficacia requiere también que la aplicación de las políticas de la UE sea proporcionada y que las decisiones se tomen al nivel más apropiado”⁶³.

La eficacia, por su parte, tiene que ver con la obtención de resultados esperados o cumplimiento de metas del gobierno, comunitario en este caso, la doctrina sobre el buen gobierno suele añadir en este punto, también la exigencia de eficiencia, con ello lo que busca es que esos objetivos sean alcanzados con la menor cantidad de recursos, por lo que podríamos señalar que el principio de economía procedimental es la expresión tangible que nos permite alcanzar la eficacia y eficiencia de las Administraciones.

El último principio que se propone consagrar para la consecución del buen gobierno europeo, es el de la coherencia, que se encuentra definido con atención al fin esperado, de la siguiente manera:

Las políticas desarrolladas y las acciones emprendidas deben ser coherentes y fácilmente comprensibles. La necesidad de coherencia de la Unión es cada vez mayor: sus tareas son cada vez más complejas y la ampliación aumentará la diversidad; desafíos tales como el del cambio climático o la evolución demográfica rebasan las fronteras de las políticas sectoriales que han cimentado la construcción de la Unión; las autoridades regionales y locales están cada vez más implicadas en las políticas comunitarias. La coherencia requiere un liderazgo político y un firme compromiso por parte de las Instituciones con vistas a garantizar un enfoque coherente dentro de un sistema complejo⁶⁴.

Finalmente, el Libro Blanco para la Buena Gobernanza Europea, hace particular hincapié en la necesidad de que la sociedad civil participe activamente en la toma de decisiones públicas y en el diseño de políticas, que si bien, forma parte del derecho de participación ciudadana, dicho instrumento recalca su trascendental importancia para el fortalecimiento de la democracia y del buen gobierno.

⁶³ Ibid., p. 11.

⁶⁴ Ibid.

C. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa

El 18-06-2003 es aprobado por el Parlamento Europeo el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el cual tenía como finalidad instaurar a través de una norma de Derecho Internacional Público, las bases que debían regir las relaciones entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión Europea, y de estos a su vez con los ciudadanos de toda la Unión en su conjunto. Dicho tratado fue suscrito en Roma el 29-10-2004 por los representantes de los países que formaban la Unión Europea, y para entrar en vigencia requería la ratificación de todos los Estados que formaban parte, lo cual no ocurrió, por ello es común encontrar en la doctrina que se refieren a ella como la Constitución no nacida.

En ese tratado se estableció en los artículos II-101 y II-102 del Capítulo V atinente a la Ciudadanía, de la Parte II denominada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, lo respectivo al derecho a la buena Administración y el acceso a los documentos, respectivamente. Estos artículos son una reproducción idéntica de los artículos 41 y 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sin embargo, su consagración en el tratado evidencia la intención de dotar de imperatividad el contenido de esos postulados para la buena Administración y el buen gobierno.

D. Tratado de Lisboa

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, fue firmado en Lisboa el 13-12-2007 y entró en vigencia el 01-12-2009 al ser ratificado por los representantes de todos los Estados firmantes. Estableció nuevas competencias, derechos y obligaciones para los órganos que conforman la Unión, logrando lo que el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa no pudo.

A partir de ese momento, con la modificación del Tratado de la Unión Europea (TUE), se establece en el ordinal primero de su artículo 6, que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...), la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”, otorgando carácter normativo y vinculante a las disposiciones de la Carta y todos los derechos fundamentales establecidos en ella, incluyendo por supuesto, el derecho a la buena Administración y al acceso a los documentos.

Por otra parte, el artículo 15 del Tratado de Lisboa, a “fin de fomentar una buena gobernanza”, consagra en los términos siguientes, varios de los elementos que hemos señalado forman parte del derecho al buen gobierno:

Artículo 15.

1. A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura.
2. Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo en las que éste delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo.
3. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado.

El Parlamento Europeo y Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos.

Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas.

El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.

En el precitado artículo hallamos dos de los elementos principales del buen gobierno, a saber, la participación ciudadana o de la sociedad civil y; la transparencia, esa última en sus diferentes manifestaciones, como acceso a los documentos e instituciones y como principio de apertura o publicidad. Por su parte, el principio de responsabilidad, tanto funcional, como la responsabilidad patrimonial de la Administración, se encuentra consagrado en el artículo 340 del Tratado de Lisboa que establece:

Artículo 340. La responsabilidad contractual de la Unión se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate.

En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones,

de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo, el Banco Central Europeo deberá reparar los daños causados por él o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

La responsabilidad personal de los agentes ante la Unión se regirá por las disposiciones de su Estatuto o el régimen que les sea aplicable.

Por su amplitud, podría decirse que, a partir de la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, los derechos a la buena Administración y al buen gobierno dejan de ser simples valores o principios y comienzan a ser verdaderas normas de imperativo cumplimiento para los órganos de Administración y de gobierno de la Unión Europea y sus Estados miembros.

2. Estados Iberoamericanos

A. Código Iberoamericano de Buen Gobierno

El Código Iberoamericano de Buen Gobierno es un documento aprobado por el CLAD en la VII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Montevideo el 23-06-2006 y suscrito por los representantes de los Estados miembros, mediante el cual se procura la implementación de un código deontológico que rija la conducta de los servidores públicos, específicamente, de aquellos encargados de la dirección política. En ese sentido, será aplicable a: “los Presidentes de República, Vicepresidentes, Presidentes de Gobierno o de Consejo de Ministros, Primeros Ministros, Jefes de gabinete de ministros, ministros, secretarios de Estado o equivalentes, y, en general, todos los altos cargos del Poder Ejecutivo tales como viceministros, subsecretarios, directores de entes públicos o directores generales”⁶⁵.

Para esos gobernantes el Código prescribe una serie de conductas inaceptables para los gobiernos, como que “ampare y facilite la corrupción”; “que dificulte el escrutinio público sobre su toma de decisiones”; “que no tome en cuenta las necesidades de sus ciudadanos” y que sea un gobierno “irresponsable y que no rinda cuentas”, por lo que, en sentido contrario, el buen gobierno es aquel que incentive la participación ciudadana; sea transparente con respecto a la información pública y responsable de sus actos, siempre rindiendo cuentas; todo lo cual coadyuvará en la lucha contra la corrupción.

⁶⁵ Número 1 de la sección I. Fundamentos, del Código Iberoamericano de Buen Gobierno.

El Código busca homogenizar los valores, principios y normas que establezcan el buen gobierno en los distintos países de la región, estableciendo como valores rectores la “objetividad, tolerancia, integridad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, igualdad de género y protección de la diversidad étnica y cultural, así como del medio ambiente”. Pero el establecimiento de ese derecho al buen gobierno no se realizará de forma coactiva, sino que “[l]os Gobiernos firmantes determinarán autónomamente la forma de incorporación a su práctica y derecho interno del contenido del presente Código”.

B. Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública fue aprobada por el Consejo Directivo del CLAD, del cual forma parte Venezuela, en Caracas el 10-10-2013 y adoptada por la Organización de Estados Iberoamericanos en la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en la Ciudad de Panamá los días 18 y 19-10-2013 (En adelante la Carta). En esa Carta, se consagra el Derecho a la buena Administración, “como principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo”⁶⁶; como “una obligación de toda Administración Pública”⁶⁷ y; “desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública”⁶⁸.

De conformidad con lo establecido en la Carta, el derecho a la buena Administración es: “una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”⁶⁹.

De ese derecho, derivan a su vez una serie de principios y normas que regulan todas las relaciones entre los ciudadanos y la Administración Pública, incluyendo, por supuesto, principios de los procedimientos administrativos. Esas relaciones según la Carta, deben estar orientadas siempre al servicio de

⁶⁶ Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, pp. 2-3.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Párrafo 25 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, p. 9.

los ciudadanos que adquieren un rol protagónico y a la satisfacción de las necesidades públicas, finalidades que cobran mayor relevancia luego del advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho.

Ese gran catálogo de principios y derechos contenidos, son ampliamente enunciados y desarrollados en el capítulo tercero de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, de los cuales haremos unas muy breves precisiones:

i) *Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas.* Este elemento de la buena Administración implica que todos los actos emanados de la Administración Pública deben expresar las razones o motivos que los justifican. Esa motivación contendrá los elementos fácticos y jurídicos que llevaron al funcionario público a tomar determinada decisión, los cuales, establece la Carta, deben ser inteligibles para todos los ciudadanos.

ii) *Derecho a la tutela administrativa efectiva.* Con respecto a este derecho, podemos definirlo como la facultad que tienen todos los ciudadanos de acceder a los órganos de la Administración para hacer valer sus derechos e intereses, desde la perspectiva de la Carta, también implica que, durante la sustanciación de procedimientos, se actúe con apego al principio de legalidad, vedando cualquier acto u omisión que coloque al ciudadano en una situación de indefensión.

iii) *Derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale.* Por su contenido, este derecho resulta equiparable al derecho a la oportuna respuesta, que implica, en primer lugar, que la Administración dicte sus decisiones conforme a Derecho, dentro de los plazos establecidos para ello, e incluso si estima: “que no debe decidir, debe decir por qué no lo hace, en forma motivada”⁷⁰ y; en segundo lugar, que esos plazos sean razonables y permitan el ejercicio de la defensa de los ciudadanos.

iv) *Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos.* También conocido como el derecho de petición, es definido como aquel “derecho de todos a representar y dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos”⁷¹. La Carta, además consagra que el ciudadano debe poder escoger la forma en la cual dirigirá esas peticiones, ya sea de manera escrita, oral o

⁷⁰ Brewer-Carías, Allan. *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. EJV. Caracas, 2010, p. 106.

⁷¹ *Ibid.*

digital y la Administración deberá facilitarlos; las solicitudes deberán ser presentadas en el idioma o idiomas oficiales y; la Administración deberá propiciar los medios que permitan la satisfacción de este derecho por parte de las personas con discapacidad.

v) *Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública, absteniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras Administraciones públicas del propio país.* Para hacer efectivo este derecho, la Carta prevé la implementación y uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), que permitan la intercomunicación entre distintas oficinas públicas y la transmisión de datos y documentos entre ellas, para de esa manera evitar solicitar recaudos e información a los ciudadanos que ya reposen en la Administración Pública.

vi) *Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.* Es la posibilidad de todo ciudadano de acudir a la Administración y presentar sus argumentos en aquellos procedimientos sobre los que tengan algún interés. Constituye la principal expresión del derecho a la defensa, ya que “[n]o puede hablarse de posibilidad siquiera de defensa si no es convocado u oído el particular; es decir, se trata del derecho a la audiencia que tiene todo interesado”⁷².

vii) *Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas.* La participación ciudadana, como ya hemos señalado, es consagrada también como uno de los elementos característicos del derecho al buen gobierno, sin embargo, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, nos remite a su vez para entender a mayor cabalidad este elemento, a la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública⁷³; en esa última se establecen tres formas, o tres momentos para el ejercicio del derecho a la participación ciudadana, los cuales son: en la toma de decisiones públicas, sobre la actividad administrativa o sobre la evaluación de sus resultados. Consideramos que en la primera oportunidad estamos hablando de participación en las funciones de gobierno, mientras que la segunda forma se refiere propiamente a la participación en la función administrativa y, por ende, es parte integrante del derecho a la buena

⁷² Ibid., p. 113.

⁷³ Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Lisboa, Portugal, los días 25 y 26-06-2009 y adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en Estoril, Portugal, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2009.

Administración; finalmente, la participación ciudadana en el control y evaluación de resultados, puede ser efectuada sobre cualquiera de las funciones del Estado.

La Carta prevé como los dos mecanismos neurálgicos de participación de los ciudadanos en la actividad administrativa a: la presencia de esos en audiencias y; la solicitud y acceso a la información administrativa, sin embargo, no los limita a estos, ya que cada ordenamiento jurídico deberá consagrar sus propias técnicas de participación ciudadana.

viii) *Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad.* Este derecho implica que los servicios prestados directa o indirectamente por los órganos de la Administración Pública, deben cumplir con “determinados patrones o estándares concretos de calidad, que se medirán periódicamente y se pondrán en conocimiento de los usuarios para que estos estén lo mejor informados posible y puedan efectuar los comentarios y sugerencias que estimen pertinentes”⁷⁴. En este caso, la Carta también nos refiere a otro instrumento como es la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública⁷⁵ para determinar esos indicadores de calidad de los servicios públicos que debe establecer cada Estado.

ix) *Derecho a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa para lo cual la administración pública propiciará el uso de las TICS.* Nuevamente las TICS son consagradas como un instrumento fundamental para la consecución y perfeccionamiento del derecho a la buena Administración, esta vez, para permitir a los ciudadanos conocer y opinar sobre el estado de los servicios públicos y procedimientos de responsabilidad administrativa a que haya lugar.

x) *Derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo.* Igualmente, circunscrito dentro del derecho a la defensa, los ciudadanos podrán presentar en los procedimientos administrativos en los cuales sean partes o tengan algún interés, alegatos y defensas en las oportunidades y cumpliendo las formalidades establecidas en las leyes.

xi) *Derecho a presentar quejas y reclamaciones ante la Administración Pública.* También conocido como el derecho a queja, es un derecho con relación a los

⁷⁴ Párrafo 33 de La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

⁷⁵ Aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en San Salvador, El Salvador, los días 26 y 27-06-2008 y adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en San Salvador, El Salvador, los días 29 al 31-10-2008.

procedimientos administrativos, por el cual los ciudadanos tienen la posibilidad de denunciar el “retardo, omisión, distorsión o incumplimiento del cualquier procedimiento, trámite o plazo, en que incurrieren los funcionarios responsables del asunto”⁷⁶.

Asimismo, la Carta, bajo esa denominación incluye el derecho ciudadano a interponer recursos administrativos y a “denunciar los actos con resultado dañoso que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos producidos por los entes públicos en el ejercicio de sus funciones”.

xii) *Derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.* Consagra la posibilidad de la Administración de consultar a los ciudadanos sobre los niveles de satisfacción sobre su gestión pública y a su vez, la facultad de esos últimos de presentar recomendaciones y sugerencias y conocer los resultados de las evaluaciones.

xiii) *Derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que habrán de concretar el interés general en cada supuesto en el marco de los correspondientes ordenamientos jurídicos.* Dos de las expresiones del principio de transparencia son el acceso a la información pública, del cual hicimos referencia cuando hablamos del derecho al buen gobierno y; el acceso al expediente administrativo, que consiste en que los interesados y sus representantes puedan revisar los expedientes que se hallen en los archivos públicos, con excepción de aquellos que sean calificados como confidenciales o secretos. Es esa excepción, la que en determinados Estados parece ser la regla, ya que el secreto y opacidad en la actuación administrativa frente a los ciudadanos e incluso con relación a otros órganos y entes de la propia Administración “sigue siendo una práctica administrativa en las Administraciones contemporáneas, la mayoría de las veces para encubrir arbitrariedades, irresponsabilidades e incompetencias de los funcionarios”⁷⁷.

Es por lo anterior, que el acceso al expediente administrativo se consagra como un elemento fundamental del derecho a la buena Administración, siendo obligatorio para las instituciones públicas garantizarlo y facilitarlo a través del uso de medios electrónicos.

xiv) *Derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública.* Como consecuencia del derecho al acceso a la información y a los

⁷⁶ Brewer-Carías. *El Derecho...*, ob. cit., p. 120.

⁷⁷ Cárdena Perdomo, Orlando. “*El Derecho de Acceso y Registros Administrativos y el Régimen de los Secretos de Estado*”. EJV. Caracas, 2006, p. 16.

expedientes administrativos, se deriva la posibilidad de obtener reproducciones y certificaciones de los documentos que reposan en los archivos públicos, en cualquier momento de esos y sin más limitaciones que las establecidas en la Ley, dichas copias podrán ser facilitadas por medios físicos o digitales.

xv) *Derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general.* Este derecho ciudadano trae consigo la correspondiente obligación funcional de suministrar e informar oportunamente a los interesados de los procedimientos, trámites, organigramas y cualesquiera otras informaciones de interés público que puedan requerir.

Por otra parte, en este apartado se incluye el derecho de los ciudadanos a ser informados de los recursos o medios de impugnación que procedan contra los actos administrativos dictados, con indicación de los plazos para su interposición y los efectos de los mismos.

xvi) *Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad.* Además de la obligación funcional de ofrecer un trato digno a todos los ciudadanos, se consagra la obligación de ofrecer un trato especial y preferente a aquellos que se hallen “en situación de pobreza, indefensión, debilidad manifiesta, discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores”⁷⁸.

xvii) *Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo.* Parte de la idea de que el conocimiento de quien es el funcionario sustanciador ayuda a reducir la discrecionalidad y la arbitrariedad en el ejercicio de la función administrativa. De igual manera, en el acto de inicio del procedimiento, además de la identificación del funcionario responsable, se deberán establecer los horarios en los cuales podrá ser atendido por ese órgano.

xviii) *Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten.* Los ciudadanos, foco central de la actividad administrativa, deben poder conocer el estatus de sus solicitudes o procedimientos en los cuales se hallen inmersos o tengan algún interés directo o indirecto, sin ningún tipo de limitaciones, salvo que por circunstancias excepcionales sean calificados dichos procedimientos como confidenciales o secretos y solo las partes y sus apoderados puedan conocer determinada información.

xix) *Derecho a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten.* El derecho a ser notificado de los actos administrativos de efectos particulares, implica que esa notificación sea de carácter personal y hasta

⁷⁸ Párrafo 41 de La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

tanto no sea practicada no comenzarán a surtir efecto los actos. Cuando se hace referencia a la notificación personal, la doctrina administrativa ha dejado sentando que “significa que debe realizarse en el domicilio o residencia del interesado, no necesariamente al interesado personalmente”⁷⁹, los requisitos y condiciones de esas notificaciones deberán ser reguladas por cada ordenamiento jurídico.

xx) *Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general.* Como parte del principio de subsidiaridad, el Estado debe permitir, e incluso incentivar, que la sociedad civil se asocie en organizaciones orientadas a la satisfacción de sus necesidades, incluyendo, aquellas destinadas a la prestación de servicios públicos.

xxi) *Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo.* Finalmente, la Carta consagra el derecho de los ciudadanos de exigir tanto las indemnizaciones patrimoniales a que haya lugar por el funcionamiento normal o anormal de la Administración, como la responsabilidad funcional de aquellos operarios que, en ejercicio de la función administrativa, por acción u omisión, menoscaben los derechos ciudadanos.

Podemos apreciar que la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, desarrolla exhaustivamente aquellos que considera los derechos fundamentales que integran a la buena Administración, aún con más detalle que como aparecen consagrados en La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, las disposiciones de la Carta no tienen carácter imperativo, sino que establecen la obligación de cada Estado de regular lo atinente al derecho a la buena Administración, con la consecuente obligación de brindar la debida protección administrativa y jurisdiccional propia de los Derechos Humanos.

V. DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y AL BUEN GOBIERNO EN VENEZUELA

Del estudio de la doctrina sobre el derecho a la buena Administración y el derecho al buen gobierno, así como del análisis de aquellos instrumentos normativos de la Unión Europea e Iberoamérica que los consagran como derechos autónomos, podemos apreciar con meridiana claridad, como gran parte de los principios y derechos englobados por la buena Administración y

⁷⁹ Brewer-Carías. *El Derecho...*, ob. cit., p. 123.

el buen gobierno ya se encuentran consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, de conformidad con lo establecido en nuestro artículo 23 Constitucional y cónsono con las previsiones del Derecho Administrativo Global; “[l]os tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno”, por lo que, las disposiciones del Código Iberoamericano del Buen Gobierno y la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública, son de aplicación preferente en nuestro ordenamiento jurídico, sin negar el reconocimiento de otros principios o derechos no enunciado en la Constitución u otros instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, por virtud de lo establecido en el artículo 22 constitucional.

Al margen de lo anterior, existen en Venezuela, regulaciones constitucionales y legales que, si bien no bajo la denominación del derecho a la buena Administración o derecho al buen gobierno, si consagran sus elementos fundamentales, ya sea como principios informadores del Derecho Administrativo venezolano o propiamente como derechos constitucionalizados o de rango legal.

1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

En nuestra Constitución vigente, se consagran como principios esenciales de la Administración Pública venezolana: la participación ciudadana, la eficacia y eficiencia, la transparencia, la responsabilidad y la rendición de cuentas, todos ellos, elementos que hemos constatado, integran la noción del denominado derecho al buen gobierno, por lo que, podemos inferir, que si bien no expresamente bajo esa denominación, la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, consagra el derecho al buen gobierno en su artículo 141 que es del tenor siguiente: “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Tal como advierte el autor patrio José Ignacio Hernández, “[e]se buen gobierno requiere de una buena Administración centrada en los ciudadanos”⁸⁰ tal como está planteada en el precitado artículo, pues de lo contrario, se haría nugatorio cualquier intento de conseguir la materialización de esos valores,

⁸⁰ Hernández, José Ignacio. *Administración Pública, desarrollo y libertad en Venezuela*. FUNEDA. Caracas, 2012, p. 147.

principios y normas constitucionales circunscritos en un Estado democrático, social y de Derecho, que interactúa con los ciudadanos a través de sus instituciones, principalmente por los órganos y entes de la Administración Pública, por lo que la Administración está llamada a ser: “instrumento esencial del Estado establecido para gerenciar, es su nombre y por su cuenta, la satisfacción de las necesidades colectivas de la sociedad que constitucional y legalmente esté obligado a asumir, por lo que como tal instrumento, su misión esencial es estar al servicio de los ciudadanos o administrados”⁸¹.

Planteado en esos términos, el artículo 141 de la Constitución venezolana cumple un doble rol, en primer lugar, establece con carácter imperativo la orientación vicarial que debe tener nuestra Administración Pública, como antesala al perfeccionamiento del derecho a la buena Administración y, en segundo lugar, consagra los valores y principios que sirven de fundamento del derecho al buen gobierno y que deben regir la actuación de nuestras instituciones, cuando actúen tanto en función de gobierno, como administrativa.

Ahora bien, como ya habrán podido notar, el desarrollo de muchos de los elementos que conforman a la buena Administración, han sido exhaustivamente tratados por la doctrina administrativa venezolana bajo la denominación de principios del procedimiento administrativo, con base en la cual hemos en los párrafos precedentes definido algunos de esos principios y derechos contenidos. Por lo tanto, nos limitaremos a hacer una breve mención, a cinco normas de derecho positivo venezolano que explayan y sirven de sustento normativo, para afirmar que en Venezuela existe una verdadera exigencia del derecho a la buena Administración.

2. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

La LOPA, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.818 de 01-07-1981, es considerada por muchos “la Ley más importante que se ha dictado en relación a la Administración Pública Venezolana Contemporánea”⁸², en ella, se establecen las normas que regulan las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, buscando alcanzar un equilibrio entre ambas partes de la ecuación, estableciendo expresamente derechos y garantías ciudadanas, frente a amplísimos poderes y potestades que detentaba la Administración.

⁸¹ Brewer-Carías, Allan. “Los condicionantes políticos de la Administración Pública en la Venezuela contemporánea”. En: *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación*. Tomo II. ACIENPOL. Caracas, 2015, p. 722.

⁸² Brewer-Carías. *El Derecho...*, ob. cit., p. 13.

En la LOPA se consagra un amplio catálogo de principios y derechos ciudadanos, que hoy podríamos considerar, forman parte del concepto del derecho a la Administración, como son, los derechos de: petición, debida y oportuna respuesta, publicidad, acceso a la información, ser oído, hacerse parte, queja, ser notificado, tener acceso al expediente administrativo, alegar y probar, la motivación de los actos, ser informado de los recursos y recurrir de los actos, entre otros; con la consecuente obligación de los funcionarios de hacer valer esos derechos, so pena de incurrir en responsabilidad administrativa, disciplinaria, o de otra índole.

Otro principio recogido en la LOPA en su artículo 11, y que destaca por la estrecha vinculación a la buena Administración y la consecuente disminución de la discrecionalidad y arbitrariedad de la Administración, es el de la confianza legítima y expectativa plausible de buen derecho, que “es concreta manifestación del principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa (...) cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas”⁸³.

El principio de la confianza legítima y expectativa plausible de buen derecho demuestra la centralidad del ciudadano y de conformidad con decisión N° 213 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 18 -02-2009:

[C]onstituye la base de una nueva concepción de los vínculos que existe entre el poder público y los ciudadanos, cuando a través de su conducta, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, se pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella esperan se mantenga. Este principio alude así a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener una decisión favorable a sus intereses⁸⁴.

Podemos apreciar, como casi 20 años antes de que en la Unión Europea existiese una norma de Derecho expresa bajo la denominación de derecho a la buena Administración y más de 25 años antes de que ocurriera lo propio con la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública, ya en Venezuela –como también ocurrió en muchos otros países– existían una serie de principios y normas orientadoras de la actividad administrativa, que viraban la tendencia de un Derecho Administrativo dado para proteger al Estado, hacia uno cuyo foco central era el reconocimiento y respeto de los derechos ciudadanos.

⁸³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. N° 405, 30-06-2004. Consultado en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1252-300604-02-0405..HTM>

⁸⁴ Consultado en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00213-18209-2009-2006-1309.HTML>

3. Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos

En fecha 22-10-1999 fue publicado el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Sobre Simplificación de Trámites Administrativos⁸⁵, posteriormente derogado por los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos en los años 2008⁸⁶, y 2014⁸⁷.

Esa Ley propende a la optimización y eficiencia de las gestiones que deban realizar los ciudadanos ante los órganos y entes de la Administración Pública, a través de la supresión, simplificación y concentración de trámites. La simplificación será posible mediante la reducción de los requisitos, exigencias y pasos o fases innecesarias; implementando el uso de las TICs en los procedimientos administrativos; minimizando el uso de la discrecionalidad funcional en la toma de decisiones, y propiciando la participación ciudadana.

Alguna de las medidas adoptadas por la LSTA son: la prohibición de exigencia de copias, documentos o requisitos que no se encuentren expresamente establecidos en la Ley; la prohibición de solicitar recaudos que ya estén o deberían estar previamente acreditados ante la Administración; simplificación de estructuras organizativas; obligación de suministrar información oportuna a todos los interesados; emisión de actos y resultados por medios tecnológicos; además la Ley establece todo un capítulo denominado “La Administración Pública al Servicio de los Ciudadanos”, en el cual se consagran deberes de la Administración como el de capacitar a los funcionarios; de informar y asistir a los ciudadanos durante la realización de sus diligencias; el derecho de los administrados de conocer el estatus de sus trámites y el establecimiento de sistemas electrónicos y automatizados de gestión.

La LSTA revela el anhelo de tener una Administración Pública más eficiente y cercana al ciudadano, con procedimientos encaminados a garantizar un verdadero derecho a la buena Administración.

Con relación a la LSTA y el derecho a la buena Administración, para el profesor Araujo Juárez:

[H]oy el procedimiento administrativo no se contempla sólo desde una perspectiva jurídica, sino que también se considera uno de los principales mecanismos de realización del principio constitucional de buena administración, lo que se proyecta en múltiples estudios sobre la agilización, simplificación y optimización de

⁸⁵ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.393, reimpresso por error material en la Gaceta Oficial N° 36.845 del 07-12-1999.

⁸⁶ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.891 de 31-07-2008.

⁸⁷ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.149 de 18-11-2014, reimpressa por error material en la Gaceta Oficial N° 40.549 de 26-11-2014.

los procedimientos administrativos, y sobre todo la calidad en las decisiones administrativas, uno de los objetivos más perseguidos por la LSTA, y de los temas escasamente tratados por la doctrina reciente⁸⁸.

A pesar de los importantes avances que en materia legislativa representan para el Derecho Administrativo la LOPA y la LSTA, en la realidad, estas normas, con mayor énfasis en la última de ellas, han sido completamente “ignorada[s] en la generalidad de la práctica administrativa”⁸⁹, evidenciándose la necesidad de que todo cambio normativo vaya acompañado de políticas solidas que permeen en las bases de la Administración Pública, erradicando el burocratismo y transitando hacia la senda de un verdadero servicio civil, en el cual se racionalicen los procedimientos existentes y se tienda a facilitar la participación de los ciudadanos en los procesos de gestión pública, solo de esa manera, podemos hablar del derecho a la buena Administración y al buen gobierno.

4. Ley Orgánica de la Administración Pública

Esta Ley rige la organización y funcionamiento de la Administración Pública venezolana y desde su proclamación en el año 2001⁹⁰, pasando por los Decretos con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública del año 2008⁹¹ y del año 2014⁹², ha mantenido en su artículo 5, la concepción de una Administración al servicio de los ciudadanos, desarrollando el contenido del artículo 141 constitucional. El artículo 5 de la LOAP vigente amplía su contenido, ya no refiriéndose exclusivamente a una Administración al servicio de los ciudadanos, sino de cualquier persona, estableciendo lo siguiente:

Artículo 5°. La Administración Pública está al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social.

La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella.

Además, tendrá entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas que se dicten.

⁸⁸ Araujo-Juárez, José. “Derecho Administrativo venezolano. Aproximación a su construcción científica”, 2010, p. 22.

⁸⁹ Hernández. *Administración Pública...*, ob. cit., p. 185.

⁹⁰ Gaceta Oficial N° 37.305 de 17-10-2001.

⁹¹ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.890 de 31-07-2008.

⁹² Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.147 de 17-11-2014.

De igual manera establece la Ley, que la actividad administrativa estará sustentada en los principios de “economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad”⁹³.

Con respecto a los derechos consagrados a favor de las persona que se relacionen con la Administración Pública, hallamos los de: conocer el estado de los procedimientos en los que tengan interés; obtener copias simples o certificadas de documentos que no estén calificados como reservados o confidenciales; conocer la identidad de los funcionarios que tramiten los procedimientos; formular alegatos y pruebas; presentar solamente los documentos exigidos por las normas aplicables al procedimiento; obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar; acceder a los archivos y registros de la Administración Pública; ser tratados con respeto y deferencia por los funcionarios; agotar potestativamente la vía administrativa como garantía del derecho a la tutela judicial y administrativa; recurrir; petición; publicidad; responsabilidad; rendición de cuentas e implementación de las TICs.

Nuevamente, nos encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, con normas que en su contenido desarrollan, lo que hoy denominamos derecho a la buena Administración y al buen gobierno.

5. Ley Contra la Corrupción

Como hemos venido señalando, la lucha contra la corrupción es el fin último del establecimiento del derecho al buen gobierno, y en ese sentido, Venezuela en su ordenamiento jurídico promulgó la Ley Contra la Corrupción publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.637 de 07-04-2003 y reformada por Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.155 de 19-11-2014, que establece además, la aplicación supletoria de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, principal instrumento jurídico de la región en la materia, el cual ya había sido suscrito y ratificado por Venezuela en 1997.

Esa Ley regula lo atinente al régimen de todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, que administren bienes o recursos públicos; quienes deberán ceñirse por los principios de buen gobierno, es decir: “honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de

⁹³ Artículo 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública del año 2010.

cuentas y responsabilidad” (artículo 6); estableciendo sanciones administrativas y penales en caso de contravención de las disposiciones de la Ley.

Por otra parte, la LCC otorga un carácter moral a la función pública, requiriendo que tanto funcionarios como empleados públicos, administren y custodien el patrimonio público con “decencia, decoro, probidad y honradez” (artículo 7).

6. Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos

Finalmente, acentuando ese carácter moral atribuido a la función pública, el Consejo Moral Republicano a través de la Resolución N° CMR-016-2013 de fecha 01-12-2013, publicada en Gaceta Oficial N° 40.314 del 12-12-2013, dicta el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos.

Esta resolución, se erige como un verdadero código deontológico que debe regir la actuación de todos los servidores públicos, partiendo de la idea de que ninguna norma por si sola será suficiente para la modificación de nuestra Administración Pública, sino que se requiere la colaboración de todos aquellos que la integran, ejerciendo sus funciones con vocación de servicio y siempre atendiendo a principios fundamentales como los de la buena Administración y el buen gobierno, sancionando a aquellos servidores públicos que atenten contra la ética pública o la moral administrativa, entendiendo por tales, a quienes “cometan hechos contrarios a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, puntualidad y transparencia” (artículo 9).

CONCLUSIONES

El derecho a la buena Administración y el derecho al buen gobierno, a pesar de no tener una definición universalmente válida, hacen referencia a un conjunto de valores, principios y normas, que deben estar presentes en los Estados contemporáneos que procuren garantizar el bienestar ciudadano.

Con respecto al derecho a la buena Administración, este se traduce en una serie de principios, derechos y obligaciones que deben regir la actividad y los procedimientos administrativos, idealizando una Administración Pública que se encuentre al servicio de los ciudadanos y estableciendo las garantías suficientes que permitan la eficiencia y afabilidad en las relaciones entre los ciudadanos y Estado.

Por su parte, el derecho al buen gobierno, a pesar de que puede hallarse en un plano de abstracción aún mayor, es posible aterrizar su contenido y definirlo como un valor que sirve de fundamento de principios y normas con las

que se busca que los ciudadanos participen activamente en la dirección política del Estado, exigiendo además servidores públicos responsables, que rindan cuentas y que ejerzan una gestión de los recursos e información pública transparente, con los fines de maximizar los beneficios sociales y luchar efectivamente contra la corrupción y la impunidad. Delimitar el alcance del derecho al buen gobierno en la actualidad permite frenar los abusos y excesos cometidos en alegación del mismo, ya que su contenido ha sido maleado incluso para justificar, entre otras cosas, la perpetuación en el poder⁹⁴.

Ahora bien, hemos visto el tratamiento de estos derechos como fundamentales en la Unión Europea y en Iberoamérica; sin embargo, en Venezuela, a pesar de no encontrarse regulados bajo esa acepción; durante décadas, han sido desarrollado y regulados en el ordenamiento positivo muchos de los elementos hoy en día agrupados bajo el nombre de derecho a la buena Administración y derecho al buen gobierno, en efecto, “[q]ue en nuestro ordenamiento positivo la buena Administración no esté reconocida como principio o derecho, de manera expresa, no impide considerar que la idea de buena Administración forma parte de los fundamentos del Derecho Administrativo venezolano”⁹⁵.

Por lo tanto, parece innecesario reformar nuestra Constitución y nuestras leyes para agrupar estos valores, principios, derechos y obligaciones ya vigentes en nuestro ordenamiento jurídico para encuadrarlos bajo estas nuevas categorías.

No obstante lo anterior, que existan previsiones normativas que regulen en Venezuela, lo que hoy se denomina en el mundo como derecho a la buena Administración y al buen gobierno, no significa que esas normas sean efectivamente cumplidas, de hecho, gran parte de ellas no lo son. Una previsión normativa, sin un verdadero cambio político, que implique la reforma de las bases y modelo de gestión de nuestra Administración, no será más que letra muerta.

⁹⁴ Descontextualizando las palabras de Alexander Hamilton en El Federalista con relación a la reelección – y no reelección sucesiva sin límite temporal–, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia arguye sustentada “en la teoría del buen gobierno” que: “la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, en modo alguno trastoca el principio de *alternabilidad* en el ejercicio del poder”. Ver Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. N° 53, 03-02-2009. Con voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz. Consultado en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/53-3209-2009-08-1610.HTML>

⁹⁵ Hernández, José Ignacio. “La buena Administración en Venezuela: a propósito de los treinta y cinco años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 11, 2017, p. 231.

Es por ello que, para alcanzar la eficacia deseada por estos derechos, en un primer momento es necesario ubicarnos en nuestra realidad y contexto actual antes de proponer las más innovadoras tendencias de gerencia pública, no sería responsable proponer la implementación de un gobierno abierto, con datos abiertos de acceso público para mejorar la transparencia y participación ciudadana, sin antes procurar erradicar el burocratismo de nuestra Administración y con ello, las formalidades no esenciales que la vuelven ineficaz y fomentan la corrupción; una segunda propuesta pasa por el tamiz del mérito y la integridad de los funcionarios, siendo imperativo retomar los procesos de ingreso de funcionarios públicos por concursos, considerando perfiles aptos y que se ajusten a modelos de valores y principios como la probidad, eficiencia y vocación de servicio que deben estar presentes en nuestra Administración y; un tercer elemento trascendental, es hacer valer la responsabilidad individual de los funcionarios de cualquier nivel, que incurran en violaciones al ordenamiento jurídico y los códigos de conducta.

Con respecto a la última propuesta, merece la pena añadir que para hacer valer las responsabilidades de los servidores públicos que incurran en violaciones por acción u omisión del ordenamiento jurídico, es necesario un sistema de justicia eficiente, imparcial e independiente, como garantía del derecho a la tutela judicial y administrativa efectiva y de los derechos de la buena Administración y del buen gobierno, ya que, en caso contrario, resultaría nugatorio cualquier intento por parte de los ciudadanos de ver satisfechos esos valores, principios y derechos.

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, establece que “[e]l derecho fundamental de la persona a la buena administración pública y sus derechos componentes tendrán la protección administrativa y jurisdiccional de los derechos humanos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos”; adquiriendo un rol fundamental en nuestro país, los Tribunales Contenciosos Administrativos y los órganos jurisdiccionales internacionales, que son los llamados a velar por el efectivo cumplimiento de las obligaciones de la Administración y la protección de los derechos ciudadanos.

Sin embargo, y sin ahondar en los elementos de eficacia, imparcialidad e independencia de nuestros Tribunales Contenciosos Administrativos; debemos llamar la atención sobre el retroceso que en materia de protección administrativa internacional ha tenido Venezuela en los últimos años, con la denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y; de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, ambas en el año 2012; restringiendo así la compe-

tencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), respectivamente, para juzgar la violaciones de derechos perpetradas por el Estado venezolano a través de su órganos.

Por lo tanto, antes de procurar cualquier otro cambio, la meta debe ser materializar el respeto al Estado de Derecho, con un sistema de justicia que sea garantía plena del respeto a la Constitución y las leyes e instrumento en la lucha contra la corrupción, solo así podríamos apenas comenzar a hablar de la aplicación de las TICs para fortalecer la institucionalidad de nuestra Administración Pública, generar confianza en la ciudadanía e incentivar su participación.

Por último, debemos señalar que se requiere un verdadero compromiso y voluntad política, tanto de los gobernantes, como de los servidores públicos y de todos los ciudadanos para construir desde cero las bases de un Estado Democrático y Social de Derecho en el cual los derechos a la buena Administración y al buen gobierno no sean simples ideales que parecen inalcanzables, sino verdaderos derechos fundamentales que gocen de la protección administrativa y judicial que merecen, sean inherentes a todas nuestras instituciones y que formen parte de nuestra idiosincrasia.

EL INTERÉS GENERAL EN LOS ACTOS CUASIJURISDICCIONALES

Fernando Javier Delgado Rivas¹

Resumen: *El trabajo estudia los procedimientos tramitados por la Administración Pública venezolana que localmente se han denominado como “cuasijurisdiccionales”, con el fin de conocer los efectos que en la práctica resultan de la aplicación de los también llamados actos cuasijurisdiccionales y su relación con el concepto de interés general.*

Palabras clave: *Acto cuasijurisdiccional – Interés general – Imparcialidad.*

SUMARIO. Introducción. I. Contexto actual de los actos cuasijurisdiccionales. **1.** Conceptualización general. **2.** La expansión legislativa de la figura. **3.** Críticas surgidas como consecuencia de su implementación e impugnación. **4.** La figura en el Derecho Comparado. **II.** La constatación de la existencia o no de un interés general en los actos cuasijurisdiccionales. **1.** El interés general como justificación para el ejercicio de autotutela administrativa. **2.** El interés general en el marco del ordenamiento jurídico venezolano. **3.** El Estado Social y la Administración Prestacional: En búsqueda de la igualdad y el bienestar colectivo. **4.** La pretensión de tutelar el interés general, mediante la posibilidad de dictar actos cuasijurisdiccionales. **5.** La parcialidad de la Administración Pública: Su ineludible carácter político, ante la posición de tercero “imparcial” del juez. **6.** La eficacia de los actos cuasijurisdiccionales: Percepción general. **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

En el marco de la estabilización y desarrollo del sistema de democracia liberal que imperó en la República de Venezuela desde el año 1958, las instituciones políticas del Estado acrecentaron de una manera considerable su esfera de actuación en la sociedad. Producto de la influencia de la noción de Estado Social de Derecho, establecida en la Constitución de 1961, el legislador –ya fuese éste directamente o el Presidente de la República por delegación de aquél– se propuso acrecentar la intervención directa y actuación positiva de la rama ejecutiva del poder público en muchísimos aspectos de la vida económica y social de nuestro país; y ello lo haría a través de la principal y más

¹ Abogado y especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Abogado en la firma LEÇA Abogados. Actualmente cursando Especialización en Propiedad Intelectual en la Universidad Monteávila.

idónea herramienta con la que este cuenta para el logro de esos fines, la administración pública.

Este crecimiento de la administración pública –en tanto objeto principal de estudio del derecho administrativo– trascendió de una manera tal que hizo reconsiderar el enfoque que se tenía sobre uno de los principios pilares del Estado de Derecho moderno, el principio de la separación orgánica de las ramas del poder público, debido a que toda esa estructura de órganos y entes de carácter administrativo, se encontraba ejerciendo funciones que parecían guardar bastante similitud con las demás funciones estatales. Ello fue producto del nacimiento de una multitud de diversas actuaciones que la legislación le fue encomendando a la administración pública, lo cual a su vez resultó también en la dedicación de la doctrina administrativista al profundo estudio y desarrollo de teorías a partir de esa nueva realidad.

Dentro de ese contexto, el estudio de la administración pública se enfocó mucho más en las distintas figuras o instituciones, como lo son por ejemplo el acto administrativo, procedimiento administrativo, responsabilidad administrativa, entre otras, que en la dogmática sobre el sistema en general y los elementos definitorios de la función administrativa como un todo y esencia del derecho administrativo. Sin embargo, del estudio de estas figuras, la doctrina y jurisprudencia fue resaltando ciertos caracteres propios, diferenciadores y esenciales a la actuación de los órganos de la administración pública, o del ejercicio de la función administrativa propiamente dicha. Así pues, se comenzó a hablar de los principios del procedimiento administrativo, diferenciándolo de esa forma del clásico procedimiento jurisdiccional, propio de la teoría general del proceso.

Pero el exponencial incremento de las actividades administrativas durante ese periodo de desarrollo de nuestras instituciones públicas, trajo –tal y como ya lo habíamos asomado– que surgieran una gran variedad de procedimientos especiales aplicables a muchos sectores regulados de la sociedad. De algunos de estos procedimientos la doctrina comenzó a notar que su configuración y cometidos parecían guardar una gran similitud con los de otra tipología, como lo son los jurisdiccionales. De ahí que la doctrina comenzará a reflexionar sobre el relajamiento del principio de separación orgánica de las ramas del poder público, a la vez que reconocía la vigencia de estos nuevos procedimientos, con la finalidad de estudiar y delimitar sus aspectos definitorios y efectos en la práctica.

En un principio, bastó como justificación para la creación de estos particulares procedimientos (junto con la consecuente posibilidad de dictar actos administrativos de una tipología y contenido distintos a los ya conocidos y aceptados por la teoría del acto administrativo), que el legislador se apoyara

en determinadas motivaciones, que resultaban o se traducían en la necesidad de lograr imperiosamente ciertos efectos de vital importancia pública, enmarcados en los fines del Estado, como por ejemplo la protección o fortalecimiento de un grupo social considerado débil.

Salvo algunas consideraciones plasmadas en ciertos votos salvados en decisiones de la Corte Suprema de Justicia, ni la jurisprudencia en general, ni la poca doctrina que se ocupó de estudiar estos especiales procedimientos llegó a reflexionar sobre si estos realmente comprendían el ejercicio de una verdadera función administrativa; lo anterior quizás se deba a la falta de esa sistemática estructuración general de conceptos esenciales y definitorios de esa función, dentro del contexto de nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, ello no implica que entre nosotros no existan esos conceptos fundamentales, ideas principales o nociones definitorias, o que no puedan deducirse de nuestro texto constitucional y demás legislación vigente que rija el ejercicio de la función administrativa.

Uno de esos conceptos esencialísimos y definitorios del concepto de administración pública o ejercicio de la función administrativa, que ha sido observado y considerado desde hace mucho tiempo en la doctrina clásica extranjera, y recientemente tomado en cuenta por la doctrina patria, es el de interés general. Quizás es este el elemento de mayor utilidad para el entendimiento de la función y actividades administrativas, y que también pudiera servir de justificación de éstas.

No basta con identificar al interés general como factor definitorio o determinante, sino que también se hace necesario entenderlo dentro del contexto de nuestro ordenamiento jurídico. En vista de la dificultad de aprehender un concepto como éste, resulta vital estudiarlo conjuntamente con cada institución o figura especial del derecho administrativo, a través del análisis de los efectos de la implementación de éstas en la práctica; para al final volver a lo que se deduce implícitamente de la ley, obteniendo así una comprensión integral, verificando la congruencia del concepto fundamental con las distintas actividades o figuras.

Consideramos entonces que resulta conveniente y útil, realizar el referido análisis sobre los procedimientos llevados por órganos de la administración pública venezolana, que localmente se han denominado como “cuasijurisdiccionales”. El análisis en cuestión no sería a los fines de verificar si estos procedimientos son inconstitucionales o no, o si en verdad su naturaleza es otra totalmente distinta. Realmente el objeto propuesto es estudiar los efectos que en la práctica resultan de la aplicación de los también llamados actos cuasijurisdiccionales y su relación con el concepto de interés general, un concepto que derive de las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente.

Resulta de una vital importancia cuestionarse o reflexionar acerca de si todas las actividades para las que el legislador ha hecho competente a determinados entes u órganos de la administración, realmente cumplen con tutelar los fines estatales que solo aquella está llamada a hacerlo, a través de las formalidades y procedimientos que le son propios, y de conformidad con la ley. Procedamos pues, al estudio y análisis integral de estos tan particulares y no poco polémicos procedimientos, y del interés general que pudiera estar contenido o no, en ellos.

I. CONTEXTO ACTUAL DE LOS ACTOS CUASIJURISDICCIONALES

Desde que surgieron las primeras manifestaciones legislativas que dispusieron la creación de este tipo muy particular de procedimientos administrativos bajo estudio, al tiempo se fue desarrollando también el análisis jurisprudencial en un primer momento, y posteriormente el doctrinario, que poco a poco vino a precisar la naturaleza o esencia aparentemente mixta de estos procedimientos.

Como resultado de lo anterior, y ante un crecimiento o expansión legislativa de las leyes estableedoras de la figura, se fue configurando un concepto más o menos aceptado entre la jurisprudencia y doctrina venezolana. Ello no evitó de todas formas que aparecieran críticas, y sobre todo problemas al momento de la implementación en la práctica de esos procedimientos.

El recuento y consideración de todo lo anterior, nos permitirá conocer el contexto actual que arroja a los actos y procedimientos cuasijurisdiccionales, tarea ésta imprescindible a los efectos de verificar los efectos que desde el punto de vista del interés general pudieran alcanzar o no.

No menos importante resulta señalar también –aunque sea someramente– el hecho de la existencia y apreciación de estos procedimientos, por parte del derecho comparado, lo cual no hará sino darnos más luces sobre su verdadera naturaleza.

1. Conceptualización general

Una gran parte de la doctrina ha dicho en reiteradas oportunidades que las diferentes ramas del poder público generalmente cumplen otras funciones

adicionales a la primaria que les es asignada conforme al principio de separación orgánica², que rige en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Pues bien, y en lo que respecta a nuestro objeto de análisis, se ha dicho y establecido tanto por la doctrina y la jurisprudencia patria que inclusive el ejercicio de la jurisdicción o función jurisdiccional por parte de ciertos órganos de la administración pública, se encuentra establecido en el derecho positivizado.

Con respecto a la función jurisdiccional ejercida por los órganos de la administración pública, dicho en otras palabras, los órganos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público³, algunos han llegado a afirmar inclusive que los procedimientos de segundo grado o recursivos, mediante los cuales los particulares interesados buscan la revocatoria o anulación de cierto acto administrativo, constituyen un ejemplo del ejercicio de potestades jurisdiccionales por parte de la administración⁴. De nuestra parte, rechazamos de plano esta postura, no solamente porque tiene muy poco sustento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia actuales, sino también porque consideramos firmemente que los procedimientos de segundo grado o recursivos cumplen en cierta forma con los mismos objetivos de los procedimientos de primer grado o constitutivos, que son la búsqueda de la verdad material sobre los hechos, en una especie de cooperación entre el particular y la administración.

El hecho de que un particular manifieste su inconformidad o la afectación de sus derechos subjetivos por parte de la administración pública, mediante la interposición de los recursos legalmente establecidos, ello no debería significar sino una garantía para el ejercicio del derecho a su defensa, en tanto que cualesquiera de estos actos podría en principio llegar a afectar sus derechos subjetivos, ya sea desde un punto de vista patrimonial o no; al mismo tiempo, el ejercicio o interposición de los recursos, significa también una oportunidad para que la administración pueda revisar sus propias actuaciones a los fines de poder adecuarlas con los requisitos legales de fondo y forma, y también

² Allan Brewer-Carías es quizás el primer exponente de este planteamiento entre nosotros, así lo afirma en su tratado de derecho administrativo: Allan Brewer-Carías: *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I: El Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*, EJV, Caracas, 2013.

³ La Doctrina ha sido uniforme en calificar que los actos de la administración pública de la rama ejecutiva del poder público se distinguen de los de gobierno, por cuanto estos últimos son en ejecución directa de la Constitución, mientras que los que dicta la administración pública son en ejecución de la Ley.

⁴ Así opinan José Antonio García-Trevijano Fos: *Principios jurídicos de la organización administrativa*, p. 191; Miguel Marienhof: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 86, y Rafael Bielsa: "El acto Jurisdiccional de la Administración Pública" en *Estudios de Derecho Público*, t. II, p. 426 y ss. Todos citados en Rosibel Grisanti Belandria: *Inexistencia de los Actos Cuasijurisdiccionales*. Editorial Vadell Hermanos, Caracas, 1994, p. 31.

una oportunidad para el ejercicio del control jerárquico cuando los recursos son decididos por una autoridad superior, como es el caso del recurso jerárquico establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Ello resalta que el procedimiento administrativo, tanto el de primer grado como el de segundo grado, no resulta solamente en un mecanismo para garantizar el apego a la legalidad y correspondiente garantía de los derechos de los particulares, sino que también es muy útil desde una perspectiva técnica⁵ para la administración pública, en el sentido de que traza las líneas para que sus actividades puedan ser lo más eficaces y eficientes posibles, además que otorga la posibilidad de un control por la autoridad superior en el caso de interponerse el recurso correspondiente contra el acto dictado en el procedimiento original constitutivo.

Lo que queremos demostrar en este punto, es que como quiera que se le vean, los procedimientos de segundo grado no contienen en esencia una contención o conflicto directo y concreto entre unas supuestas partes que serían la administración y el particular. De ser así, ello desvirtuaría por completo el procedimiento administrativo establecido para la interposición de estos recursos, dado que su naturaleza teleológica, como se dijo antes, es ante todo la de una especie de colaboración entre ambas partes para asegurar la realidad de los hechos y su conformidad con el derecho para la decisión administrativa correspondiente. No vemos entonces en forma alguna, el ejercicio de una función jurisdiccional en estos casos.

Existen otros muy particulares actos, de más reciente creación legislativa, que por su esencia no parecieran encajar, al menos no sustancialmente, en el concepto clásico de acto administrativo y su correlativo procedimiento, sino que debido a las partes involucradas, derechos debatidos y particularidades del procedimiento como tal, parecieran girar al campo de un acto dictado por órganos jurisdiccionales, aunque nunca llegando a contar con todas las formalidades para ser considerado una sentencia, poder este exclusivo de los órganos de la rama judicial.

Debido a que estos actos no pueden entonces fácilmente ser conceptualizados como uno u otro (acto administrativo o sentencia) la doctrina ideó la

⁵ Tal y como lo indicó José Araujo Juárez mediante el siguiente planteamiento: “Como resumen de lo señalado, mediante el procedimiento administrativo se trata de conseguir, a modo de ecuación procedimental, dos finalidades que no excluyen ni colisionan: a) La garantía del interés público, concretada en la legalidad y en la oportunidad y conveniencia de la actividad administrativa; y b) la garantía de los derechos e intereses legítimos de los administrados”. José Araujo Juárez: *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1993, p. 48.

solución ecléctica y no menos polémica o problemática de calificarlos como “actos cuasijurisdiccionales”.

Los así llamados actos cuasijurisdiccionales tienen –entre nosotros– uno de sus primeros antecedentes legislativos en la Ley de Despidos Injustificados⁶, pero no fue sino hasta principios de la década de 1990, que una muy importante exponente de la doctrina administrativista venezolana y magistrada de la antigua Corte Suprema de Justicia, la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, los calificó de esa manera, estudiándolos por primera vez en su obra “Los Actos Cuasijurisdiccionales”⁷.

A. La definición de Hildegard Rondón de Sansó

La primera definición que propuso dicha autora a estos muy particulares actos fue la siguiente:

...es revelador de las características de un tipo especial de procedimiento que se denomina procedimiento cuasijurisdiccional, en el cual la Administración no realiza como objetivo esencial, su función de satisfacer en forma práctica los intereses de la comunidad o sus propios intereses, sino que está destinada a declarar ante varios sujetos en conflicto quién tiene la razón y quién no la tiene. Esta declaración, que es análoga en su estructura a la de un fallo judicial, es lo que vamos a denominar acto cuasijurisdiccional⁸.

Antes que nada, resulta imperioso resaltar un aspecto o rasgo claramente observable de esta definición, el cual es que la misma se centra en el procedimiento administrativo en particular cuya culminación es la producción del acto cuasijurisdiccional, y no tanto en el acto en sí mismo. Al verificar esto, vamos dilucidando que la figura de los actos cuasijurisdiccionales, por ser actos presumiblemente administrativos, al menos desde un punto de vista orgánico, no debe ser estudiada o analizada acudiendo únicamente a los postulados de la teoría general del acto administrativo, en cambio, hay que acudir –y tal vez primordialmente– a la teoría general del procedimiento administrativo. En consecuencia, fue la configuración –mediante creación legislativa– particular de unos nuevos procedimientos lo que conllevó a que la doctrina construyera su conceptualización y se dedicara a su estudio, o por lo menos a señalar la existencia de éstos como una figura muy particularmente especial dentro del derecho administrativo venezolano.

⁶ Publicada en la Gaceta Oficial N° 30.604 de 08-08-1974.

⁷ Hildegard Rondón de Sansó: *Los actos cuasijurisdiccionales*, Ediciones Centauro, Caracas, 1990.

⁸ *Ibid.*, p. 5.

De manera tal que, pudiera entonces decirse que el objeto de estudio son realmente los procedimientos cuasijurisdiccionales. Sin embargo, hemos optado por mantener la denominación de actos en el título de este trabajo, debido a que esa es la que mayor aceptación ha tenido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia patria, quizás por hallarse influenciadas permanente por este trabajo original de la Dra. Rondón de Sansó. Pero volviendo a hacer énfasis en las características del procedimiento como tal, en tanto verdadero rasgo definitorio, vemos cómo esta misma autora, destacando el hecho de que la figura ya se encontraba establecida en una variedad de instrumentos legales, señala que: "En todo caso, múltiples son los procedimientos cuasijurisdiccionales que existen en el derecho positivo venezolano"⁹. Y es que en puridad de conceptos y desde la perspectiva orgánica y formal, el acto que resulta de estos procedimientos no podría en forma alguna ser calificado como un laudo o decisión arbitral, menos aún como una sentencia, sino que son algunos de los elementos de su procedimiento particular los que llevan a concluir que este no es el procedimiento administrativo comúnmente establecido en las normas de derecho administrativo, en especial en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁰, sino que por el contrario plantean una situación mucho más parecida a los procedimientos llevados ante los órganos jurisdiccionales de la rama judicial del poder público.

Parafraseando parte de los postulados de la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, los elementos que según ella saltan a la vista en este tipo de procedimientos que, aunque sean llevados en sede administrativa, hacen que posean otra naturaleza son: (1) el particular o sujeto que hace valer una pretensión con respecto a otro particular, con prescindencia de la administración, constituyéndose ambos como verdaderas partes en confrontación; (2) la administración actuando como árbitro que decide sobre la controversia, con base a lo alegado y probado por las partes, y su correspondiente subsunción en los supuestos de hecho establecidos en la norma de aplicación; (3) las partes tienen los derechos y cargas de demostrar sus pretensiones, pudiendo los particulares o sujetos contra quienes se promueven los alegatos y pruebas, contratar con los mismos medios; y (4) la administración no debe (en principio) actuar como parte, sino cumplir una función análoga a la de un juez, lo cual implica

⁹ Ibid., p. 6.

¹⁰ Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 2.818 de 17-07-1981. De este texto legal, cuya larga vigencia confirma las bondades de su articulado, se desprenden los principios y características que hacen que los procedimientos administrativos ordinarios sean totalmente ajenos a unos de carácter jurisdiccional. Como ejemplo de esto último, podemos decir que los procedimientos administrativos no cuentan con el mismo nivel de formalismo que si es ineludible en los de naturaleza jurisdiccional. Al respecto, véase: Allan Brewer-Carías: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, 9° ed., EJV, Caracas, 2010, p. 532.

contar con la necesaria y adecuada imparcialidad frente a las partes en conflicto.

El último elemento mencionado, es quizás uno de los más controvertidos, debido a que si bien es cierto que se ha dicho (como lo señalamos más arriba) que a veces los órganos de la rama ejecutiva del poder público (administración pública en sentido orgánico) pueden llegar a ejercer funciones principales o idóneas de otras ramas, entre esta la jurisdiccional, resulta mucho más difícil establecer una función completamente análoga a la del Juez, no tanto por la función en sí misma, sino por lo que significa ser juez conforme al derecho positivo venezolano vigente, en primer lugar; y en segundo lugar a los principios aceptados local e internacionalmente, que rigen la actuación de estos funcionarios. No obstante, este no es sino una de las dificultades que surgen de la mera existencia de estos procedimientos y que por ello han llevado a la creación de esta denominación un tanto ecléctica que infiere un intento o pretensión de llegar a ser algo, pero que en definitiva nunca termina de serlo¹¹.

B. Otros enfoques de la doctrina venezolana

Adicionales a la anterior comentada, otras conceptualizaciones pueden ser ubicadas en diferentes estudios del resto de la doctrina venezolana, de entre los pocos que ha habido luego del ya mencionado, la mayoría son críticos a la figura, pero no por ello podemos dejar de observar algunos elementos importantes con miras a la aprehensión o comprensión del concepto que tenga mayor aceptación en la actualidad. Uno de los trabajos dedicados al estudio de los actos cuasijurisdiccionales, pareciera a primera vista no solo ser crítico sino inclusive, y yendo más al fondo, negar de plano su existencia, aunque creemos que tal vez el título de este trabajo puede crearnos una presunción acerca de sus conclusiones que no es del todo acertada.

En la obra titulada “Inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales”¹² de la autora Rosibel Grisanti Belandria, prologada por el prolijo doctrinario José Araujo-Juárez y publicada poco tiempo después de los estudios de la magistrada Rondón de Sansó –quizás a manera de contestación a las ideas planteadas en éstos– la autora, no obstante, haber negado el tan mentado carácter jurisdiccional en estos procedimientos, sostiene al mismo tiempo la posible necesidad y conveniencia de la existencia de estos tal y como están estipulados en la normativa legal correspondiente, con la diferencia de que opina en

¹¹ El prefijo “cuasi” significa “casi” y se antepone a adjetivos y sustantivos para indicar semejanza o parecido con lo denotado por ellos, aunque sin llegar a tener todas sus características, según el Diccionario de la Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=BTuFHV3>

¹² Rosibel Grisanti Belandria: ob. cit.

calificarlos indiscutiblemente como procedimientos administrativos productores de verdaderos actos administrativos, con todas las consecuencias legales que ello conlleva. Así pues, al examinar sus argumentos con profundidad, podemos inferir que no es la inexistencia total de la figura lo que la autora pretende establecer, sino únicamente un cambio de denominación o caracterización. Sin embargo, extraerle todo aspecto jurisdiccional del concepto y naturaleza jurídica de estos procedimientos no es algo que produzca pocas consecuencias, sobre todo cuando analizamos los efectos en la práctica de su aplicación, especialmente en lo que a sus medios de impugnación se refiere, punto que analizaremos en un capítulo dedicado a ello en el presente trabajo.

Al no criticar o negar enteramente la figura de los actos cuasijurisdiccionales, tal y como pareciera desprenderse del título de la obra, Grisanti Belandria establece justificaciones para la existencia de estos procedimientos en el derecho positivo venezolano, indicando entre otras razones que: “Cuando la Administración resuelve controversias entre particulares actúa como tutora del interés público”¹³. Lo que trata de establecer entonces, es que los llamados procedimientos cuasijurisdiccionales no contienen, a pesar de guardar ciertas semejanzas, un carácter jurisdiccional, sino que son simplemente una variedad especial de procedimiento administrativo, producto de que la administración contemporánea se “desenvuelve a través de una multiplicidad de actividades”¹⁴ a los fines de llevar a cabo sus objetivos. A fin de cuentas, nos encontraríamos entonces frente a un error grave por parte de la doctrina y la jurisprudencia en la denominación o caracterización de unos procedimientos administrativos como “cuasijurisdiccionales” o parcialmente jurisdiccionales cuando en realidad no lo son, pero que tal como están configurados en la legislación, mantienen su conformidad con los principios que rigen la actuación de la administración pública tutora del interés público o general, y –por supuesto– con la Constitución¹⁵, una que para ese momento –según afirmó una

¹³ Ibid., p. 60.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Para la fecha de publicación de la obra citada, seguía vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961, la de más larga duración en nuestra historia republicana. No obstante, a pesar del hecho de que esa constitución no estableciera expresamente a la República como un “Estado Social de Derecho y de Justicia”, como si lo hiciera la hoy en día vigente, parte de la doctrina de ese momento llegó a un consenso para afirmar que de los principios que la informaban y su contenido material, se podía inferir o interpretar que el régimen era uno del tipo de un Estado Social. Dicha afirmación fue apoyada por Rosibel Grisanti Belandria cuando afirma lo siguiente: “Uno de los aspectos fundamentales que consagra nuestro ordenamiento jurídico, así como el de muchos otros países que adoptan la figura del Estado Social de Derecho, es que la actividad de la Administración Pública se encuentre indisolublemente vinculada al interés general”. Ibid., p. 57.

gran parte de la doctrina— establecía un Estado Social, en el cual la administración pública debe realizar actividades prestacionales en la procura de un bienestar colectivo y para la satisfacción en un mínimo indispensable de los llamados “derechos sociales” de la población, como por ejemplo podrían serlo el derecho al pleno empleo o a una vivienda digna.

En suma, la mencionada autora llega a definir o conceptualizar los —según ella erróneamente— llamados actos o procedimientos cuasijurisdiccionales, casi de la misma forma que lo había venido haciendo la doctrina y jurisprudencia venezolana, en tanto actos dictados por la administración para resolver conflictos entre particulares, aunque substrayendo totalmente todo contenido jurisdiccional a éstos. Las razones en que se basa para llegar a esta conclusión, son en parte las críticas que se le han hecho a esta figura, centradas principalmente en el hecho de que la administración pública, por ser parte interesada (tutora del interés general) y por ende parcializada, no independiente y sujeta a un principio de jerarquía no podría jamás equipararse a la figura del juez, el cual sí cuenta con todos los caracteres de total imparcialidad, tercero ajeno a la categoría de parte interesa e independencia (no sujeción a un superior jerárquico), cuyo único fin es decir el derecho, que son los que en esencia definen a la función jurisdiccional del Estado.

Otro carácter de índole jurisdiccional que faltaría también en cualquier acto administrativo orgánicamente hablando, sería el de la cosa juzgada¹⁶, por la razón de que todos los actos dictados por la administración pública están sujetos a la revisión posterior por parte de los órganos jurisdiccionales, negándoseles entonces ese factor definitivo con el que sí cuentan las sentencias, actos propiamente jurisdiccionales.

Habida cuenta de que los actos dictados por la administración solo pueden ser considerados como cosa decidida¹⁷, no podría decirse que algunos de ellos son de una mixtura administrativo-jurisdiccional o cuasijurisdiccional

¹⁶ El carácter de cosa juzgada ha sido desde siempre esencial al concepto de jurisdicción: “La irreversibilidad de las decisiones amparadas en la cosa juzgada, que da a las sentencias la autoridad de la cosa juzgada, no aparece en ninguno de los otros modos de actuación del poder público”. Enrique Véscovi, citado por Ricardo Henríquez La Roche en *Instituciones del Derecho Procesal*, 2° ed., Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela, Caracas, 2010, p. 56.

¹⁷ También conocida como la “cosa juzgada administrativa” se refiere a los actos que han quedado definitivamente firmes, no solo por el hecho de haberse agotado y resuelto todos los recursos administrativos que sobre el acto dictado en el procedimiento de primer grado pudieron haberse interpuesto, sino por el hecho de que dicho acto haya surtido efectos creadores de derechos a favor de particulares, situación ésta que plantea una excepción a la potestad revocatoria de la administración pública, salvo que el acto este viciado de nulidad absoluta. Allan Brewer-Carías: “Introducción al Régimen de la Ley Orgánica” en *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y Legislación Complementaria*, 16° ed., EJV, Caracas, 2015, p. 41.

como los ha calificado la doctrina venezolana, todo ello de conformidad con el planteamiento de la inexistencia (de esa denominación) de parte de Grisanti Blandria conforme al cual, solo los procedimientos verdaderamente jurisdiccionales dictados por la rama judicial del poder público, pueden contar con la cualidad de cosa juzgada.

Ya hemos dicho entonces que el citado estudio coadyuva con la conceptualización y definición general que la doctrina y jurisprudencia le habían endilgado a este tipo de procedimientos, al menos desde un punto de vista formal, con la diferencia de que niega reiteradamente toda cualidad de jurisdiccional en su contenido material o esencial. Otro punto que quisiéramos señalar sobre ese trabajo –quizás uno de los mejores que se ha hecho en torno a este tema, con todo y las críticas o diferencias que se pueda tener con algunas de sus conclusiones finales– es la mención que en él se hacen sobre los distintos procedimientos administrativos a los que en algún momento la doctrina, principalmente extranjera, ha llegado a establecer que poseen cierto contenido o carácter jurisdiccional. Estos son, según la autora señala, los actos de la llamada “jurisdicción disciplinaria”, los recursos administrativos y también los procedimientos sancionatorios.

Tal y como lo hemos dicho, entre nosotros ninguno de esos otros procedimientos llegó a ser catalogado como de una mixtura administrativa jurisdiccional o cuasijurisdiccional, con la sola excepción de los procedimientos disciplinarios, los cuales, si fueron considerados con tal carácter en un momento, mediante sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia con ponencia del magistrado Dr. René de Sola¹⁸, según la cual, los actos que eran dictados por el antiguo Consejo de la Judicatura y que culminaban en una sanción disciplinaria, eran de una indudable naturaleza jurisdiccional, y que por lo tanto no podía considerárseles como actos administrativos capaces de ser impugnados antes los órganos jurisdiccionales con competencia en lo contencioso administrativo. Hecho curioso es el que este mismo magistrado en una sentencia anterior había negado por completo –a través de un voto salvado– la conformidad de los procedimientos

¹⁸ Sentencia del 09-11-1989 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. De esta sentencia se dieron dos votos salvados, el del Magistrado Luis Henrique Farías Mata, el cual, a pesar de diferir del criterio del ponente sobre la posibilidad de impugnación, afirma que los actos disciplinarios del Consejo de la Judicatura son actos administrativos de “índole jurisdiccional”; el otro voto salvado de la Magistrada Josefina Calcaño de Telmetas difirió indicando que dichos actos disciplinarios eran de naturaleza administrativa y no jurisdiccional y que por ello sería un contrasentido extraerlos de la posibilidad de ser objeto de un recurso contencioso-administrativo. Sentencia citada y analizada en: Hildegard Rondón de Sansó: ob. cit., p. 66.

administrativos cuasijurisdiccionales con el derecho positivo venezolano¹⁹. Posteriormente este criterio jurisprudencial fue abandonado, volviendo a permitirse la impugnación de cualquier acto administrativo en sede judicial, independientemente del tipo de procedimiento que se haya seguido para dictarlo. Igualmente, solo el concepto ideado por la magistrada Hildegard Rondón de Sansó sería el acogido por la jurisprudencia (y la doctrina), hecho que analizaremos en breve.

En cuanto a los procedimientos recursivos o de segundo grado, hay quienes afirman que éstos contienen un carácter jurisdiccional debido a que comprenden una especie de contención entre el particular y la administración. No obstante, esta disertación no ha sido de mucha aceptación inclusive en el derecho comparado. Quienes la critican afirman que el derecho de recurrir a los actos administrativos constitutivos o de primer grado comprende más que todo una expresión del ejercicio del derecho a la defensa y al debido proceso reflejado en los procedimientos administrativos²⁰ y, a la vez, una posibilidad para que la administración vuelva a revisar sus actos (potestad de autotutela) pudiendo revocarlos en su totalidad o parcialmente en el caso de verificarse algún vicio de nulidad absoluta o relativa, realizar correcciones en beneficio

¹⁹ El mencionado voto salvado se produjo en la clásica sentencia ya mencionada en este trabajo denominada “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo”. Sobre la postura del magistrado René de Sola, consideramos de gran importancia hacer mención aquí del excelente discurso inaugural en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo el 19-04-2006, mediante la cual defendió de forma magistral su punto de vista acerca de la improcedencia de los actos cuasijurisdiccionales llevados por las administración pública en las materias laboral y arrendaticia, y la afirmación de que los actos de la jurisdicción disciplinaria dictados por el Consejo de la Judicatura si eran verdaderamente actos dictados por una jurisdicción especial –de rango constitucional– exentos de cualquier impugnación ante la jurisdicción ordinaria. René de Sola: “Actos disciplinarios jurisdiccionales”, *Revista de Derecho*, N° 22, TSJ, Caracas, 2006. pp. 37-53.

²⁰ Dado que todos los derechos y garantías relacionados al debido proceso y tutela judicial efectiva, aplican no solo en los procesos o procedimientos judiciales, sino también en los procedimientos administrativos (justicia administrativa), los recursos administrativos pueden fácilmente ser explicados como una expresión de esos principios presentes en sede administrativa, lo cual incluye por supuesto el derecho a la defensa, –¿por qué no?– y el principio de la doble instancia. Así pues, la posibilidad que tienen los particulares de volver alegar hechos y aportar pruebas en los procedimientos administrativos de segundo grado, sobre todo cuando lo son ante un superior jerárquico, nos resulta una gran ventaja en lo que al ejercicio del derecho a la defensa se refiere. Entre la doctrina nacional, Alejandro Gallotti considera que los recursos administrativos son un ejemplo del establecimiento de “medios alternativos para la solución de conflictos” en sede administrativa, la premisa de esto es la misma que ya señalamos, el hecho de que los procedimientos administrativos no escapan de los postulados constitucionalmente establecidos sobre el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Alejandro Gallotti: *El derecho a la defensa en sede administrativa. Un estudio sobre los límites de la potestad administrativa en la salvaguarda de los derechos de los particulares*, FUNEDA, Caracas, 2013, p. 244.

del particular y hasta considerar nuevamente las razones de oportunidad y conveniencia que llevaron a dictar el acto original; lo mismo sucede cuando se ejerce un recurso jerárquico, con la diferencia de que al ser un superior jerárquico el órgano revisor, se pone en práctica el principio de jerarquía típico de la administración pública, a través del cual esta no solo verifica el cumplimiento de los lineamientos establecidos en las políticas públicas implementadas desde los más altos niveles de su estructura organizativa, sino que también puede revisar el cumplimiento con la legalidad de todas sus actuaciones.

Es por ello que se reafirma, con toda razón, lo que ya habíamos dicho de que el procedimiento administrativo comprende a la vez una garantía para el particular, en tanto que sirve para la protección de sus derechos subjetivos individuales, como para la administración, en el sentido de que está última puede cumplir sus objetivos eficazmente mediante una mejor técnica.

Observaciones similares se hacen a la opinión según la cual los procedimientos sancionatorios poseen alguna cualidad o carácter jurisdiccional, por supuestamente consistir en una contención o controversia entre la administración y el particular que sería sancionado o no. El hecho es que estos procedimientos no son sino una expresión de las potestades de la administración que se concretan en las llamadas actividades de policía, cuyos fines son los de asegurar el cumplimiento de disposiciones legales que tutelan de forma directa el interés general o público. Lógicamente, no pudiera de otra forma entenderse la potestad de autotutela y los fines a los que está llamada a cumplir la administración, si ella misma no pudiera sancionar a los particulares y funcionarios públicos que también infrinjan esas normativas, de no ser así, la administración se encontraría en la misma situación jurídica de cualquier otro particular. En resumen, en estos casos de supuestos procedimientos cuasijurisdiccionales, la administración no posee en la absoluto una controversia con algún particular, sino que únicamente actúa mediante la imposición de sanciones –que ella misma puede ejecutar– a aquellos particulares que presuntamente han infringido alguna disposición legal o reglamentaria, con la finalidad de reforzar su cumplimiento, en tanto normas legales cuya ejecución directa supone no otro fin sino aquel de tutelar directa y concretamente un interés general.

En tiempos más recientes, parte de la doctrina que ha vuelto a estudiar con profundidad los procedimientos cuasijurisdiccionales, lo ha seguido haciendo de forma crítica, como por ejemplo lo hace el profesor Luis Pompilio

Sánchez en su obra “La Inconstitucionalidad de los Actos Cuasijurisdiccionales”²¹. De este trabajo en particular, podemos preliminarmente destacar de su título, que pareciera mantenerse en el mismo hilo de discusión que originalmente se planteó con la obra original de Rondón de Sansó. Con base a esa premisa, pasemos ahora a confirmar si la conceptualización de la figura sigue –con los agregados e interpretaciones que correspondan– más o menos esa misma línea de pensamiento.

En efecto, luego de hacer un recuento sobre lo que este autor indica como los posibles orígenes o ejemplos más lejanos de actividades jurisdiccionales realizadas por órganos administrativos en Francia, explicando las razones históricas para que ese ordenamiento jurídico retuviera en la rama ejecutiva, el ejercicio de las potestades jurisdiccionales sobre éstos; afirma después que “El ejercicio de función o Potestad jurisdiccional por parte de la Administración es admitido actualmente por doctrina calificada y por los propios tribunales, los cuales dan por cierto y válido que el Ejecutivo pueda dictar actos de contenido o sustancia jurisdiccional”²².

Pero acerca de la naturaleza o esencia de esos actos, dirá también que dicho reconocimiento por parte de la doctrina y jurisprudencia tienen como de uno de sus principales basamentos a la posición de Hildegard Rondón de Sansó²³ y más adelante, al momento de analizar las ideas esbozadas por Grisanti Belandria quien –tal y como lo acabamos de indicar– niega el carácter jurisdiccional de estos actos y sus respectivos procedimientos constitutivos, mas no su validez desde el punto de vista formal en lo que respecta a su situación dentro de las funciones que constitucional y legamente puede ejercer la administración pública. Afirma que los argumentos esgrimidos por esa autora no son lo suficientemente válidos como para soportar que la rama ejecutiva del poder público pueda decidir o resolver sobre “aquellos conflictos tratados entre particulares por asuntos propios de la vida civil (comercio, relaciones laborales, inquilinato)”²⁴.

De lo expuesto anteriormente, se verifica fácilmente que este autor identifica claramente, al menos dentro del contexto venezolano, a los actos cuasijurisdiccionales como aquellos que se dictan en sede administrativa para la

²¹ Luis Pompilio Sánchez: “La Inconstitucionalidad de los Actos Cuasijurisdiccionales” *Boletín de Derecho Administrativo*, UCAB, Caracas, 2011, http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/2_boletin/SANCHEZ%20La_Inconstitucionalidad_de_los_Actos_Cuasijurisdiccionales.pdf

²² *Ibid.*, p. 6.

²³ *Ibid.*, p. 7.

²⁴ *Ibid.*, p. 11.

resolución de ciertos conflictos intersubjetivos entre particulares, en consonancia con lo que la doctrina y jurisprudencia ya habían más o menos establecido. No obstante, dada la naturaleza crítica de sus opiniones con respecto a estos actos, una por demás muy acentuada o considerable ya que se refiere nada más y nada menos que a un vicio de inconstitucionalidad, este autor establece –más allá de las consideraciones acerca de la existencia o concurrencia de un interés general o no, capaz de ser tutelado por la administración pública en lo que respecta a las controversias para las cuales han sido establecidos los procedimientos y actos cuasijurisdiccionales– que la nota más criticable de estos, es el hecho de que mediante su imposición legislativa se ha afectado al derecho a una tutela judicial efectiva consagrada de la forma más plena en la Constitución. En efecto, al haber establecido las leyes creadoras de la figura en cuestión, la necesidad de acudir a los procedimientos administrativos para la resolución de ciertos conflictos intersubjetivos entre particulares, siendo los más clásicos los relativos a los temas de inquilinato y laborales, como condición para luego poder acudir a la vía judicial, nos encontraríamos entonces con una suerte de aplicación de justicia retenida²⁵ por parte de la administración. Por lo tanto, la nota de inconstitucionalidad se limita a reclamar la violación del derecho y correspondiente garantía a una tutela judicial efectiva, debido a que la obligatoriedad de acudir a la administración para la resolución de un conflicto intersubjetivo frente a otro particular negaría la posibilidad de acudir, en todo momento y a voluntad del accionante, directamente a la vía judicial.

En ese sentido, la idea principal plasmada por este autor, no es tanto negar el hecho de que la administración pueda llevar válidamente procedimientos administrativos que impliquen la resolución de controversia de derechos particulares que presuntamente involucran o tienen como objetivo primordial la tutela de interés general, sino que ellos no pueden seguir siendo un obstáculo para el acceso a la jurisdicción, fase a la que de todas formas llegará el asunto, debido a la posibilidad de impugnar o recurrir en esta sede los actos administrativos²⁶.

²⁵ Dicha expresión tiene como el más clásico exponente al sistema que imperó en el ordenamiento jurídico francés después de la revolución francesa, sobre ello comenta Miguel Ángel Torrealba que “salvo breves intervalos, entre 1799 y 1872, se establece un régimen de ‘justicia retenida’, en el sentido de que la justicia es ejercida por el Jefe de Estado, quien la delega en los tribunales judiciales, salvo en lo concerniente a los litigios administrativos, en los cuales ‘retiene’ la jurisdicción”. Miguel Ángel Torrealba Sánchez: *Manual de Contencioso Administrativo*, Editorial Texto, Caracas, 2009, p. 42.

²⁶ Establecido en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sobre este principio queremos citar algunos comentarios de Brewer-Carías, quien afirma que

Además de afirmar la inconstitucionalidad de la legislación establecedora de estos procedimientos, agrega que ellos comprenden también una inconveniencia para los particulares, desde el punto de vista de su ejecución o de la verdadera utilidad de las decisiones definitivas en sede administrativa, y debido al tiempo y recursos que deberá emplear para su iniciación e impulso, tal y como se tratase de dos procesos judiciales a seguir. Esto último implica el tema de las consecuencias en la aplicación de los procedimientos cuasijurisdiccionales en la práctica, muy especialmente en cuanto a su ejecución, entre otros; igualmente destaca la discusión acerca de su conveniencia para los particulares desde varias aristas, tema que no dejará de ser analizado en este trabajo por cuanto consideramos aportará muchas luces a nuestro objetivo principal.

En cuanto a la obligatoriedad en estos asuntos de cumplir o agotar una fase previa, situación ésta que anterior a la Constitución de 1999 representaba quizás mucho menos controversia que hoy en día, debido a que en ese momento el no agotamiento de la vía administrativa (incluidos los recursos) era causal de inadmisibilidad para el ejercicio de las acciones judiciales ante los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo²⁷, Pompilio Sánchez propone como solución que se establezcan en su lugar procedimientos

“de acuerdo con la intención de la Constitución, toda actuación administrativa y, en particular, los actos administrativos emanados de cualquier ente u órgano de la Administración Pública o de cualquier otra persona o entidad actuando en función administrativa, por cualquier motivo de contrariedad a derecho, pueden ser controlados por los Tribunales que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa” y también que “la universalidad del control no sólo radica en que todos los actos administrativos cualquiera sea el órgano, ente o entidad que los dicte están sometidos a control judicial, sino que los son por cualquier motivo de contrariedad al derecho, es decir, por razones de inconstitucionalidad como ilegalidad propiamente dicha”. Allan Brewer-Carías: “Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” en *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, 2^o ed., EJV, Caracas, 2014, pp. 27 y 29.

²⁷ La preceptividad de los recursos administrativos tuvo plena vigencia y aceptación por parte de la jurisprudencia hasta que entró en vigencia la actual Constitución. En efecto, la legislación que anteriormente regulaba los procesos contencioso administrativos establecía como causal de inadmisibilidad para el ejercicio del recurso contencioso de nulidad, el no haber agotado la vía administrativa, esto era, el no haber ejercido previamente todos los recursos administrativos establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y demás legislación especial que aplicara al caso, contra el acto impugnado. Conforme indica Miguel Ángel Torrealba “Esta causal tiene su origen en la interpretación que la antigua Corte Federal y de Casación hacía al artículo 123 numeral 11 de la Constitución de 1936, en el sentido de entender que el recurso contencioso administrativo había causado estado. Es decir, agotado el recurso jerárquico, no era posible su revisión en sede administrativa, criterio confirmado en sentencia de la Corte Federal del 24 de noviembre de 1953”. Otro dato de importancia que

arbitrales, los cuales por definición comprenden una sujeción voluntaria de las partes para la resolución de conflictos particulares. Además, destaca que comprende y ve como recomendable la intervención de la administración pública en aquellos conflictos entre particulares o intersubjetivos “en los cuales está involucrado un interés general”²⁸.

Nuevamente se repite aquella visión de que la administración *puede* y tiene la justificación suficiente para intervenir en las contenciones legales que puedan surgir entre los particulares, al igual que lo hizo Grisanti Belandria. No obstante, no se profundiza en qué casos sería esto conveniente, más allá de unas meras alusiones a los conocidos principios del Estado Social y la administración prestacional. En consecuencia, el interés general, en alguna forma aparece en ese contexto como algo sumamente abstracto, vagamente relacionado con la idea del Estado social.

Hasta este punto, se puede afirmar entonces, sin duda alguna, que la doctrina venezolana ha manejado reiteradamente y pacíficamente el concepto o figura de los actos cuasijurisdiccionales, como aquellos dictados en sede administrativa y precedidos por su respectivo procedimiento administrativo, que comprenden la resolución de un conflicto o controversia entre particulares, y que por esa razón contienen una mixtura o similitud con los actos propiamente jurisdiccionales (sentencias). Así pues, aquellas visiones o teorías que llegaron a incluir los recursos administrativos, los actos o procedimientos sancionatorios y los de jurisdicción disciplinaria, no han tenido cabida, al menos entre nosotros.

C. Criterio jurisprudencial

Por lo que respecta a la jurisprudencia patria, sucede casi exactamente lo mismo. En efecto, luego de 1990, prácticamente no ha hecho otra cosa sino –en primer lugar– aceptar el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la administración pública y –en segundo lugar– citar la doctrina reiterada cuando entra a analizar los casos relativos a estos procedimientos, reafir-

nos aporta este doctrinario, es el señalamiento del contenido de una sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (N° 489 del 27-03-2001) cuyas consideraciones apoyan la preceptividad de la vía administrativa, y señaló expresamente lo siguiente: “En este orden de ideas, el administrado, al tener acceso a los recursos administrativos, puede resolver la controversia planteada en la misma vía administrativa, es decir, se busca con el ejercicio de estos recursos una pronta conciliación, si ello es posible, entre el afectado por el acto y la administración”. Citada por Miguel Ángel Torrealba Sánchez: ob. cit., pp. 222 y 226.

²⁸ Luis Pompilio Sánchez: ob. cit., p. 24.

mando en el tiempo ese mismo criterio jurisprudencial. Las primeras sentencias que hicieron mención expresa a la denominación de “actos cuasijurisdiccionales” para referirse a estos procedimientos fueron precisamente dictadas con posterioridad a la publicación homónima de la magistrada Rondón de Sansó. Entre ellas destaca una citada por el Profesor Luis Pompilio Sánchez en su estudio ya anteriormente mencionado, que es la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 438 del 04-04-2001, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, mediante la cual se reconoció que la administración pública cumplía funciones jurisdiccionales análogas a las de un juez para resolver controversias entre dos particulares, y además hace mención de que por esa razón “se ha denominado a los actos que resultan de dichos procedimientos como ‘actos cuasijurisdiccionales’”²⁹.

Más adelante se dictarían otras sentencias reafirmando dicho criterio, no solamente en cuanto al concepto como tal, sino sobre su denominación también. Por ejemplo, la sentencia N° 1036 de 05-05-2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del magistrado Antonio J. García García, al resolver sobre un recurso de apelación contra una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, incluyó dentro de sus considerandos lo siguiente:

...es menester indicar que ya esta Sala en anterior oportunidad se ha pronunciado acerca de la posición procesal que pueden desempeñar, dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad de un acto administrativo dictado en un procedimiento cuasijurisdiccional (Vid. Sent. N° 438/2001), las partes y los terceros interesados en el mismo, destacando, como razón fundamental de ese señalamiento expreso de la Sala, el hecho que en los procedimientos administrativos cuasijurisdiccionales no se trata de la relación Administración-administrado clásica, en el que la Administración actúa para velar un interés propio y en el que los efectos del acto incidirán de forma directa sólo en el administrado integrante de esa relación, sino que es un procedimiento en el cual no actúa para tutelar de manera inmediata sus propios intereses pues funge de órgano decisor en una relación existente entre dos particulares (en cuya normalidad está inmiscuido el interés público) quienes, en definitiva, tendrán intereses antagónicos con respecto al acto administrativo que resulte de ese procedimiento y que como intereses antagónicos serán defendidos en el procedimiento contencioso administrativo.

Como claramente se puede observar, la citada decisión no solamente reitera el criterio de la sentencia N° 438 de esa misma Sala, sino que además agrega un análisis propio del cual indudablemente se desprende que para la jurisprudencia venezolana el concepto de acto y procedimiento cuasijurisdiccional se limita a aquél en el que la administración pública actúa no como parte, sino como órgano decisor en una controversia que se presenta entre

²⁹ Citada por *ibid.*, p. 7.

particulares. Resalta en la argumentación citada, el hecho de que se haga mención de que la administración no actúa por interés propio inmediato en estos casos. Nótese también que una de las ideas presentes en el fallo es la de explicar cómo debe desarrollarse el procedimiento contencioso administrativo en cuanto a la nulidad de estos actos, tema éste muy importante para nuestro estudio y que será comentado más adelante cuando nos toque hablar sobre las consecuencias en la aplicación de estos actos.

Otra de las sentencias más recientes que se acogen al mencionado criterio es la N° 1320 del 08-10-2013, con ponencia del magistrado Arcadio Delgado Rosales, de la cual citamos igualmente un extracto de sus considerandos:

A mayor abundamiento, debe acotarse que en los procedimientos sustanciados por las autoridades administrativas, a través de los cuales ella compone los conflictos suscitados entre diversos sujetos (dando lugar a las providencias conocidas por la doctrina como actos cuasi-jurisidccionales), a todos los participantes en sede administrativa debe serles reconocida la condición de verdaderas partes en el eventual juicio contencioso administrativo cuyo objeto sea cuestionar la correspondiente providencia administrativa.

Similares disposiciones podemos encontrar en la decisión N° 368 de 26-04-2013 de la Sala Constitucional, con ponencia de la magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, en la cual se estableció el siguiente argumento en consonancia con el criterio jurisprudencial reiterado:

Así, esta Sala Constitucional en anteriores oportunidades ha establecido que en el marco de la actividad administrativa, hay ciertas relaciones que no se verifican bajo la bilateralidad estricta entre Administración-administrado, sino que hay categorías de procedimientos en los cuales el órgano o ente administrativo tiene una injerencia activa en un conflicto intersubjetivo, esto es, actúa como decisor en una relación entre particulares que inmiscuye el interés público y ello cobra especial relevancia a los fines de precisar, tanto en sede administrativa, como judicial, el ejercicio del derecho a la defensa de todo sujeto con un interés jurídico en el acto administrativo resultante bien del procedimiento constitutivo o cuya legalidad se cuestione ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa –que es el supuesto aquí analizado–.

Y así también en las decisiones N° 640 de la Sala de Casación Social de 26-05-2014, con ponencia de la magistrada Carmen Esther Gómez Cabrera, y la N° 1333 de la Sala Constitucional del 27-10-2015 con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán –de entre varias otras que se podrían citar también– se acogen al mismo criterio, en tanto que aceptan la existencia de los actos y procedimientos cuasijurisidccionales, al tiempo que lo conceptualizan de igual manera, como la resolución por parte de la administración de conflictos intersubjetivos.

Algunas decisiones parecieran separarse un poco de esta línea argumentativa, aunque creemos que únicamente mediante el mero agregado de algunas definiciones o caracterizaciones que no aparecen en la gran mayoría de ellas, pero que en el fondo mantienen el mismo criterio desde el punto de vista de la esencia de los actos, lo cual se desprende del hecho de que vuelven a citar el trabajo de Rondón de Sansó. Como ejemplo de esto último, destaca la sentencia N° 192 de 28-02-2008 de la Sala Constitucional, con ponencia del magistrado Pedro Rondón Haaz, la cual hace mención a que la administración pública puede ejercer potestades que poseen o gozan de la naturaleza de la actividad administrativa de arbitraje, citando para ello doctrina española:

De esta manera, el Instituto de Defensa y Educación del Consumidor y Usuario (INDECU) ejerce ciertas potestades que gozan de la naturaleza de una específica forma de actividad administrativa, como lo es la actividad administrativa arbitral, que puede definirse como “la potestad de resolver conflictos entre terceros, entre los administrados sobre derechos privados o administrativos...” (Parada, Ramón, Derecho Administrativo, I, Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 551). Esta forma de actividad administrativa la cumple la Administración Pública cuando la Ley expresamente le da competencias para ello, mediante procedimientos arbitrales y actos arbitrales –o laudos, según la ley en análisis– que en nuestro ordenamiento jurídico se han considerado tradicionalmente como típicos actos cuasijurisidiccionales (Rondón de Sansó, Hildegard, Los Actos Cuasi Jurisdiccionales, Ediciones Centauro, Caracas, 1990).

Consideramos entonces que, no obstante que la sentencia haya caracterizado ciertos actos de la administración como arbitrales y cuasijurisidiccionales al mismo tiempo (tal y como si se tratasen de conceptos sinónimos), al referirse a la actividad *in comento* como la potestad de resolver conflictos entre terceros, de todas formas, sigue manteniendo a misma línea argumentativa que el resto de las sentencias ya citadas. Sin embargo, es menester aclarar que, según un importante sector de la doctrina, tanto nacional³⁰ como extranjera, en forma alguna la actividad arbitral puede considerarse análoga o muy similar al ejercicio de verdaderas funciones jurisdiccionales o cuasijurisidiccionales por parte de la administración pública.

No solamente la jurisprudencia de fechas recientes o posteriores al año de 1990 reconoció a la administración pública u órganos de la rama ejecutiva del poder público, el ejercicio de potestades con cierto contenido de carácter jurisdiccional. En efecto, ello se había venido produciendo desde que comenzaron a aparecer en nuestra legislación estos muy particulares procedimientos administrativos.

³⁰ Como bien lo señalara Luis Pompilio Sánchez en su trabajo que ya hemos citado anteriormente.

Así pues, podemos mencionar como una de las decisiones más fundamentales y clásicas en este aspecto –y que reproduce en manera similar a las más recientes, el concepto de estos actos– a aquella conocida como “caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo”, dictada por la Sala Político Administrativa el 10-01-1979, con ponencia de la magistrada Josefina Calcaño de Telmetas³¹. En dicha decisión, mediante la cual se hizo un análisis a la esencia o naturaleza de los procedimientos llevados a cabo por las Comisiones Tripartitas laborales³² para emitir sus pronunciamientos, se afirmó que la administración pública emitía actos de “sustancia jurisdiccional”, ello en el marco de estos procedimientos que comprendían conflictos intersubjetivos en relaciones laborales.

Véase entonces cómo se reconoce el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la administración frente a dos particulares que son verdaderas partes, en consonancia con lo que luego sería identificado por la doctrina y jurisprudencia como procedimientos y actos cuasijurisdiccionales. Es importante mencionar que anterior a esta sentencia, ya existía cierto criterio jurisprudencial mediante el cual se le reconoció a la administración potestades jurisdiccionales³³. No obstante, estas decisiones antes de 1979 negaban el carácter administrativo y su correspondiente posibilidad de impugnación a estos particulares actos, prácticamente equiparándolos casi totalmente a una sentencia con carácter de cosa juzgada. Es por esa razón que afirmamos que es a partir de 1979 en adelante (con una ligera excepción ya mencionada) que la jurisprudencia se acopla al concepto generalmente aceptado de los actos cuasijurisdiccionales que hemos venido hilvanando hasta el momento.

En ese mismo sentido, podemos igualmente destacar como decisiones fundamentales y sustentadoras de las ideas expuestas, aquellas citadas por Rondón de Sansó en su obra sobre el tema, entre las cuales figuran las del 9 y 21-11-1989³⁴. Lo establecido por la jurisprudencia de ese entonces, y que ha sido reiterado y aceptado pacíficamente hasta nuestros días, tal y como lo acabamos de demostrar, nos confirman no solo la aceptación y conformidad con la existencia de los actos y procedimientos en estudio, sino además que tanto

³¹ Citada por *ibid.*, p. 12.

³² Las Comisiones Tripartitas eran unos órganos administrativos que se encontraban establecidos en la Ley contra Despidos Injustificados promulgada el 08-08-1974, las cuales tenían el objetivo de calificar los despidos. Dichas Comisiones se encontraban conformadas por un representante del Ministerio del Trabajo, uno de los trabajadores y otro de los patronos, escogidos por el Ministerio del Trabajo de entre ternas presentadas por organizaciones sindicales y gremios empresariales.

³³ Sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 18-07-1963, 26-05-1968 y 02-06-1977. Citadas por Luis Pompilio Sánchez: *ob. cit.*, p. 12.

³⁴ Citadas por Hildegard Rondón de Sansó: *ob. cit.*, pp. 61 y ss.

la doctrina como la jurisprudencia han venido manejando un concepto más o menos determinado sobre la naturaleza jurídica de estos.

D. Recientes consideraciones

Como agregado a esta sección del trabajo, creemos válido hacer mención de un estudio que se encuentra subido a internet, de la autoría de Eladio Urbina y titulado “Los Actos Administrativos Trilaterales, Triangulares o Cuasijurisdiccionales”³⁵, el cual quizás esté entre los últimos que se hayan hecho sobre este tema y que, si bien no pareciera profundizar mucho más, igualmente lo destacamos por su carácter conciso en lo que respecta al señalamiento del concepto pacíficamente aceptado, y la singular y novedosa inclusión que hace (en el ámbito venezolano) de la denominación de “actos triangulares o trilaterales”. Esta novedoso y singular agregado a la ya muy repetida denominación de “actos cuasijurisdiccionales”, tal vez tomada del derecho comparado, no hace sino confirmarnos que esa es la significación que tiene el concepto entre nosotros, el de una relación administrativa que encierra tres partes, una que no es verdaderamente parte (en principio, o según el grado de jurisdiccionalidad que se considere posean estos procedimientos o no), sino el tercero con potestad suficiente para dirimir un conflicto entre las otras dos que, si lo son; y que además, el acto producto de esos procedimientos puede ser objeto de impugnación ante la rama judicial del poder público.

Toda vez que hemos establecido la conceptualización generalmente aceptada de los actos o procedimientos cuasijurisdiccionales, por parte de la doctrina y jurisprudencia venezolana, pasemos ahora a señalar el creciente desarrollo legislativo que ha tenido durante las últimas décadas.

2. La expansión legislativa de la figura

Tal y como lo hemos indicado en páginas anteriores, los actos o procedimientos cuasijurisdiccionales –entendiéndolos conforme a la conceptualización que hemos determinado– hicieron su aparición legislativa en la década de 1970. En este contexto, vuelve a surgir el ejemplo más clásico y que hasta el día de hoy, con todas las reformas legislativas que han tenido lugar, sigue siendo el que más vemos en la práctica, el cual no es otro que la legislación laboral establecedora de los procedimientos cuasijurisdiccionales aplicables a

³⁵ Eladio Román Urbina Tortolero: *Los actos administrativos trilaterales, triangulares o cuasijurisdiccionales*. Universidad Fermín Toro, Cabudare, 2016, <https://es.slideshare.net/elurbina/los-actos-administrativos-trilaterales-triangulares-o-cuasijurisdiccionales>

las relaciones entre los trabajadores y patronos. La primera ley que fue promulgada al respecto fue la Ley Contra Despidos Injustificados, ya mencionada anteriormente.

En este texto legislativo en particular, se estableció la creación de las denominadas comisiones tripartitas, las cuales en resumen eran los órganos encargados de dirimir las controversias que surgían entre los sujetos de la relación laboral sobre las causales de despido.

Posteriormente, esta ley sería derogada por la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, promulgada durante el segundo gobierno de Carlos Andrés Pérez y publicada en Gaceta Oficial Extraordinario N° 4240 del 20-12-1990. Al haber sido derogada la Ley de Despidos Injustificados, de los procedimientos contenciosos laborales que se encontraban siendo llevados por las suprimidas Comisiones Tripartitas, se ordenó la continuación de su tramitación ante los Tribunales del Trabajo y Juzgados de Estabilidad Laboral, con excepción de aquellos que “hayan sido atribuidos por esta Ley a la conciliación o al arbitraje o a las Inspectorías del Trabajo” (art. 655).

Con esta nueva ley del trabajo, la primera en llevar el calificativo de “Orgánica”³⁶, hacen entrada las Inspectorías del Trabajo, como los órganos del Ministerio del Trabajo que en cierta forma heredarían –con las modificaciones de cada caso– los procedimientos cuasijurisdiccionales en materia laboral que originalmente habían sido concebidos en la Ley Contra Despidos Injustificados.

Así se mantuvo también con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada durante el segundo gobierno de Rafael Caldera y publicada en Gaceta Oficial Extraordinario N° 5152 del 19-06-1997, con la reforma de ésta (mediante decreto ley) publicada en Gaceta Oficial Extraordinario N° 6024 del 06-05-2011, e igualmente en el vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicado en Gaceta Oficial Extraordinario N° 6076 del 07-05-2012. Este último texto es quizás el que mayor énfasis le ha dado a los procedimientos contenciosos que llevan las inspectorías entre los trabajadores y patronos³⁷,

³⁶ Hasta ese entonces, se había mantenido la denominación de “Ley del Trabajo” desde la primera ley reguladora de esa materia del año 1936, con sus posteriores reformas parciales de los años 1945, 1947, 1966, 1974, 1975 y 1983.

³⁷ La última ley del trabajo que se ha dictado en el país, que al igual que mucha de la legislación vigente hoy en día, fue producto de un decreto ley en el marco nuevamente de una amplísima e ilimitada ley habilitante. Además de lo polémico de su nombre, entre otras particularidades, mediante su entrada en vigencia se cumplió tardíamente con una de las disposiciones transitorias de la Constitución que exigían el restablecimiento de las prestaciones sociales retroactivas para los trabajadores.

haciendo la salvedad de que la obligatoriedad de acudir previamente a la vía administrativa se presenta cuando el trabajador se encuentra protegido por la figura de la inamovilidad, la cual en la práctica se ha ampliado a todos los trabajadores a través de los permanentemente prorrogados decretos presidenciales de inamovilidad laboral³⁸. Así pues, se observa como los actos y procedimientos cuasijurisdiccionales se han venido estableciendo reiterativamente y hasta nuestros días en la legislación laboral.

No solo en el campo laboral se ha establecido la figura en estudio, otras de las áreas o relaciones entre particulares que han sido sujetas a disposiciones similares son las de carácter arrendaticio, especialmente en lo que al arrendamiento de viviendas se refiere. Los procedimientos establecidos para ello son quizás de los más clásicos y observables en la práctica, junto con los laborales. Veamos brevemente su desarrollo legislativo.

El contrato de arrendamiento ha encontrado siempre su regulación básica en el Código Civil, pero desde hace ya mucho tiempo el Estado venezolano ha venido dictando normativas interventoras y de una regulación mucho más fuerte, proponiéndose igualar la relación entre arrendador y arrendatario, en un intento por proteger a este último. De estas normativas, la que primero parece hacer mención de la intervención administrativa en los casos de conflictos en relaciones arrendaticias es el Decreto N° 231 del 02-04-1946, mediante el cual se estableció la creación de un funcionario denominado “Comisionado Nacional de Abastecimientos” con atribuciones para regular sobre los arrendamientos; y a su vez éste dictó el 5 de abril de ese mismo año la Resolución N° 100 sobre arrendamientos urbanos, a través de la cual “reglamentó la desocupación de inmuebles regulados, estableciendo causales taxativas para la procedencia de la solicitud o demanda de desocupación y exigiendo autorización previa para efectuar dicha solicitud o demanda”³⁹. Al exigir una autorización a la autoridad administrativa para poder solicitar o demandar el desalojo, vemos como ya se configura una especie de procedimiento cuasijurisdiccional en cabeza de ésta. Posteriormente esta normativa pasaría a ser incluida dentro del Decreto Legislativo sobre el Desalojo de Viviendas del 25-01-1947, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente de ese entonces.

Desde ese momento y hasta el año 1999 cuando fue dictado el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, publicado en

³⁸ A la fecha, el último decreto vigente es el N° 3.718 publicado en Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.419 de 28-12-2018. La inamovilidad laboral, consagrada hoy en día en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y los Trabajadores, ha sido decretada y prorrogada por vía de decreto desde al menos el año 2002.

³⁹ Comentada por José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho Civil IV Contratos y Garantías*, 22° ed., UCAB, Caracas, 2017, p. 415.

Gaceta Oficial N° 36.485 del 07-12-1999, se dictaron una gran cantidad de normativas regulatorias del arrendamiento⁴⁰, dentro de las cuales podemos destacar el Decreto N° 421 del 01-07-1952, por el cual fue suprimida la Comisión Nacional de Abastecimientos y su comisionado, por una Oficina de Inquilinato del Ministerio de Fomento. Este órgano regulador del arrendamiento, conocido después como Dirección de Inquilinato, sería el que se encargaría de llevar los procedimientos cuasijurisdiccionales entre el arrendador y arrendatario durante todo ese periodo. Con la entrada en vigencia del Decreto Ley del año 1999, se mantendría esa misma denominación del órgano regulador, variando un poco a específicamente “Dirección General de Inquilinato del Ministerio de Infraestructura” El Decreto Ley del año 1999 no estableció la obligatoriedad de acudir previamente a la vía administrativa, a los efectos de poder llevar ante los órganos jurisdiccionales los conflictos entre arrendador y arrendatario. En cambio, se limitaría al establecimiento de algunos procedimientos administrativos, siendo uno de ellos, por ejemplo, uno por el cual se solicitaba la fijación del canon de arrendamiento.

Posteriormente entrarían en vigencia dos otras normativas que derogarían parcialmente el Decreto Ley del año 1999, en lo que respecta al arrendamiento de viviendas; y que en este aspecto reactivarían la obligatoriedad de acudir previamente a la administración pública para la resolución de los conflictos, en especial el desalojo, antes de poder ejercer las acciones correspondientes en sede judicial. Estas son el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas publicado en la Gaceta Oficial N° 39.668 del 06-05-2011 y la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda promulgada el 12-11-2011 y publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.053. Ambos textos legislativos establecen enfática y expresamente la obligatoriedad de acudir a la vía administrativa previamente al ejercicio de cualquier acción ante órganos jurisdiccionales, en el caso de pretensiones relacionadas principalmente con el desalojo y otros conflictos surgidos de la relación arrendaticia.

El segundo de los textos legislativos mencionados creó la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda, órgano administrativo que, en

⁴⁰ Ley de Regulación de Alquileres, publicada en la Gaceta Oficial N° 26.319 del 01-08-1960, Ley de Reforma Parcial de la Ley de Regulación de Alquileres, en N° 3.950 Extraordinario del 02-01-1987, Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, en N° 22.424 del 27-09-1947, Reglamento de la Ley de Regulación de Alquileres y del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Vivienda, en N° 29.727 del 05-02-1972, Resolución N° 3.729 del Ministerio de Fomento de 01-07-1976, en N° 31.025 del 19-07-1976, Decreto N° 513 de 06-01-1971, en N° 29.410 de 07-01-1971, Decreto N° 576 de 14-04-1971, en N° 29.489 del 21-04-1971, Decreto N° 298, de 15-06-1989, en N° 34.262 del 14-07-1989, Decreto N° 1.493 del 18-03-1987, en N° 33.683 del 23-03-1987 y todas las demás disposiciones contrarias a la presente Ley.

sustitución de la Dirección de Inquilinato, pasó a ser el competente para conocer de estos procedimientos cuasijurisdiccionales en materia arrendaticia hasta el día de hoy.

No consideramos necesario hacer alusión a legislación relativa a los procedimientos⁴¹ disciplinarios, que fueron en su momento la Ley de Carrera Judicial y Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura⁴², por cuanto ya hemos dicho en el capítulo anterior que la doctrina no llegó a considerar los actos dictados con base a estos procedimientos, como verdaderos actos cuasijurisdiccionales, muy a pesar de la jurisprudencia que sí llegó a calificarlos con ciertas características jurisdiccionales, y que también ya hemos citado. Por ello, no haremos mención tampoco a la legislación que hoy en día regula estos procedimientos.

Existen otros textos legislativos que han establecido procedimientos administrativos cuya esencia es muy similar a los procedimientos cuasijurisdiccionales establecidos en materia laboral y arrendaticia. Si bien es cierto que, en el caso de algunos de ellos, las mismas disposiciones que los consagran los han querido calificar como “conciliatorios”⁴³, consideramos que no dejan de conformar parte del desarrollo legislativo que ha tenido la figura en Venezuela, por la razón de que en el fondo comprenden la resolución de conflictos entre particulares por parte de la administración pública.

Estos son los llamados procedimientos establecidos en la derogada Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, promulgada el 30-12-1991 y publicada en Gaceta Oficial N° 34.880 del 13-01-1992, hoy en día regulados por el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio publicado en la Gaceta Oficial N° 40.549 del 26-11-2014; y las derogadas leyes de Protección al Consumidor y al Usuario promulgada el 16-05-1995 y publicada en Gaceta Oficial Extraordinario N° 4.898 del 17-05-1995 (con su posterior reforma)⁴⁴, y Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicado en la Gaceta

⁴¹ En la tantas veces citada obra de la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, la autora llega a la conclusión de que estos procedimientos no poseen ese carácter cuasijurisdiccional, sino que encuadran perfectamente en la caracterización del ejercicio de potestades típicamente administrativas. Hildegard Rondón de Sansó: ob. cit., p. 58.

⁴² Gaceta Oficial N° 34.068 del 07-10-1988.

⁴³ Los procedimientos conciliatorios deberán ser promovidos por la ley según se establece en el artículo 268 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁴⁴ Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en Gaceta Oficial N° 37.930 del 04-05-2004.

Oficial Extraordinario N° 5.889 del 31-07-2008 (con sus respectivas reformas también)⁴⁵.

En cuanto a los procedimientos establecidos por las leyes referidas a la prohibición de prácticas en contra de la libre competencia, decimos que conforman parte de este desarrollo legislativo, por cuanto en la práctica se observó que muchos de estos procedimientos eran iniciados a instancia de una parte denunciando la práctica prohibida de otra, aludiendo afectaciones por parte de ésta. En consecuencia, los procedimientos se circunscribían a las supuestas prácticas realizadas por una parte que afectaban los intereses de otra en particular, presentándose alegatos, pruebas y contestaciones de la parte denunciada.

En definitiva, el órgano regulador era un tercero decidiendo sobre los alegatos de cada parte. No obstante, es justo mencionar que el interés bajo el cual actúa la administración en estos casos, debe ser observado o analizado bajo una óptica muy distinta, lo cual será analizado más adelante. Como indicio de ello, podemos señalar el hecho de que en la práctica muchos de estos procedimientos fueron continuados por la administración alegando razones de orden público, muy a pesar de las intenciones de transar manifestadas por la parte denunciante⁴⁶.

Con respecto a los procedimientos que fueron establecidos por las derogadas leyes de protección al consumidor, nos encontramos con los llamados procedimientos conciliatorios previos a la iniciación de los sancionatorios por parte de la administración. No obstante, el carácter “conciliador” mencionado

⁴⁵ Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en Gaceta Oficial N° 39.165 del 24-04-2009; Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en N° 39.358 del 01-02-2010.

⁴⁶ Un ejemplo de este tipo de procedimientos que resalta mucho es el conocido caso del conflicto que se dio entre las reconocidísimas compañías trasnacionales productoras de refrescos y colas, Pepsi y Coca Cola, a finales de la década de 1990 en nuestro país, el cual se inició como un procedimiento a instancia de parte ante la extinta Superintendencia Procompetencia. Para conocer más sobre este interesantísimo caso y constatar al mismo tiempo los elementos cuasijurisdiccionales del procedimiento administrativo por el cual las partes ventilaron sus alegatos véase: Gustavo Linares Benzo: *La Guerra de las Colas en Venezuela*, EJV, Caracas, 2000. De hecho, en la misma introducción de la obra el autor indica curiosamente –y a efectos del tema principal planteado en este trabajo– lo siguiente: “De allí que lo que ocurrió en este famoso caso sea la imposición de cargas sin base legal suficiente y una desviación de poder al usar sus poderes para proteger a un actor del mercado y no a los consumidores. Porque uno de los núcleos de este debate fue que Pepsicola acudió para invocar en su favor la protección que no merece, sino que se ha montado para el consumidor. Repetimos dada su fundamentalidad: el Derecho de la competencia no es para proteger a empresas, gremios o sindicatos: es para proteger al mercado, al consumidor. Si en una negociación completamente lícita Pepsicola sufre los errores de su propia mala gerencia, ello nada tiene que ver con el presente juicio”, p. 12.

en los mismos instrumentos legislativos, consideramos que son otro ejemplo de procedimientos cuasijurisdiccionales, por nuevamente encontrarse la administración en la posición de tercero decisor frente a las pretensiones del denunciante presuntamente agraviado, producto de la realización de prácticas o hechos violatorios de las disposiciones consagradas en esas leyes⁴⁷. Sobre el particular carácter de estos procedimientos y su relación con el interés general también nos pronunciaremos más adelante.

Pero no solo en estas áreas de regulación más generales se ha observado la proliferación de este tipo de procedimientos. Más recientemente, en el área de seguros y todas las actividades relacionadas, en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Actividad Aseguradora, publicado en Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.220 del 15-05-2015, también se establece la posibilidad de que el órgano regulador pueda actuar como conciliador o árbitro en conflictos que surjan entre los sujetos regulados de la actividad aseguradora.

Los procedimientos de oposición al registro de marcas, establecido en la Ley de Propiedad Industrial, es otro de los que la doctrina ha señalado como parte de este grupo de “cuasijurisdiccionales”, por la razón de que “aun cuando no esté haciendo valer su mejor derecho a obtener el registro, ya que ello se ventila por ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria; sin embargo, en defensa de la legalidad o ilegalidad de la concesión se abre un procedimiento contradictorio”⁴⁸.

Con base a lo expuesto anteriormente, no queda dudas de que, en nuestro país, la legislación establecedora de estos particulares procedimientos no es poca ni aislada o perteneciente a un periodo de tiempo ya finalizado, sino que, muy por el contrario, ha venido expandiéndose desde que apareció por primera vez, lo cual es cónsono con la aceptación que se ha observado por parte de la doctrina y jurisprudencia patria.

3. Críticas surgidas como consecuencia de su implementación e impugnación

Como figura polémica y debatida entre la doctrina, y muy a pesar de su relativa aceptación por la generalidad de ésta y por casi la totalidad de la jurisprudencia, los actos cuasijurisdiccionales no están exentos de críticas acerca

⁴⁷ Luis Pompilio Sánchez destaca el carácter conciliador o de medio alternativo y facultativo (no preceptivo o de necesario agotamiento para poder acudir a la vía judicial) de estos procedimientos consagrados en la legislación pro-competencia, para la resolución de conflictos intersubjetivos entre particulares. Luis Pompilio Sánchez: ob. cit., p. 26.

⁴⁸ Hildegard Rondón de Sansó: ob. cit., p. 7.

de su verdadera naturaleza jurídica y compatibilidad con el ordenamiento jurídico, así como tampoco del señalamiento de los problemas e incidencias que surgen como consecuencia de su implementación en la práctica.

A. Principales críticas

De la doctrina venezolana que se ha ocupado del caso y que ya hemos mencionado hasta ahora, podemos inferir que existen dos grandes planteamientos críticos a la figura del acto cuasijurisdiccional. La primera se refiere a la negación del carácter jurisdiccional en estos actos, no necesariamente oponiéndose a la configuración formal de estos tal y como los ha consagrado la legislación. La segunda niega de plano su conformidad con el marco constitucional venezolano.

Del primer grupo tenemos como mayor exponente a la ya citada autora Rosibel Grisanti Blandria. Bajo su visión, tal y como ya lo explicamos anteriormente, los llamados procedimientos cuasijurisdiccionales no son tales, sino una categoría o especie particular dentro del género de los procedimientos administrativos, sobre los cuales –tal vez debido en parte a la juridización que los caracteriza– la doctrina llegó a calificarlos erróneamente así. En consecuencia, estos no serían sino una expresión de las potestades administrativas que deben ser ejercidas en el marco de un Estado Social que interviene no para resolver en favor de una u otra parte, sino para garantizar el interés social en tanto procuración de unas condiciones mínimas para los particulares protegidos por la legislación en áreas donde se regulan las relaciones jurídicas con ese fin (laboral, arrendamiento de viviendas, etc.).

Dentro de este primer grupo, podemos mencionar a algunos autores y doctrinarios administrativistas o de derecho público de más reciente data, como lo son: José Ignacio Hernández, Luis Alberto Petit Guerra, Allan Brewer Carías, José Antonio Muci Borjas⁴⁹, entre muchos otros. Como se podrá observar, quizás esta es la opinión mayormente aceptada dentro de la doctrina, la cual pareciera centrarse en el problema de la calificación o denominación de estos actos, mas no en su contenido y finalidades llamadas a cumplir, ni tampoco sobre el problema de su ejercicio por órganos de la rama ejecutiva del poder público nacional. Algunos de ellos no estudiaron ni analizaron exhaustivamente el tema, pero los incluimos de todas formas debido a que son

⁴⁹ Véase las impresiones de este autor al respecto en: José A. Muci Borjas: “Procedimientos y Administración Pública. Algunas reflexiones en torno al procedimiento administrativo venezolano de ayer y hoy al trasluz de las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia comparadas”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N°. 147, ACIENPOL, Caracas, 2009, pp. 73-112.

parte del grupo de los que consideran que cualesquiera de las ramas del poder público pueden ejercer las funciones principales de las otras⁵⁰.

El segundo planteamiento crítico es más contundente que el primero y no solo niega de plano cualquier carácter verdaderamente jurisdiccional a los llamados actos y procedimientos cuasijurisdiccionales, sino que, además, considera que la mera posibilidad de otorgarle potestades jurisdiccionales a los entes y órganos de la administración (entendidos desde un punto de vista orgánico o funcional) significaría una violación a la Constitución y a los principios relacionados con el debido proceso y el acceso a la justicia.

No cabe duda de que el más resaltante autor de este más reducido grupo de la doctrina es el ya muchas veces citado en este trabajo, Luis Pompilio Sánchez, quien categóricamente niega que la administración pública pueda llevar a cabo procedimientos de carácter jurisdiccional, no solo por infringir el principio de separación orgánica de las ramas del poder público, sino también porque ello significaría ir en contra de todos los principios y garantías relacionadas al debido proceso, como lo son la imparcialidad, la garantía del juez natural, la tutela judicial efectiva, entre otras.

Además de la crítica frontal que hace este autor, podemos agregar a este grupo a otros autores que sin abocarse al estudio o análisis de los procedimientos y actos cuasijurisdiccionales, niegan de todas formas la posibilidad de que la administración pública, en tanto estructura orgánica de la rama ejecutiva, pueda ejercer potestades de carácter jurisdiccional, por no concebir igualmente aquella visión de que las distintas ramas del poder público pueden ejercer cada una de las distintas funciones asignadas principalmente a cada una de ellas⁵¹.

En forma similar, podríamos incluir a aquellos autores que también se oponen a la hipertrofia o realización de multiplicidad de actividades realizadas por la administración pública en ámbitos considerados por ellos del derecho privado, en los que se ha intervenido por vagas y simples alusiones a razones de interés general o por interpretación de los fines del Estado Social⁵².

⁵⁰ Brewer-Carías es un claro ejemplo de esto, autor que en casi todos sus tratados y estudios del derecho administrativo y constitucional ha apoyado dicha doctrina, tal y como veremos más adelante en este trabajo.

⁵¹ El magistrado René de Sola fue reconocido exponente de esta postura, para ello véase la ponencia cuyo enlace citamos más arriba.

⁵² Representantes destacados esta corriente son los profesores Luis A. Herrera Orellana, Tomás A. Arias Castillo y Andrea I. Rondón García. Para examinar sus disertaciones al respecto véase –entre muchísimas otras obras y publicaciones–, la crítica conjunta que hicieron a una senten-

B. Problemas derivados de su implementación

Ahora bien, con respecto a los problemas o incidencias que se producen como consecuencia de la implementación en la práctica de los procedimientos cuasijurisdiccionales, tenemos como aspectos más esenciales: (1) la transformación del procedimiento administrativo clásico u ordinario en otro mucho más similar al que se sigue en sede judicial, o especie de mixtura entre las características de un procedimiento judicial y un procedimiento administrativo; en efecto en estos procedimientos administrativos particulares nos encontraremos con verdaderas partes en conflicto, con actos análogos a los de un procedimiento judicial o plenamente jurisdiccional como lo sería la presentación de alegatos y contestaciones contra una y la otra parte, solicitudes de medidas cautelares, a la administración como un tercero decisor y, en general, con una variedad de formalidades adicionales que les restan el carácter flexible propio de los procedimientos administrativos (ausencia de preclusividad, posibilidad de convalidación, etc.).

Luego nos encontramos con la discusión sobre su (2) ejecución, específicamente sobre si debiera seguirse el principio de la autotutela administrativa, o sí por el contrario debe dejarse en manos de los órganos jurisdiccionales.

Finalmente (3) el problema relativo a la fase de impugnación de estos actos, desde la discusión que se dio sobre la posibilidad de impugnarlos ante los órganos jurisdiccionales (tema del carácter de cosa juzgada o no), y las particularidades de los recursos o acciones de nulidad de estos actos ante los tribunales competentes en lo contencioso administrativo, o los que estén llamados a conocer de dichas acciones impugnatorias por la ley que regula la materia.

Acerca de la particularidad de estos procedimientos llevados en sede administrativa, pero con caracteres definitivos de unos jurisdiccionales, es claro que esto afecta o modifica la concepción del procedimiento administrativo ordinario cuando nos encontramos todavía en la “fase” administrativa, ello implica que el procedimiento administrativo pierde su carácter no contencioso,

cia de la Sala Constitucional que declaró sin lugar un recurso de nulidad contra varios artículos de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, el cual precisamente discutió el hecho de que la administración pública se estuviese entrometiendo en relaciones de derecho privado y violando –entre otros principios y garantías– el derecho al juez natural por tener ésta la potestad de decidir cuestiones que comprenden según los recurrentes, conflictos intersubjetivos de carácter privado a ser resueltos por la jurisdicción ordinaria. De ese punto en particular la profesora Andrea Rondón le dedica parte de su crítica. Luis A. Herrera Orellana, Tomás A. Arias Castillo y Andrea I. Rondón García: *Del Estado Social de Derecho al Estado Total (Crítica filosófica-jurídica a la sentencia de la Sala Constitucional No. 1.049 de 23 de julio de 2009)*, FUNEDA, Caracas, 2010.

y con ello la flexibilidad que lo caracteriza⁵³ frente al estricto carácter preclusivo de los procedimientos judiciales; de igual forma la esencia del procedimiento cambia de uno inquisitivo a otro mucho más parecido al dispositivo, observándose en la práctica alegatos y contestaciones que conllevan la mayoría de las veces a que la administración actúe como especie de “arbitro” o “juez” limitándose a decidir con base a lo alegado y probado por cada una de las partes. Aunque siempre advertimos que ello no se desprende necesariamente o completamente de la ley, sino más bien del desarrollo del procedimiento en la práctica, por lo que puede suceder también que la administración decida en algunas oportunidades recobrar su carácter inquisitivo e intervenir activamente invocando razones de orden o interés público.

He ahí la mayor importancia de este problema, por cuanto, en definitiva, los particulares podrían no saber a qué atenerse ante este tipo de procedimientos, los cuales podrían parecerse más a uno u otro tipo, dependiendo del accionar de la administración en determinado momento, hecho que –sin querer adelantar conclusiones– nos hace reflexionar sobre la posible violación de muchos principios y mandatos constitucionales en ese sentido⁵⁴.

Sin embargo esta mixtura entre lo administrativo y jurisdiccional, se denota mucho más cuando estos actos son impugnados ante los órganos jurisdiccionales, la mayoría de las veces ante los tribunales competentes en lo contencioso administrativo, lo cual es lógico pues son estos los llamados constitucionalmente a controlar las actuaciones de la administración pública y, en algunas ocasiones ante otros tribunales, cuando la jurisprudencia les ha otorgado la competencia para conocer de las acciones de nulidad de algunos de estos actos administrativos cuasijurisdiccionales⁵⁵.

⁵³ El reputado autor José Araujo Juárez dice sobre las diferencias entre los procedimientos jurisdiccionales (proceso) y procedimientos administrativos que “el ‘proceso’ se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio; mientras que el ‘procedimiento’ (que puede manifestarse fuera del campo jurisdiccional), se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final”, José Araujo Juárez: ob. cit., p. 44.

⁵⁴ En este caso, no solamente podríamos estar hablando de la violación –por citar una de gran importancia– del derecho o garantía al juez natural; sino que además podría estarse contraviniendo las disposiciones relativas a los fines de la administración pública, en el sentido de que según lo establecido en el artículo 141 de la Constitución, “está al servicio de los ciudadanos” lo cual se traduce en la colectividad en general, por lo que mal podría aceptar ésta el desistimiento de una las partes en un procedimiento cuasijurisdiccional, o no darle el impulso o carácter inquisidor requerido, de encontrarse en juego un interés general subyacente en el procedimiento o conflicto particular.

⁵⁵ El ejemplo más típico en estos casos es (de nuevo) el de los actos dictados por la autoridad administrativa en materia laboral, es decir, las inspectorías del trabajo. Debido a que ninguna

En efecto, el problema se viene discutiendo en la jurisprudencia desde que comenzaron a sucederse las acciones de nulidad contra estos actos, conforme lo destaca la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, la solución que bien tuvo a darle nuestra jurisprudencia fue la de que, por tratarse de actos con contenido jurisdiccional, los procedimientos de impugnación llevados posteriormente en sede judicial (luego de que se aceptará su impugnación)⁵⁶, debían comprender el conflicto intersubjetivo subyacente en el acto administrativo impugnado, y que por lo tanto se hacía necesario considerar como verdadera parte al otro particular que no hubiese impugnado el acto. Esto era algo de cierta importancia, sobre todo tomando en cuenta que en aquel entonces, el contencioso administrativo era considerado como uno de carácter meramente revisorio y objetivo, por lo que no se le equiparaba al proceso judicial subjetivo cuyo finalidad directa es la tutela del derecho del accionante o de-

legislación, ni la laboral ni la procesal administrativa ha dado una respuesta clara acerca cuáles tribunales serían los competentes para conocer de la nulidad de los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia la que ha dictaminado cuales son. No obstante, el criterio no ha sido reiterado ni siquiera en los últimos veinte años. Actualmente el último criterio jurisprudencial vinculante lo estableció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 955 del 23-09-2010, mediante la cual se asignó a los tribunales competentes en materia laboral la competencia para conocer de la nulidad de los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo con base –entre otros– al siguiente argumento principalmente: “De lo anterior se colige que aun cuando las Inspectorías del Trabajo sean órganos administrativos dependientes –aunque desconcentrados– de la Administración Pública Nacional, sus decisiones se producen en el contexto de una relación laboral, regida por la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual debe atenderse al contenido de la relación, más que a la naturaleza del órgano que la dicta, para determinar que el juez natural en este caso no es el contencioso administrativo, sino el laboral. Una relación jurídica denominada relación de trabajo, expresada y manifestada por la fuerza de trabajo desplegada por los trabajadores, que exige un juez natural y especial, para proteger la propia persona de los trabajadores. En fin, la parte humana y social de la relación”. Al respecto, véase cómo la Sala argumenta que debido a que el fondo de estas actuaciones hay una “relación laboral” ello es razón suficiente para asignar la competencia a los tribunales laborales, de nuevo vemos como la mixtura o carácter cuasijurisdiccional de algunos actos administrativos produce discusiones y problemáticas en cuanto a su impugnación, precisamente por su no completa adecuación al concepto de acto administrativo, a pesar de provenir de un órgano indudablemente administrativo. Para un estudio más detallado de este asunto en particular, véase el trabajo publicado por Alejandro Canónico Sarabia, en el cual se cita y analiza la referida sentencia. Alejandro Canónico Sarabia: “La competencia para el control judicial de los actos administrativos de las autoridades del trabajo luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” en *Anuario de Derecho Público IV-V 2011-2012*, Universidad Monteávila, Caracas, 2013, pp. 135-156.

⁵⁶ Lo cual sucedió a partir de la sentencia líder en la materia conocida como “Miranda entidad de ahorro y préstamo” ya citada.

mandante, mientras que en el caso de las acciones ante el contencioso administrativo, la finalidad primordial era el control de la administración con respecto a la legalidad de sus actuaciones⁵⁷.

Tanto es así, que la gran mayoría –sino toda– de la jurisprudencia más reciente que ha hecho mención a la figura de los actos y procedimientos cuasijurisidccionales, se refiere a casos en los que no se han tomado en cuenta estas circunstancias, obligando al tribunal que dictó la sentencia recurrida a reponer las causa en el momento en que se hubiese omitido alguna citación, notificación o actuación debida, conforme a considerar todas las partes involucradas en el caso, cuando se hubiese demandado la nulidad de un acto⁵⁸.

El otro problema o incidencia importante que surge como consecuencia de la implementación de los procedimientos cuasijurisidccionales, es el de la ejecución de sus actos. Este tópico en particular fue uno de los más analizados en la obra de la magistrada Hildegard Rondón de Sansó. En ella le dedica un aparte completo abocado a tratar de dilucidar este asunto, específicamente el de la ejecución forzosa, el cual –al igual que con los otros problemas de esta figura– llegó a tener un tratamiento distinto durante su desarrollo jurisprudencial. En un principio, la autora se decanta por observar que a los actos cuasijurisidccionales, debido a sus propias características, no les era aplicables el principio de la autotutela administrativa, que implica, en resumidas cuentas, la potestad de la administración de ejecutar ella misma los actos que dicte, sin necesidad de acudir a un órgano jurisdiccional, ni siquiera para darle valor de título ejecutivo a tales actos. La autora argumenta dicho punto de vista indicando que:

En los casos de ejecuciones forzosas a las cuales alude la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, las mismas se originan por cargas que tiene un administrado frente a la administración, derivado de un acto dictado por ella que ha

⁵⁷ La mayoría de la doctrina venezolana siempre se inclinó a afirmar que los recursos o acciones del contencioso administrativo que se encontraban vigentes antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, eran de un indudable carácter objetivo, lo cual significaba –en palabras de Miguel Ángel Torrealba– un “modelo revisor y objetivo que entiende el contencioso administrativo básicamente como un medio de reexamen de la controversia originalmente planteada en sede administrativa (...) De allí que en la tramitación del mismo (el recurso) no se previera una citación propiamente dicha, ni mucho menos un emplazamiento, pues no se entendía que la Administración autora del acto fuera realmente una parte demandada”. Miguel Ángel Torrealba: “Algunos problemas fundamentales del contencioso-administrativo venezolano en la actualidad. Una aproximación crítica a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” en *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público*, EJV, Caracas, 2013. pp. 168 y 170.

⁵⁸ Punto clave resaltado por casi la totalidad de la jurisprudencia más reciente que ha analizado los actos cuasijurisidccionales, tal y como lo mencionáramos más arriba.

causado estado, constituida tanto por una prestación de dar como por una prestación de hacer o no hacer. (...)

En los procedimientos cuasijurisdiccionales el acto decisorio consagra o reconoce el derecho de un administrado frente a otro, por lo cual será a las partes a quienes corresponderá obtener de la otra la ejecución de la condena a la cual quedará sometida⁵⁹.

El punto de las ejecuciones durante la época en que la Dra. Rondón de Sansó publicó su trabajo, parecía agotarse en un vacío legal con respecto a su visión y lo que establecía la legislación vigente, por cuanto si se aceptaba que los actos administrativos cuasijurisdiccionales no podían ser ejecutados directamente por la administración, era necesario que una vez dictados por ésta el particular debía acudir ante los órganos jurisdiccionales para solicitarla. Ello además se hacía más complicado aún, en el sentido de que la legislación general adjetiva para el momento, el Código de Procedimiento Civil, no establecía un procedimiento especial para la ejecución de actos administrativos, con lo cual, al quedar como única alternativa disponible, el procedimiento ordinario, el acto administrativo cuasijurisdiccional perdía incluso su carácter de título ejecutivo o constitutivo, debido a que en dicho procedimiento solo representaría una mera prueba a los efectos de dictar una sentencia que si podría finalmente ser ejecutada.

Distinta situación se presentaba con los actos de la Dirección de Inquilinato, aunque no menos complicada. Para estos actos que si se contaba con un procedimiento breve especial establecido en el Código de Procedimiento Civil, además se había establecido en su legislación la creación de unos Tribunales de Apelaciones de Inquilinato, instancia a la cual acudían los particulares a los fines de recurrir las decisiones de la Dirección de Inquilinato, y ello no concluía ahí, sino que inclusive las sentencias del Tribunal de Apelación podían a su vez ser apeladas ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con lo cual, el particular quedaría sujeto a un primer procedimiento administrativo (contradictorio y cuasijurisdiccional), llamado autorizatorio o declarativo, y luego a otros dos (en caso de apelaciones) ante dos órganos jurisdiccionales distintos, para luego finalmente poder acudir a otro órgano jurisdiccional más que pueda ejecutar una decisión de desalojo. La complicadísima y nada conveniente situación que se presentó en esos momentos para el

⁵⁹ Consideramos importante resaltar aquí, como una noción implícita del interés general es resaltado por la autora al hacer referencia a los actos dictados en el marco del procedimiento administrativo de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Hildegard Rondón de Sansó: ob. cit., p. 34.

particular solicitante, fue en cierta forma mejorada por una decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 18-10-1982⁶⁰.

Este último criterio jurisprudencial será distinto a uno posterior de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 08-11-1989, mediante la cual se estableció que los actos cuasijurisdiccionales de inquilinato sí eran verdaderos actos administrativos y, por consiguiente, susceptibles de ser ejecutados por la propia administración, fallo que estaría acompañado de dos votos salvados de notable contenido jurídico y que a su vez reavivaron el debate acerca el problema de la ejecución de los actos cuasijurisdiccionales⁶¹.

Luis Pompilio Sánchez, uno de los autores más críticos de la figura de los procedimientos administrativos cuasijurisdiccionales, también dedica parte de su trabajo sobre estos a criticar la problemática de ejecución. Especialmente hace mención de procedimientos relacionados al área laboral (procedimientos de reenganche principalmente) en los cuales los trabajadores o patronos –dependiendo del caso– han utilizado la vía del recurso de amparo con la finalidad de poder hacer valer y ejecutar las decisiones que los favorecen, solo para encontrarse con aquel criterio jurisprudencial de que es la administración la que debe ejecutar dichos actos. El problema radica en que, para ello, algunas veces se les ha emplazado a seguir procedimientos que simplemente buscan sancionar pecuniariamente a la otra parte, lo cual desvirtúa totalmente la ejecución de cualquier acto a favor de la parte que reclama la satisfacción de su petición inicial⁶².

Lo anteriormente descrito se ve reiteradamente en la práctica, al punto de que hoy en día muchos de los procedimientos llevados ante las Inspectorías del Trabajo, aunado a la insuficiente capacidad de estos órganos administrativos de llevar a cabo con la debida eficacia y eficiencia dichos procedimientos, quedan convertidos la mayoría de las veces en simples mecanismos de presión –frente al patrono principalmente– que coadyuvan en la terminación de negociaciones privadas entre las partes. Esto cobra un sentido de mayor gravedad, cuando en la actualidad la vigente Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras ha establecido expresamente la ejecución forzosa

⁶⁰ Citada por *ibid.*, pp. 35 y ss.

⁶¹ La sentencia fue con ponencia de Luis Henrique Farías Mata y con votos salvado de los ilustres juristas Román Duque Corredor y Pedro Alid Zoppi. *Ibid.* pp. 41 y ss.

⁶² Tal y como se evidencia en uno de los casos comentados por Luis Pompilio Sánchez: *ob. cit.*, p. 22.

de las decisiones de las Inspectorías del Trabajo en materia de reenganche principalmente y otras actuaciones similares⁶³.

En suma, no es un problema totalmente superado, ni en cuanto a su debate desde el punto de vista jurídico, ni en lo que a su eficacia en la práctica respecta, el tema de la ejecutoriedad de los actos cuasijurisdiccionales. Pensamos que ello –en parte– tiene mucho que ver con la discusión de fondo acerca de su relación con el concepto de interés general.

Finalmente, en cuanto al tercer punto de los más discutidos y analizados en el marco de las consecuencias en la aplicación de los procedimientos cuasijurisdiccionales, aquel de la problemática sobre la posibilidad de ser impugnados o no ante la jurisdicción ordinaria, guarda mucha relación con el primero y en parte también con el segundo punto criticado sobre la ejecución.

En efecto, si no se admite su impugnación, como de hecho así lo consideró la jurisprudencia patria⁶⁴ antes de la famosa decisión de “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo”, ello implica inevitablemente que estos procedimientos se consideren ya no “cuasi” sino casi totalmente jurisdiccionales. Este criterio también acogería completamente el aceptar que la rama ejecutiva del poder público, a través de los órganos de la administración pública, puede con todo ejercer funciones principales de otra rama, la judicial⁶⁵ y, lo más resaltante, escapar al control posterior de ésta última, configurándose así una especie de verdadera jurisdicción totalmente separada de la ordinaria.

La consecuencia lógica de esta visión debería ser la de convertir al procedimiento en cuestión, en uno totalmente diferenciado del procedimiento ordinario establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, acudiendo únicamente a ella de forma supletoria y, además, que la autoridad que los dicte, por ser sus actos no susceptibles de impugnación ante otra jurisdicción, debiera ser capaz ella misma de ejecutarlos forzosamente.

⁶³ Así lo establece el artículo 512 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras en su artículo 512: “Cada Inspectoría del Trabajo tendrá Inspectores o Inspectoras de Ejecución con la suficiente jerarquía, facultad y competencia para ejecutar y hacer cumplir todos los actos administrativos de efectos particulares, que hayan quedado firmes y que requieran medios y procedimientos para hacer cumplir el contenido de las mismas, que garanticen la aplicación de las normas de orden público del trabajo como hecho social y protejan el proceso social del trabajo...”.

⁶⁴ Algunas de las decisiones que acogieron este criterio ya fueron citadas anteriormente.

⁶⁵ Esto seguramente resultaría en que el sector de la doctrina crítico o contrario a la caracterización de jurisdiccional o “cuasijurisdiccional” terminase por rechazar por completo la figura.

Como se podrá observar, la impugnación o no ante los órganos jurisdiccionales (de la rama judicial del poder público) guarda una muy estrecha relación con los temas de la naturaleza jurídica de los procedimientos cuasijurisdiccionales y su ejecución.

Tal y como ya lo hemos destacado en este trabajo, el criterio jurisprudencial mediante el cual se estableció que los actos cuasijurisdiccionales sí son susceptibles de ser impugnados, ahora específicamente ante los órganos jurisdiccionales competentes en lo contencioso administrativo, en aplicación de aquel principio de la universalidad del control sobre los actos de la administración, se ha mantenido hasta la actualidad. No obstante, debemos recordar también, que aún sigue latente uno de los otros aspectos relativos al asunto de la impugnación, que es que al igual que sucede con la modificación de los procedimientos llevados en sede administrativa, cuando de actos cuasijurisdiccionales se trata, en la fase de impugnación llevada en sede judicial ello también implica que se abandonen muchas concepciones del procedimiento de carácter objetivo clásico del contencioso administrativo, entendiendo que hay dos partes y que por lo tanto se debe cumplir con muchas formalidades y actos procesales propios de un procedimiento subjetivo y plenamente contradictorio y productor de verdaderas sentencias condenatorias; sobre ello, ya hemos visto que es sobre lo que más se ha pronunciado últimamente nuestra jurisprudencia, por lo que aún no deja de ser un tema que tal vez no ha impregnado en su totalidad la actuación de los jueces.

El hecho es que pareciera todavía no estar completamente claras las consecuencias de la implementación de los procedimientos cuasijurisdiccionales, y es por esto que se sigue mencionado en este aparte, dedicado a la discusión y críticas que al respecto han señalado la doctrina principalmente.

4. La figura en el Derecho Comparado

Lo primero que tenemos que decir sobre la figura de los actos y procedimientos cuasijurisdiccionales en el derecho comparado y doctrina extranjera, es que, si bien no han dejado de tener presencia o discutirse su naturaleza, la controversia no se ha centrado tanto en el análisis o reconocimiento de un tipo de acto especial, mixto, o intermedio entre el acto administrativo y el acto jurisdiccional (sentencia), lo cual podría explicar la denominación que hemos concebido y aceptado entre nosotros. En cambio, más bien se ha centrado en la posibilidad de que la administración pública (entendida como estructura orgánica de la rama ejecutiva del poder público) pueda o no ejercer función jurisdiccional.

Sobre la doctrina extranjera que ha tratado y analizado el caso, podemos mencionar en primer lugar lo que la propia doctrina nacional ha comentado al respecto. Fue la autora Rosibel Grisanti Belandria la que originalmente hizo mención de las consideraciones de autores administrativistas extranjeros, entre ellos citó al autor argentino Rafael Bielsa⁶⁶, como uno de los más célebres propugnadores de la tesis del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la administración pública; para este autor en particular, cabía la distinción de las funciones “jurisdiccional judicial” y “jurisdiccional administrativa”⁶⁷, con lo cual puede afirmarse que este autor apoya la existencia de los actos y procedimientos cuasijurisdiccionales. Miguel Marienhoff es otro autor argentino que también admite esta postura⁶⁸.

Es en Argentina donde parece haber tenido cierto desarrollo esta discusión; de hecho, son argentinos también los autores que vuelve a citar Rosibel Grisanti, pero ya no para apoyar la visión de que la administración pública puede ejercer función jurisdiccional, sino para negarla, entre ellos a Bartolomé Fiorini, Roberto Dromi y Agustín Gordillo. Con respecto al último consideramos importante citar sus consideraciones críticas a la postura a favor de las funciones jurisdiccionales de la administración: “En primer lugar, es de señalar que el procedimiento administrativo no es de naturaleza jurisdiccional, fundamentalmente porque los actos que tienen por finalidad dictar no tienen el régimen jurídico propio de los actos de tal función; es decir, que los actos resultantes de un procedimiento administrativo son simples actos que se rigen íntegramente por el derecho administrativo”⁶⁹.

Este mismo autor menciona el hecho de que la misma Corte Suprema argentina ha admitido el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la administración. Es por ello que podemos decir que en Argentina se han producido procedimientos administrativos con estas especiales características, y que tanto un sector o parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia los han aceptado. No obstante, otro muy importante sector de la doctrina argentina lo niega, por razones similares a las que ya hemos mencionado, con lo que podemos igualmente afirmar que la figura sigue estando impregnada de cierta controversia.

⁶⁶ Rosibel Grisanti Belandria: ob. cit., p. 36.

⁶⁷ Ibid., 37.

⁶⁸ Miguel Marienhoff: “Actividad ‘jurisdiccional’ de la administración”, citado por Agustín Gordillo en: *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas Tomo 4 Primeras Obras. Libro III Procedimientos y recursos administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2016, p. PRA-I-7.

⁶⁹ Ibid., p. PRA-I-7.

Otro ordenamiento jurídico en el que la doctrina ha analizado estos actos es el español. Nuevamente acudimos a nuestra doctrina patria para conocer de las impresiones de la doctrina extranjera sobre el tema; en este caso es Luis Pompilio Sánchez quien cita las opiniones de Santamaría Pastor, las cuales afirman que este tipo de actos y procedimientos suponen una “actividad arbitral”, definiéndola como “una función decisoria de controversias o conflictos suscitados entre particulares acerca de la titularidad o el ejercicio de un derecho subjetivo, tanto de naturaleza pública como privada”⁷⁰. Al mismo tiempo que este autor afirma esto, niega también el carácter jurisdiccional de estos actos, señalando únicamente que la administración retiene ciertas competencias para resolver algunos conflictos intersubjetivos en los que subyace un interés público o general.

Luis Pompilio Sánchez cita también, como exponente de la doctrina española, al procesalista Montero Aroca⁷¹, quien, en forma similar a Santamaría Pastor, identifica los actos y procedimientos cuasijurisdiccionales, como una especie de actividad arbitral realizada por la administración pública, por razones de interés general. Con esto pudiésemos inferir que, en el ordenamiento jurídico español, también existen procedimientos administrativos que deciden sobre conflictos entre particulares, con la particularidad de que un sector importante de la doctrina ha decidido en calificarlos como actividad arbitral de la administración⁷², actividad esta que hoy en día es considerada y estudiada como una de las formas típicas de actuación de la administración pública, entre las más clásicas de policía, servicio público y fomento.

⁷⁰ Luis Pompilio Sánchez: ob. cit., p. 7.

⁷¹ Ibid., p. 9.

⁷² Definida por el catedrático español José Ramón Parada Vázquez como: “aquella que realiza la Administración Pública cuando ejercita la potestad de decidir unilateralmente conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos bajo el control de la Jurisdicción contencioso-administrativa o civil”; más adelante afirma sobre ella que “la actividad arbitral no tiene su razón de ser únicamente en el interés público, ni en un beneficio directo de la Administración como sujeto, sino que en ella es predominante el interés o derecho de los particulares con derechos en conflicto; por ello, la Administración asume o debe asumir en el cumplimiento de esta actividad una actitud de rigurosa neutralidad, exactamente la misma que han de adoptar los órganos jurisdiccionales en los procesos civiles”. De las ideas citadas anteriormente, resalta claramente cómo la actividad administrativa arbitral se confunde con los procedimientos cuasijurisdiccionales al punto de parecer totalmente análogos. La nota distintiva entre una u otra actividad pareciera ser el carácter “voluntario” del arbitraje, al menos entre nosotros (Pompilio Sánchez); no así en España, en donde el carácter obligatorio o voluntario de esta actividad, cuando es realizada por la administración, supone entre sus doctrinarios únicamente variantes de la misma. José Ramón Parada Vázquez: “Arbitraje y derecho administrativo. La actividad arbitral de la Administración” en *Revista galega de administración pública*, N° 23, Escuela Gallega de Administración Pública, 1999, pp. 16 y 17.

En España pareciera de ser mucha importancia y alcance esta llamada actividad arbitral, que nosotros observamos que en su contenido resulta muy similar –sino igual– a la que se ve con la implementación de los procedimientos cuasijurisdiccionales localmente. Otro doctrinario de ese país, José Ramón Parada Vásquez nos comenta que una gran variedad de actuaciones de la administración, implican la resolución de controversias entre particulares, de entre las cuales algunas no cuentan con ese carácter voluntario que la mayoría de las veces se tiene como esencial a la figura del arbitraje como tal. Entre las actividades que menciona este autor, ciertamente encontramos unas que parecen no escapar al ámbito clásico ordenador de la administración pública, como lo son la fijación del justiprecio que un particular beneficiario de una expropiación debe pagar al expropiado, operaciones de compensación urbanística en razón de derechos reconocidos a un particular, de los cuales un tercero pretende se le atribuyan mediante un recurso administrativo, y “en general, en todos aquellos casos en que con carácter obligatorio o por sumisión voluntaria de las partes, como ahora impone a menudo el legislador, los órganos de la Administración, calificados o no de arbitrales, resuelven controversias entre los administrados”⁷³. Resalta aquí este aspecto del arbitraje que emana como actividad administrativa, siendo que puede ser –aunque no exclusivamente– obligatorio para los particulares constituidos en partes, esto se aproxima al ejercicio de una verdadera potestad administrativa; de hecho, el mismo autor nos señala que con este tipo de actividad “se presenta un interés administrativo concurrente en el seguimiento y resultados de la aplicación generalizada de la norma”⁷⁴, con lo cual parece querer imprimirle un interés que va más allá del de los particulares y sus derechos subjetivos en conflicto.

Otra doctrina extranjera a la que también hace referencia Luis Pompilio Sánchez es la chilena, concretamente la de los autores críticos Bordalí y Ferrada, para quienes la finalidad de tutelar el interés general sigue presente en este tipo de procedimientos, con lo cual no habría lugar a una caracterización jurisdiccional, debido a que en su opinión no existe en ellos el elemento esencial de esta: “el desinterés objetivo o alienidad, pues la Administración actúa en defensa de un interés propio: la consecución del interés general”⁷⁵.

De Colombia también podemos obtener la impresión de una parte de la doctrina de ese país sobre los procedimientos cuasijurisdiccionales. En un trabajo publicado por los autores colombianos Fabio Amorocho Martínez, Eduardo Fermín, Barrios Trespalacios e Iván Antonio Villamizar Molina, titulado “La función jurisdiccional ejercida por autoridades administrativas en el

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid., 19.

⁷⁵ Luis Pompilio Sánchez: ob. cit., p. 8.

ordenamiento jurídico colombiano⁷⁶, podemos verificar que la potestad jurisdiccional de los órganos administrativos está establecida por la misma constitución colombiana en su artículo 116⁷⁷. No obstante, los autores no dejan de resaltar que esta posibilidad consagrada a nivel constitucional tiene un carácter excepcional, de interpretación restrictiva y limitado a todo lo que no sean casos de “de la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos”⁷⁸, por lo que la legislación que habrá de otorgarle el ejercicio de esta función a determinados órganos o autoridades administrativas deberá hacerlo en estricto cumplimiento de esos lineamientos, y de los principios que rigen la función jurisdiccional en el ordenamiento jurídico colombiano.

Sin ánimos de querer adelantar, o de alguna manera matizar las conclusiones de este trabajo, no compartimos la postura de que la administración pública pueda ejercer potestades jurisdiccionales, ni siquiera excepcionalmente, ya que ello implica unos problemas latentes, de demasiada gravedad como para ser ponderados ligeramente, como si se tratasen de cualesquiera otros propios de cualquier materia o régimen legislativo excepcional. Tanto es así, que los mismos autores colombianos no dejan de señalar que: “La atribución de funciones jurisdiccionales a una autoridad administrativa podría en algunos casos violar los principios de imparcialidad e independencia de la función judicial, además el principio de buena fe y el derecho al debido proceso”⁷⁹, ya que como indican más adelante “Las relaciones de dependencia de los funcionarios que existen dentro de las diferentes entidades administrativas pueden impedir el desarrollo de los principios de imparcialidad e independencia”⁸⁰. Se observa claramente entonces, que no resulta nada sencillo el otorgar la potestad jurisdiccional a órganos administrativos.

⁷⁶ Fabio Amorocho Mart. Eduardo Ferm, Iv Antonio Villamizar Molina, Barios Trespalcacios: “La función jurisdiccional ejercida por autoridades administrativas en el ordenamiento jurídico Colombia” en *Revista Justicia*, Vol. 14 N° 15, Ediciones Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, 2009.

⁷⁷ Artículo 116 de la Constitución Política de Colombia: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley...”.

⁷⁸ Fabio Amorocho Mart. Eduardo Ferm, Iv Antonio Villamizar Molina, Barios Trespalcacios: ob. cit., p. 98.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid., p. 99.

De todas formas, sí vemos como positivo que la constitución colombiana haya reconocido esa realidad, y mediante este reconocimiento haya limitado esa posibilidad legislativa de otorgar este tipo de potestades a unos órganos que en principio no están configurados o llamados a ejercerlas como tal. Ciertamente esta limitación es algo mucho más concreto y verificable, que la invocación del principio de “colaboración” entre las distintas ramas del poder público, o la más abstracta aún –así lo creemos– consideración de que todas las ramas pueden ejercer subsidiariamente una función distinta a la principal que les es asignada.

Otra aspecto sobre la regulación por el ordenamiento jurídico colombiano del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas que es destacado por los autores citados, es aquel de la necesidad de que dichos procedimientos deben cumplir con los principios de imparcialidad e independencia de la función judicial y todos los demás relativos al debido proceso, para lo cual la misma constitución colombiana exige que para estos casos sea creada o designada una “autoridad administrativa determinada”; y a su vez agregan que dentro de esta “debe estar orgánicamente diferenciado el campo de la función judicial del correspondiente a las funciones administrativas tal como se deduce de las normas constitucionales”⁸¹. Adicionalmente, hacen énfasis también en el factor de la excepcionalidad, señalando que “Por ello, la interpretación del alcance de las facultades judiciales radicadas en autoridades administrativas debe ser siempre restrictiva, pues de lo contrario se corre el riesgo de convertir la excepción en regla”⁸².

De lo señalado en los párrafos anteriores, se desprende entonces que, en Colombia, lo que nosotros llamamos procedimientos cuasijurisdiccionales no solamente ha tenido cabida en textos legislativos, sino que además ello se encuentra plenamente regulado por la misma norma fundamental de ese país y, que esa regulación ha tenido su énfasis en los caracteres de imparcialidad, independencia y excepcionalidad. Adicionalmente, y de forma similar a lo que en su momento adujo Hildegard Rondón de Sansó, los autores de esta publicación del vecino país mencionan el hecho de que fue la congestión del sistema judicial lo que motivó al Estado colombiano a buscar figuras jurídicas con la finalidad de entregarles a autoridades distintas a la rama judicial, la posibilidad de ejercer la función jurisdiccional⁸³.

⁸¹ Ibid., p. 98.

⁸² Ibid., p. 97.

⁸³ Es importante recordar en este punto que Colombia ha establecido un sistema similar al francés de “doble jurisdicción”, que implica la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa llevada por el Consejo de Estado, y la ordinaria por otros órganos jurisdiccionales

Así pues, hemos visto como se confirma la existencia de procedimientos y actos administrativos, llevados y dictados por órganos y entes administrativos que poseen características similares a los localmente conocidos como “cuasijurisdiccionales”, siendo que, en esos casos de derecho comparado, la calificación ha estado circunscrita a la mención del ejercicio o no de potestades jurisdiccionales por autoridades administrativas. Se ha podido constatar también que la figura no escapa casi nunca de cierta controversia, y que incluso en el país donde, a pesar de que ya se le ha reconocido expresamente a nivel constitucional (Colombia), la misma norma lo sigue considerando como algo “excepcional”, por lo cual pensamos que hasta en esas circunstancias no escapa de al menos un mínimo de desconfianza o escepticismo, sobre todo en cuanto a las problemáticas que puedan surgir de su implementación⁸⁴.

II. LA CONSTATACIÓN DE LA EXISTENCIA O NO DE UN INTERÉS GENERAL EN LOS ACTOS CUASIJURISDICCIONALES

Una vez que hemos aprendido el concepto o noción actual de acto y procedimiento cuasijurisdiccional que deriva de los comentarios tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, la legislación que los han venido consagrando, así como también una breve aproximación al derecho comparado en torno a la figura; nos proponemos de seguidas verificar si con base a esas consideraciones, estos procedimientos cumplen o no con tutelar el interés general en nuestro ordenamiento jurídico.

En la consecución de lo anterior, creemos que preliminarmente se debe precisar el lugar del concepto de interés general en el actuar de la administración pública, en especial con respecto a la llamada autotutela que implica el ejercicio de la función administrativa. Pero para obtener un concepto de inte-

autónomos entre sí. Pareciera que la excepcionalidad recién comentada en el artículo 116, debería excluir no solo la posibilidad de otorgar potestades jurisdiccionales de carácter penal a las autoridades administrativas, sino también las de carácter o contenido contencioso administrativo, para evitar el riesgo de que la administración pudiera llegar a ser juez y parte al mismo tiempo, desvirtuando por completo el principio de imparcialidad y del juez natural.

⁸⁴ Artículo 116 de la Constitución Política de la República de Colombia: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. // El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. // Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. // Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

rés general más concreto, se hace necesario un análisis a la luz de lo más importantes preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, partiendo del propio marco constitucional, que es aquel de un Estado Social.

Ya con una noción mucho menos abstracta del interés general, intentaremos verificar si tal y como están conformados estos procedimientos y actos cuasijurisdiccionales, se logra realmente alcanzar o no esa pretensión de tutelar dicho interés. Lo anterior tomando en cuenta también, la pretendida eficacia para con los determinados ámbitos que han sido creados.

1. El interés general como justificación para el ejercicio de autotutela administrativa

A. Consideraciones generales

Es bien sabido, o por lo menos aceptado en la mayoría de las veces, que el fin fundamental y anterior a toda actuación de la rama ejecutiva del Poder Público, realizada por órgano de la Administración Pública, es aquel de tutelar el interés general o interés público. Este elemento esencial ha motivado que las personas de derecho público cuenten con un régimen jurídico totalmente diferenciado (sino absolutamente extraño) y posterior al de las personas físicas o morales del derecho privado. Solo por mencionar una diferencia clave, cuando nos referimos a la aptitud de hacer o de exteriorizar y producir actos jurídicos⁸⁵ de las personas en el derecho privado, estaremos hablando de su capacidad, mientras que en el caso de las personas en el derecho público el concepto análogo y aplicable a éstas es el de competencia. La razón de ser de que para ambas capacidades o posibilidades de actuación se hayan establecido conceptos distintos no radica en la mera diferenciación subjetiva que existe entre las personas de derecho público y derecho privado, sino más bien en el contenido teleológico de esas potestades y derechos subjetivos de actuación que poseen cada una, respectivamente.

Sobre las potestades con las que cuentan las personas de derecho público, en tanto verdaderos poderes que colocan a los particulares en una relación de sujeción (mas no de inferioridad) frente a la Administración, creemos que es precisamente el interés general el elemento justificativo de ésta, y por ello, el basamento para todo el entramado de normas legales y estructuras organizativas que se han dado los distintos ordenamientos jurídicos en los países que

⁸⁵ Definidos por el maestro Lares Martínez como “aquellos actos voluntarios, autorizados por la ley, productores de efectos de derecho”. Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*, 13° ed., UCV, Caracas, 2008, p. 129.

cuenten con un mínimo Estado de Derecho. Los actos jurídicos de esta naturaleza, mediante los cuales la administración pública formaliza y exterioriza su voluntad, no son otros que los llamados actos administrativos.

Las potestades de la Administración Pública, debidamente asignadas a través de normas establecedoras de competencia, deben en efecto comprender una verdadera habilitación que permita la afectación de la esfera subjetiva en los derechos del particular, debido a que ello se hace no en razón de la protección o salvaguarda de algún derecho concreto, sino del cumplimiento de los fines de un Estado para la garantía del bienestar y los derechos de toda una colectividad con sujetos indeterminados, lo cual representa –al menos desde un punto de vista muy abstracto y general– un interés general. Sin este elemento tan esencial, no cabría la justificación de una relación de poder, en la cual una de las partes no necesita acudir a una autoridad o poder público (función jurisdiccional) para legalmente dictar e inclusive ejecutar sus propias actuaciones (acto administrativo) con plenos efectos jurídicos.

No obstante, lo sencillo que a primera vista pareciera ser entender el concepto de interés general o interés público como lo contrario u opuesto al interés individualizado, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia han debatido en muchas oportunidades su verdadero significado, siendo muchas veces moldeado por las ideas políticas o sociológicas del momento, así como también por los principios fundamentales del derecho positivo dados en un contexto determinado. Esta característica es propia de muchas de las instituciones y figuras del derecho administrativo en general, en cuya interpretación o discusión está no pocas veces presente una cierta indeterminación acompañada o influenciada por una fuerte carga filosófica.

Es por ello que uno de los mayores consensos que se ha dado en la doctrina en torno el interés general, ha sido aquel de calificarlo como un concepto jurídico indeterminado⁸⁶, el cual puede ser definido según Miguel Ángel Torrealba y de conformidad con un amplio sector de la doctrina iberoamericana como “aquellas figuras jurídicas que regulan la actividad de la Administración, en los que la indeterminación de sus enunciados no se traduce en una indefinición de sus aplicaciones, pues solo se permite una unidad de solución justa”⁸⁷.

⁸⁶ Así lo describe el autor español Nicolás López Calera cuando establece que: “el gran ‘defecto’ del interés público es su indeterminación. En esto existe unanimidad: es un concepto jurídico indeterminado”. Nicolás López Calera: “El interés público: entre la ideología y el derecho”, *Anales de la cátedra Francisco Suarez*, N° 44, Universidad de Granada, Granada, 2000, p. 133.

⁸⁷ Miguel Ángel Torrealba Sánchez: “Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: ¿Nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría?

Pero es que, además, todavía se discute sobre la misma definición o entendimiento de lo que es un concepto jurídico indeterminado, ello igualmente puede variar dependiendo del momento histórico, ordenamiento jurídico, área o disciplina del derecho en especial dentro de la cual se esté analizando la figura. No obstante, existen algunas teorías o consideraciones que han resultado de común aceptación, como la contenida en la definición que ya citamos anteriormente, la cual implica que, al haber una sola solución justa y apegada a la legalidad, el control del juez no desaparece, significando esto un control sobre lo que se considera es una potestad discrecional de la administración cuando actúa con base a conceptos jurídicos indeterminados.

Adicionalmente se han desarrollado otras teorías menos conocidas, como la propuesta por el maestro García de Enterría, la cual propuso que para estos conceptos se debía hacer una apreciación por *juicios disyuntivos*⁸⁸ según la cual se entiende que no es que exista una única conducta o hecho material que pueda ser encuadrado dentro del concepto jurídico indeterminado que establezca la norma, sino que en cambio habría que analizar y verificar cuales situaciones de la realidad (pudiendo ser varias) se ajustan a éste, tomando como referencia cuales no lo hacen, en una especie de visión negativa o residual. Otra teoría mucho más laxa, sugiere que estos conceptos puedan ser interpretados no bajo la premisa de una única solución justa, sino bajo la apreciación o interpretación de ciertos operadores jurídicos, ya sea el legislador o la administración pública, pero dentro de los límites impuestos por la norma constitucional⁸⁹.

Volviendo al interés general específicamente, no pocos han sido los intentos de distintos autores en concretar una aproximación, llegado el momento en que se hace necesario conocer su concreción en casos específicos. De entre ellos podemos destacar a los autores o doctrinarios administrativistas italianos desde la primera mitad del siglo XIX y hasta tiempos más contemporáneos, para quienes el interés general o público fue para lo que los autores franceses ha sido el servicio público, en tanto eje central o estructural de esta materia y, en consecuencia, como concepto delimitador y muy útil para calificar una actividad propiamente como función pública realizada por órganos administrativos o de la rama ejecutiva del poder público.

García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 8, 2016, p. 227.

⁸⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 9° ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 452. Citado por Yolanda Fernández García: "El concepto jurídico indeterminado de 'servicio esencial' en la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, N° 170, 2006, p. 332.

⁸⁹ Yolanda Fernández García: ob. cit.

Para la doctrina italiana lo verdaderamente importante era conocer o precisar los fines de la Administración Pública y, en resumidas cuentas, en general llegaron a la conclusión de que el propósito principal de esta era la satisfacción del interés público. Uno de los mayores exponentes de la doctrina italiana, Guido Zanobini, manifestó lo siguiente sobre el concepto de administración (pública) como “la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata, los intereses públicos que toma a su cargo para el cumplimiento de sus fines”⁹⁰. Sobre esta definición, destaca el Profesor Eloy Lares Martínez la nota sobre la satisfacción inmediata y concreta de los intereses públicos, afirmando a la vez que no podría decirse lo mismo ni de las denominadas funciones de legislación ni de la jurisdicción⁹¹. Así pues, tenemos que la escuela italiana señaló como una característica distintiva del concepto de interés público, desde la óptica de las actividades de la administración pública, a la inmediatez y que, según afirma Lares Martínez nuevamente, tal característica hace lógicamente que la administración venga en ese sentido acompañada de otros caracteres menos esenciales a su definición, pero inseparables del principal, como lo son la practicidad y los elementos de voluntad y actuación material.

Otro autor italiano de renombre, Massimo Severo Gianinni, resalta este hecho de que se había dado un consenso o doctrina reiterada con respecto a la definición de función de la administración pública como aquella que buscaba satisfacer directa o concretamente el interés público. No obstante, rechaza esa percepción argumentando que la tutela de este interés se distribuye entre las distintas ramas del poder público, y que además la función administrativa como tal no perseguía o comprendía únicamente la satisfacción de un interés general o público objetivamente hablando, sino que más bien se debía comprender su actuación desde un punto de vista subjetivo como realizada por parte de una organización (administración pública). Por lo tanto, para este autor la función administrativa se refiere a la multiplicidad de funciones que cumple la administración pública en tanto estructura orgánica, incluyendo aquellas que persiguen el fin de tutelar un interés público que pudiera considerarse en algunas ocasiones no tan general, sino más o menos individualizado o sectorial. Bajo esta percepción, sea acertada o no, el concepto de interés público vuelve a difuminarse un poco dentro de ese contexto de simple oposición al interés individual o particular.

En cuanto a otra de las escuelas clásicas del derecho administrativo continental –quizás la más fundamental o clásica de todas– la francesa, el interés general o público no significó el concepto más esencial o principal de esta

⁹⁰ Eloy Lares Martínez: ob. cit., p. 32.

⁹¹ Ibid.

rama del derecho público. Para muchos de sus autores más reconocidos y citados del siglo XIX, fue el concepto de servicio público lo que determinaba cuales funciones públicas se regulaban por el derecho administrativo. En consecuencia, este concepto no fue objeto de un desarrollo o análisis en los inicios de esta escuela, del cual pudiésemos obtener algunas luces a los fines de su concreción.

Uno de los autores que dio inicio a esta corriente particular de la escuela francesa fue Léon Duguit, quien, tal y como la afirma el profesor Gustavo Briceño Vivas, “expone que la caracterización de las diferentes funciones del Estado debe hacerse en atención a la actividad realizada en la prestación de un determinado servicio público, lo cual implica en todo caso, la materialización en prerrogativas de poder con la ejecución de actos administrativos y actividades materiales de la propia administración”⁹², para este autor y sus discípulos, entre los cuales Gastón Jeze y Roger Bonard están entre los más conocidos, nuevamente lo de mayor importancia va a ser la esencia de la actividad en sí misma, es decir desde un punto de vista más objetivo o material, que el de la rama o poder público que la realiza (óptica orgánica o más o menos subjetiva).

A pesar de que pudiera parecer una obviedad resaltar el hecho de que ambos conceptos, tanto el servicio público como el de interés público o general, hacen alusión a lo “público”, creemos que ello no es algo que debe dejarse de lado o ser analizado superficialmente. En el fondo lo que se demuestra es la intención de resaltar el hecho de que las actividades realizadas por la administración pública deben ser indefectiblemente dirigidas hacia una colectividad en general o número indeterminado de particulares. No obstante, si bien es cierto que el concepto de servicio público ha sido también muchas veces debatido, tanto así que muchos podrían decir que aún hoy en día no existe un consenso claro sobre su definición⁹³, creemos que aun así no llega al nivel de

⁹² Gustavo Briceño Vivas: *Manual de Derecho Administrativo Especial*. EJV, Caracas, 2014, p. 41.

⁹³ Acerca de la dificultad de llegar a una definición más o menos estable y uniforme en la doctrina nacional e internacional sobre el concepto de servicio público –situación que se repite no pocas veces en nuestra disciplina con otros conceptos o principios– Miguel Mónaco concluye lo siguiente: “Aun cuando pudiera llamar la atención de cualquier especialista en Derecho Administrativo, todavía no existe en el ámbito jurídico venezolano una definición uniforme y pacíficamente aceptada de ‘Servicio Público’. Ciertamente, a pesar de que aparecen algunos elementos coincidentes en las distintas definiciones que la doctrina venezolana ha elaborado sobre el particular, resulta evidente que no se ha logrado una concepción unánimemente aceptada sobre el mismo. De allí que, se encuentre opiniones –en nuestro criterio y con el debido respeto equivocadas– que califican a la Justicia o la actividad bancaria como servicio público. Si a todo lo anterior sumamos el hecho que en la doctrina española, de am-

complejidad o abstracción, del que puede llegar a tener el interés general, siendo un indicio de ello el que la doctrina no lo haya querido calificar en ningún momento como un concepto jurídico determinado; de igual forma, no muy pocas veces observaremos en un texto legal al servicio público como razón o fundamento a la hora de poder tomar alguna medida de cierto contenido discrecional. Adicionalmente, el servicio público es lógicamente una actividad material y directa, más específicamente una prestación, en consecuencia, los propósitos detrás de estas actuaciones o prestaciones son en principio directos e inmediatos, en lo que a sus destinatarios o beneficiarios respecta.

Es menester destacar también la relación que guarda el servicio público con la visión de una gran parte de la doctrina acerca de una administración servicial o de carácter vicarial, muy en boga en los actuales momentos, sobre todo entre nosotros debido al énfasis que se le ha dado en la vigente Constitución. Dentro de este parámetro o enfoque particular acerca de los fines fundamentales de la administración pública, el concepto de interés general pudiera ser moldeado hacia un ámbito más concreto, sobre lo cual profundizaremos más adelante.

Si bien la escuela francesa, en especial a lo que sus autores clásicos respectan, tuvo ese primer enfoque hacia el servicio público, ello no obstó para que en una época más cercana dedicaran una gran parte de sus análisis y deliberaciones al concepto de interés general. Así pues, en un artículo del profesor y catedrático español Jaime Rodríguez-Arana, titulado “El interés general en el derecho administrativo: Notas Introdutorias”⁹⁴, este comenta sobre una disertación del Consejo de Estado francés contenida en una introducción del *rapport* de 1999, en la cual dicha institución estableció que el interés general “es la piedra angular de la acción pública y admite, fundamentalmente, dos aproximaciones distintas. La versión utilitarista, del Estado Liberal, y la versión republicana, surgida de la revolución francesa”⁹⁵. Al respecto, véase como de nuevo el concepto en cuestión intenta ser modelado con base a los

plia y profunda influencia en el Derecho Administrativo venezolano, ha surgido una discusión sobre la necesidad de redefinir el servicio público, nos encontramos con que en la actualidad, lejos de estar más cerca de una definición única del mismo, nos encontramos –quizás– en medio de múltiples interpretaciones disímiles sobre el tema”. Miguel Mónaco: “El concepto de servicio público en la actualidad en el derecho administrativo venezolano”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias. El Nuevo Servicio Público Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*, t. I, FUNEDA, Caracas, 2002, p. 97.

⁹⁴ Jaime Rodríguez-Arana: “El interés general en el Derecho Administrativo: notas introductorias”. *Aída Opera Prima de Derecho Administrativo Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, año 6, N° 11, 2012.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 71.

distintos paradigmas macro que existan, relativos a los fines últimos del Estado moderno y –quizás– hasta desde un punto de vista político-ideológico.

En el mismo artículo comentado, se indica también que una de las razones para revisar la concepción de interés general son precisamente aquellos cambios acerca de lo que se considera deben ser o no los propósitos del Estado en las sociedades modernas. Pero sobre este punto en particular, reiteramos, volveremos más tarde, ya que es tema central en uno de los acápites del presente trabajo.

Lo que realmente queremos destacar y dejar claro aquí, es la suma importancia de este concepto para el derecho administrativo en casi todos los ordenamientos jurídicos modernos, al menos en los que rige el llamado derecho continental; inclusive en el francés, cuyos autores clásicos tempranos, tal y como lo mencionamos antes, se habían centrado más en el concepto de servicio público. No cabe duda entonces de que hoy en día el interés general es ineludiblemente una parte esencial a la hora de conocer lo que comprende el verdadero actuar de la función administrativa.

Pero al mismo tiempo esta idea principal se hace difusa cuando se quiere establecer también que el interés general o público es la base fundamental de toda actuación estatal, dicho de otra manera, en principio motivador de todas las funciones a las cuales cada una de las ramas del poder público está llamada a cumplir, razón por la cual se hace tan necesario contextualizarlo dentro del campo del derecho público y más propiamente dentro del derecho administrativo. Especialmente en cuanto al derecho administrativo se refiere, y más allá de lo que pueda decirse sobre los fines últimos de uno u otro tipo de Estado –con todas las implicaciones de ello– creemos desde ya que el interés general debería cobrar mucho más sentido y concreción en el actuar de las entidades y órganos públicos regulados por esta disciplina, que en las actuaciones formales o materiales de todas las otras ramas del poder público. Y esto es así, debido a que la función administrativa es la que más directa, inmediata y materialmente puede afectar la esfera jurídica o derechos subjetivos de un particular, lo cual se desprende claramente de sus potestades de autotutela, en tanto complejo de entes y órganos públicos capaces de ejecutar sus propios actos.

B. Visión venezolana

Sobre el interés general, como justificativo de la actuación administrativa se ha pronunciado también la doctrina patria, aunque muy pocas veces se ha referido a aquél como verdadera esencia de la actividad administrativa o concepto fundamental de la disciplina del derecho administrativo. A diferencia

de lo que pudimos observar en las escuelas italiana y francesa, la doctrina venezolana nunca se ha movilizado mayoritariamente hacia un concepto rector para determinar que es “función administrativa” o actividades administrativas.

Para analizar bien este punto en lo que a la doctrina patria se refiere, se hace necesario hacer una breve mención a lo que han sido en general los intentos de ésta por tratar de ubicar un concepto relativamente unívoco sobre qué es exactamente el objeto del derecho administrativo. Ello no supone necesariamente una desviación de la idea principal de este acápite, sino más bien la búsqueda de las bases o fundamentos principales de una doctrina en particular, los cuales generalmente señalan los conceptos esenciales de esta ciencia del derecho administrativo. En efecto, cuando indicamos anteriormente que para la doctrina clásica italiana el interés público o general llegó a ser el concepto más fundamental y delimitador, fácilmente puede inferirse que al señalar esto, los autores pertenecientes a ese movimiento no se encontraban sino tratando de delimitar que actividades o funciones estatales podían correctamente ser calificadas como administrativas o sujetas al estudio por parte del derecho administrativo.

Así pues, tenemos que, entre los autores venezolanos, tal y como ya lo habíamos dicho, en principio no preponderó ninguna visión en particular que se enlazara a algún concepto como lo fuera el servicio público o el interés general o público, como tampoco predominó una tendencia definitiva sobre la concepción de la administración pública en ninguna de sus ópticas más discutidas, es decir, ni bajo la orgánica subjetiva ni bajo la objetiva sustancial o material⁹⁶. No obstante, uno de sus mayores exponentes –sino el más importante– el profesor Allan Brewer-Carías⁹⁷, mediante el análisis de la jurisprudencia y del derecho positivo venezolano, llegó a unas conclusiones que lo impulsaron a establecer un criterio para determinar qué era función administrativa, el cual guardó bastante similitud con el llamado pandectismo alemán⁹⁸, teoría según la cual las distintas funciones estatales podían explicarse

⁹⁶ No fue así al menos hasta que el reputado autor Brewer-Carías entrara en escena para influenciar considerablemente dentro la doctrina venezolana hacia la aceptación del concepto de función administrativa (visión objetiva sustancial) como factor principal para conocer el objeto de estudio del derecho administrativo. Al respecto véase: Miguel Ángel Torrealba Sánchez: “Sobre los conceptos de Derecho Administrativo y Administración Pública en Venezuela”, *100 Años de la Enseñanza Del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, t. I, UCV y FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 867-870.

⁹⁷ Allan Brewer-Carías: *Fundamentos de la Administración Pública Tomo I*, EJV, Caracas, 1984.

⁹⁸ Doctrina que tuvo su auge en la escuela alemana a finales del siglo XIX y que –en el mismo sentido de la visión u óptica objetivo material de la administración pública– postuló que en los estados contemporáneos no podía afirmarse que existieran tres poderes separados e independientes, sino por el contrario, tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial.

o diferenciarse según el grado o escalón que ocupasen dentro del proceso de creación del derecho.

En ese sentido, la “función administrativa” sería toda aquella creación de derecho, bien sean de actos de efectos generales (normativos) o de efectos particulares, que no fuesen actos de gobierno de aplicación inmediata de la constitución, creación de leyes o sentencias, dictados estos dos últimos –en principio– por la rama legislativa y judicial, respectivamente. Esta teoría define entonces a la función administrativa y sus correspondientes actividades administrativas de manera residual y negativa, siendo que todo lo que no sea una sentencia o creación de normas en aplicación inmediata de la constitución, correspondía al ámbito administrativo, y sería por ende parte del objeto de estudio del derecho administrativo.

Decimos que esto es así, por cuanto el profesor Brewer-Carías rechazó⁹⁹ de plano la visión orgánico-subjetiva de la administración pública como respuesta única y definitiva para su delimitación como objeto de estudio, proponiendo que la función administrativa como tal no era la que realizaban únicamente los órganos de la rama ejecutiva del poder público (denominados generalmente “Administración Pública”, como conjunto), en ejecución de la ley, sino que conforme a lo que se desprendía del ordenamiento jurídico positivizado venezolano (legislación vigente), las otras ramas del poder público también contaban con potestades legalmente otorgadas para dictar ciertos actos jurídicos que, si bien formalmente se definían acorde a la función principal de la rama del poder público que los dictase¹⁰⁰, sustancial u objetivamente no podían considerarse sino de naturaleza administrativa. En consecuencia, este autor propuso que cada rama del poder público estaba llamada a ejercer su función principal, pero a que a su vez –y en segundo lugar– cada una de estas podía también cumplir funciones principales de otras ramas; un ejemplo importantísimo –el cual sirve de motivación y parte del objeto principal de este trabajo– eran los actos de contenido jurisdiccional, categorizados luego como “actos cuasijurisdiccionales”, de los cuales se afirmó que a pesar de ser dictados por la administración pública en sentido orgánico (órganos de la rama ejecutiva) y contar con las formalidades de un acto administrativo, sustancialmente decidían sobre conflictos intersubjetivos, ejerciendo de esa forma una función jurisdiccional.

⁹⁹ Allan Brewer-Carías: *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I: El Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*, EJV, Caracas, 2013, pp. 342 y ss.

¹⁰⁰ Sobre la idea de que las distintas ramas del poder público pueden dictar actos cuyo contenido sustancial es de la función principal de otra véase también los comentarios del profesor José Peña Solís en: *Manual de Derecho Administrativo*, t. I. 6° reimpr., TSJ, Caracas, 2009, pp. 67 y ss.

Si bien la doctrina acerca de la esencia de la administración pública, entendida ésta como actividad o función objeto de estudio del derecho administrativo, del profesor Brewer-Carías tuvo mucha recepción, sobre todo tomando en cuenta que esta tuvo como basamento un exhaustivo estudio de la jurisprudencia de los tribunales con competencia contencioso administrativa realizado por él¹⁰¹, otros autores venezolanos posteriormente discreparían de tal teoría, unos inclusive totalmente, tal y como lo haría el profesor Gonzalo Pérez Luciani, quien afirmó tajantemente que:

Hoy puede observarse que tal planteamiento envuelve una tautología: decir que un acto era orgánicamente legislativo, formalmente administrativo y substancialmente administrativo, etc., no venía a crear una nueva categoría de acto, o un acto que constituyera un género o una especie, o que pudiera ser definido de ninguna otra forma sino afirmando que había emanado del Poder Legislativo, no tenía forma de Ley o de sentencia y su contenido no era normativo o un acto que resolviera un conflicto con fuerza de cosa juzgada, lo que evidentemente constituye una petición de principio o, más exactamente, una tautología¹⁰².

Mientras que otros, como José Peña Solís disientirá solo parcialmente, indicando que tanto la óptica objetiva material como la orgánica subjetiva habían tenido cabida dentro de la doctrina y jurisprudencia venezolana, pero que en la actualidad el enfoque predominante sería definitivamente el orgánico, producto de las críticas e inconvenientes de intentar encontrar un concepto absolutamente objetivo de función administrativa¹⁰³, y también en parte por reproducirse algunas de las mismas críticas que se formularon en su momento al pandectismo alemán. Algunos autores de más reciente época, como por ejemplo el profesor José Ignacio Hernández, acuerdan igualmente que al momento de ubicar lo que la doctrina venezolana ha dicho sobre la conceptos más fundamentales y esenciales a la hora de entender lo que es la administración, se observa una fluctuación entre la visión subjetiva y la objetiva, aludiendo a que dicha situación revela además las dificultades propias del estudio de esta disciplina y otra de sus características, la cual es su condicionamiento al poder político estatal, junto con el dinamismo y comportamiento cambiante típico de éste¹⁰⁴.

¹⁰¹ Allan Brewer-Carías: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, UCV, Caracas, 1964.

¹⁰² Gonzalo Pérez Luciani: "Funciones del Estado y actividades de la Administración" *Revista de Derecho Público*, N° 13, 1983, p. 24.

¹⁰³ José Peña Solís: ob. cit., pp. 60-62.

¹⁰⁴ José Ignacio Hernández: *Repensando al Derecho Administrativo venezolano*. Texto de la intervención en la Lección Inaugural del curso de Derecho Administrativo, impartida conjuntamente con los profesores José Antonio Muci y José Valentín González, el 12-09-2013 en la Universidad Católica Andrés Bello. <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Entendiendo%20al%20Derecho%20administrativo%20JIHG.pdf>

Pero volviendo a la idea principal, y habiendo señalado someramente algunas consideraciones de autores venezolanos de importancia sobre los intentos de definir la administración pública (en sus dos acepciones como estructura orgánica, y como actividad material) es menester verificar qué posición ha ocupado el concepto de interés general o público en éstas, y más importante aún, si dicho concepto es relacionado directamente con las muy clásicas y conocidas características de ejecutividad y ejecutoriedad reconocidas desde los inicios de la historia del derecho administrativo a los órganos que tradicionalmente se consideran parte del objeto de estudio de éste.

Pues bien, la respuesta a este planteamiento es que efectivamente el interés general no solo siempre ha sido mencionado como un elemento indispensable al momento de definir la función administrativa por parte de casi todos los autores venezolanos, sino que, y adicional a ello, en lo que respecta a la conocida potestad de autotutela, el interés general sirve como fundamento y razón de ser de esta, no pudiendo entenderse su existencia sin la presencia o antecedente de aquel concepto, como la motivación para dictar actos administrativos que contienen un pleno carácter ejecutivo y ejecutorio.

En ese orden de ideas, tenemos que el profesor José Peña Solís, al realizar una disertación sobre las diferencias entre la administración pública y privada¹⁰⁵, y encontrándose en el análisis o fundamento del privilegio de ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos, afirma tajantemente lo siguiente:

De manera pues, que, conforme a la mayoría de los Ordenamientos Jurídicos, así como a la doctrina, también mayoritaria, la Administración Pública está legitimada para utilizar procedimientos autoritarios a los fines de tutelar el interés general, o sea, para lograr la satisfacción de las necesidades vitales de la colectividad, a los cuales, en términos generales no tienen acceso las administraciones privadas para el logro de sus fines¹⁰⁶.

De lo citado anteriormente, podemos claramente ir infiriendo que no queda duda alguna de que, a primera vista, el rasgo más resaltante y delimitador de la figura de la autotutela de la administración pública, en tanto potestad de dictar actos ejecutivos y ejecutorios por sí misma, es la búsqueda de

¹⁰⁵ José Peña Solís: ob. cit.

¹⁰⁶ Ibid., p. 49.

tutelar un interés general o de satisfacer necesidades vitales de la colectividad¹⁰⁷.

Otros autores de importancia, entre ellos el más prolífico de todos los venezolanos, Allan Brewer-Carías, no dejan tampoco de mencionar al interés general al momento de intentar definir a la administración o función pública; así pues, siendo citado por el mismo profesor José Peña Solís, el mencionado autor llegó a definirla “como la gestión, en concreto, del interés público por el Estado como sujeto de Derecho que se relaciona con los administrados”¹⁰⁸ Ahora bien, en cuanto a las notas específicas de la ejecutividad y ejecutoriedad, el profesor Brewer-Carías no señala en principio a la tutela del interés general como trasfondo sustentador de estas potestades que implican tan grandes poderes y una condición “exorbitante” frente al derecho común aplicable a los particulares, en cambio, explica que éstas deben su razón de ser principalmente a la idea de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, principio muy criticado hoy en día por alguna parte de la doctrina¹⁰⁹. En ese sentido, podríamos deducir que, para el citado autor, la autotutela se entiende más como una extensión de las llamadas prerrogativas de la administración pública heredadas del antiguo régimen¹¹⁰. No obstante, sobre este tema cita una jurisprudencia clásica de la extinta Corte Federal del 29-07-1959, la cual estableció lo siguiente:

El interés público en que se inspiran las normas del Derecho Administrativo, justifica ciertos privilegios de que goza la Administración para el cumplimiento de sus fines. Entre tales privilegios, que exceden de los moldes clásicos del Derecho común, se encuentra el de la inmediata ejecución de sus actos. Este carácter de ejecutoriedad permite darles cumplimiento material incluso contra la voluntad

¹⁰⁷ Aquí podemos observar cómo este autor no solamente se refiere al interés general en su forma más pura y abstracta, sino que además intenta moldearlo, en nuestra opinión, hacia una finalidad prestacional-servicial más concreta, que tiene que ver con los fines del Estado, tema que pudiese ser analizado desde un punto de vista quizás más político que jurídico. Sobre esto ya hemos dicho que profundizaremos más adelante, por cuanto es de mucha importancia a los propósitos de este trabajo.

¹⁰⁸ José Peña Solís: ob. cit.

¹⁰⁹ Al respecto, véase Serviliano Abache Carvajal: “La presunción de legitimidad del acto administrativo. Resumiendo nuestra (atípica) propuesta”. Luis. A Herrera Orellana: “Estado de Derecho, potestades de la administración y presunción de legitimidad del acto administrativo”. Tomás A. Arias Castillo: “Breves reflexiones sobre la llamada ‘presunción de legitimidad de los actos administrativos’”. Jesús María Alvarado Andrade: “Sobre la incompatibilidad del Estado de Derecho (Rule of Law) con la presunción de legitimidad del acto administrativo”. Todas en la obra colectiva *El Mito de la Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo y la Tutela Judicial Efectiva en el Contencioso Tributario*, EJV, Caracas, 2016.

¹¹⁰ Término utilizado la mayoría de las veces –en especial por la doctrina o literatura administrativista– para referirse al régimen de gobierno que imperó en el Estado monárquico absolutista francés previo al advenimiento de la Revolución acaecida en ese país a partir de 1789.

de los propios interesados, por existir en ellos una presunción de legitimidad que no se destruye por la mera impugnación siquiera¹¹¹.

Se puede claramente apreciar o deducir que, previo a la prerrogativa de la presunción de legitimidad como justificación de estas potestades, subyace previamente el concepto de interés público como justificador a su vez de estos poderes.

Entonces, vemos así que a pesar de que el profesor Allan Brewer-Carías no circunscribió los fundamentos del derecho administrativo, o el principio de la autotutela, con todo lo que ello implica, al interés general o público (tal y como lo ha hecho la mayoría de la doctrina venezolana, diferenciándose de la escuela clásica italiana), si forma parte indispensable de la construcción teórica de todos esos fundamentos y principios de la administración pública o el derecho administrativo, incluyendo por supuesto al venezolano.

Hemos visto como dos importantes exponentes de nuestra doctrina reafirman la idea que hemos estado hilvanando en cuanto al interés general como elemento esencial e infaltable para comprender el actuar de la administración pública frente al particular. Al respecto, otro autor de más reciente época, Gustavo Briceño Vivas, al momento de definir la función administrativa, no sin antes –claro está– comentar sobre la reiterada dificultad de lograr alcanzar esa meta, dice que:

El ejercicio de la función administrativa es claramente diferente (frente a las otras funciones estatales). La Administración Pública se extiende en el colectivo de una manera directa e inmediata, concreta, de ordenación de conducta o actuación del ciudadano en su vida personal. Por esta razón, se hace referencia a una obligación particular, a una incidencia personal, la obligación jurídico-administrativa, cuyas características la diferencian de otras obligaciones contraídas entre los particulares o ciudadano.

Y más adelante, sobre la formalización de esa actuación de la administración frente a los particulares, que no es otra que el acto administrativo señala que:

El acto administrativo es desde luego, un clásico instrumento de acción, en el cual el órgano habilitado por la norma jurídica actúa sobre los derechos del concreto administrado e impone una conducta determinada por consecuencia. Actuación directa e inmediata que refleja la voluntad de la Administración, motivado a que

¹¹¹ Así lo estableció un criterio jurisprudencial clásico de la antigua Corte Federal del 29-07-1959 en Gaceta Forense N° 25, p. 99, citada por Allan Brewer-Carías: *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III: Los Actos Administrativos y los Contratos Administrativos*, EJV, Caracas, 2013, p. 515.

ésta no debe perseguir ciertamente un interés individual o concreto, sino general y abstracto¹¹².

Sobre las notas de este autor, nótese como, además de imprimir la importancia comentada del interés general tanto a la función administrativa en su teorización sustancial, como a la formalización de ésta a través del acto administrativo, resalta también las características de inmediatez, incidencia directa y hasta personal sobre los particulares, dándole nuevamente un particular modelaje al interés general de la forma como lo habíamos comentado anteriormente al momento de describir la visión de la escuela clásica italiana.

Pero además de eso, queremos también señalar el hecho de que, muy a pesar de que en los textos citados este autor no hace referencia o mención expresa a la autotutela, la ejecutividad o ejecutoriedad de ciertos actos administrativos, ello de todas formas se desprende cuando señala que impone conductas y obligaciones a los particulares *directamente*, lo cual puede ser inequívocamente identificado como la posibilidad de dictar actos ejecutivos y en algunos casos ejecutarlos también, sin la necesidad de acudir a ninguna otra autoridad (jurisdiccionales) antes de hacerlo, lo que sí tendría lugar obligatoriamente en el caso de “otras obligaciones contraídas entre los particulares o ciudadanos”¹¹³.

Siguiendo dentro del ámbito de la doctrina venezolana, Claudia Nikken, expresa, en una forma quizás un poco vehemente, lo siguiente:

Y es que, universalmente, el Estado tiene por *fin*, dar satisfacción al interés general, *siempre*. Sus medios siguen siendo el servicio público, si se quiere entendido bajo parámetros del libre mercado; la policía, que cada día más interviene para garantizar precisamente la libertad del mercado; el fomento para apuntalar el libre mercado; la gestión económica, hoy especialmente, para mantener el libre mercado¹¹⁴.

Sobre esta afirmación, a pesar de que la autora no se refiere exactamente a la administración pública, tácitamente queda muy claro que está hablando de ésta cuando señala casi todas las actividades administrativas que se estudian en la actualidad. De ahí que podamos afirmar nosotros a su vez, nueva-

¹¹² Gustavo Briceño Vivas: *Manual de Derecho Administrativo Especial*, EJV, Caracas, 2014, pp. 54 y 57.

¹¹³ *Ibid.*, p. 54.

¹¹⁴ Claudia Nikken: “Reflexiones sobre el ‘concepto’, a 100 años de la creación de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela”, *100 Años de la Enseñanza Del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, t. I, UCV y FUNEDA, Caracas, 2011, p. 330.

mente, que la doctrina venezolana considera al interés general como un concepto absolutamente necesario para justificar y entender a la función y actuaciones administrativas.

Y es que, no solamente para cualquier tipo de actuación administrativa debe tomársele en cuenta (a la presencia del interés general) en un mismo grado de importancia o relevancia, sino que creemos además, que mientras más amplia sea la potestad de intervenir en la esfera jurídica de un particular mediante la concreción de cualesquiera de las actividades de la administración (tradicionalmente la de policía), mayor será su importancia y necesidad al momento de justificar esas actuaciones que de manera tan directa e inmediata puedan afectar los derechos de las personas.

Se trataría entonces de un interés general, que sí –valga la redundancia– es general porque no puede obviamente concretizarse en el interés de un individuo en particular, pero que no por ello debe ser entendido tampoco como algo en demasía abstracto o absolutamente indeterminado dentro del contexto de la teoría del acto administrativo y el procedimiento correlativo que se sigue para su formalización en cumplimiento con la ley.

Así pues, una vez establecida la esencialidad el interés general en casi todas las visiones que se han tenido sobre el objeto de estudio del derecho administrativo, ya sea expresa o tácitamente, el objetivo en los siguientes acápite será verificar su concreción en los actos muy particulares de la administración pública venezolana que serán analizados en este trabajo.

2. El interés general en el marco del ordenamiento jurídico venezolano

En el aparte anterior, ya habíamos dicho lo clave que es el concepto de interés general en el sentido de su utilidad para justificar las potestades de intervención de la administración pública en la esfera jurídica de los particulares, y en especial en cuanto a la noción o principio de autotutela.

En ese primer enfoque, pudimos observar al mismo tiempo la dificultad de definir concretamente al interés general, junto con su muy clara aproximación –y en parte como consecuencia de la referida dificultad– al ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados. De igual forma, mientras hacíamos el análisis del concepto dentro del contexto de esa primera parte, hicimos algunas menciones en torno a que su definición podía de alguna forma concretarse

o abstraerse más, según la doctrina dominante en un momento y lugares determinados¹¹⁵.

Tomando en cuenta aquellos particulares que ya pudimos deducir de ese primer enfoque en torno al concepto de interés general, pasaremos ahora a tratar de desarrollarlo dentro del contexto del marco constitucional y del ordenamiento jurídico venezolano, incluyendo las disertaciones de la doctrina más calificada que logremos ubicar; de igual forma tomaremos en cuenta nuevamente –aunque en segundo lugar– lo que al respecto ha dicho parte del derecho comparado, con preferencia de los ordenamientos jurídicos pertenecientes al llamado derecho continental, que es al que pertenece el nuestro.

El propósito específico que nos hemos trazado en esta fase, es aquel de hacer todo los esfuerzos para tratar de ubicar un concepto de interés general que nuestro ordenamiento jurídico conciba –en todas sus fuentes de derecho– actualmente y que sea lo más concreto posible; de esta manera podremos contar con una base para luego proponernos verificar si esa noción de interés general que nuestro ordenamiento jurídico establece, se encuentra realmente tutelada o no, en los supuestos de implementación de los procedimientos que nuestra doctrina y jurisprudencia ha decidido en calificar como “cuasijurisdiccionales”.

A. La fuente constitucional

Así pues, a la primera fuente que debemos recurrir es a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹¹⁶, de su articulado intentaremos inferir los fines primordiales de la administración pública; una vez precisados estos fines –de haberlos en una forma relativamente concreta y no tan abstracta– haremos el ejercicio de equiparlos o hacerlos parte del contenido de un concepto de interés general que pueda ser asimilado como el aplicable al resto de nuestro ordenamiento jurídico.

De tal manera que, si como lo ha afirmado gran parte de la doctrina, la administración pública está antes que nada llamada a tutelar el interés general, los propósitos bien definidos por las leyes que le son encomendados a ésta deberían poder traducirse o fácilmente equiparse con la satisfacción de ese primordial fin.

¹¹⁵ Tal es el caso que llegó a darse en la doctrina italiana, en la cual el concepto de interés público –muy similar o equivalente al de interés general– llegó a ser considerado factor definitorio de la función administrativa, con el muy importante agregado de que aquel debía ser tutelado de forma directa.

¹¹⁶ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.463 del 24-03-2000.

En la Constitución vigente, encontramos que en el Título IV, capítulo I, sección segunda se regula lo relativo a la administración pública, y más específicamente en el artículo 141 se establece lo siguiente: “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Del artículo transcrito, no es mucho lo que a primera vista podemos inferir acerca del objeto o razón de ser de la administración pública en Venezuela. No obstante, no deja de ser el artículo que más se relaciona al asunto que estamos tratando, en toda la Constitución, y por esa razón, uno de los que más ha sido estudiado¹¹⁷.

Lo que podemos resaltar en una primera revisión del artículo, es la noción de “servicio” a los ciudadanos. Pareciera entonces que el fin primordial es aquel de cumplir o dar unas determinadas prestaciones a la colectividad, dentro del marco de los otros principios también establecidos en la citada disposición. Es por ello que muchos autores han dicho que el tipo de administración pública que consagra nuestra constitución es una del tipo “vicarial”¹¹⁸.

Cuando hablamos de una administración pública de ese tipo o matiz en particular, nos referimos a una que no se limita únicamente a reglar o regular¹¹⁹ determinado sector del actuar de los particulares, y de las relaciones entre éstos y la administración, imponiendo limitaciones de algunas libertades,

¹¹⁷ De entre los autores que lo han hecho, podemos mencionar a José Ignacio Hernández, José Peña Solís y José Araujo Juárez, entre otros, siendo que el primero incluso le dedicó un estudio a la definición constitucional de la administración pública, el cual citaremos de seguidas.

¹¹⁸ Noción que hace alusión a la persona o entidad que ejerce todas o parte de las funciones de otra. En este caso, el Profesor José Ignacio Hernández la ha equiparado con el carácter servicial que este destaca de nuestro texto constitucional y que analizaremos con mayor profundidad más adelante. José Ignacio Hernández: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, EJV, Caracas, 2011.

¹¹⁹ Actividad esta cuya calificación es de origen norteamericano, y que recientemente se ha tenido como equivalente a la clásica de policía, refiriéndose en términos generales a la ordenación de la economía por el poder público, especialmente con respecto a los actores privados y diferenciándose de la gestión pública directa, ya sea a través del clásico servicio público o la llamada actividad de gestión económica. El autor colombiano Juan José Montero Pascual la ha definido “como la actividad de la administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a propósitos de interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración”. Juan José Montero Pascual: “La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

para así acometer sus fines. Este tipo de administración no agota sus actuaciones en lo anterior, sino que las expande a otro tipo de actividades relacionadas con ese carácter servicial.

Al hablar de una administración pública vicarial o al servicio de los ciudadanos, se ha afirmado la mayoría de las veces que los órganos y entes que la componen tienen como propósito no solo la ordenación y correlativa limitación de un cúmulo de actividades económicas o sociales, por mandato legal, sino que además debe procurar que toda la colectividad cuente con un mínimo de condiciones vitales¹²⁰, que le permitan a la mayor cantidad de individuos poder satisfacer las más básicas necesidades.

Así pues, tenemos una estructura orgánica, para algunos una institucionalidad¹²¹ o una determinada función pública que actúa positivamente, que busca no solo intervenir en la esfera jurídica del particular cuando este ejerza o realice actividades reguladas y limitadas por la ley, sino también procurar que éste –o mejor dicho los particulares que así lo requieran o mejor dicho lo necesiten– tenga a su disposición los medios y herramientas necesarias para poder satisfacer las más básicas o vitales necesidades. Pero ¿Cómo se aprecia en esta particular visión de lo que es la finalidad primordial de la administración pública, el concepto de interés general? ¿Se mantiene más o menos parecido que en el caso de que no fuese una que deba realizar este tipo de intervenciones, o nos encontramos con un concepto mucho más abarcador o –quizás– más concreto? Veamos si de la lectura de los artículos que hace mención expresamente al interés público o al interés general podemos deducir alguna idea al respecto que nos pueda dar algunas luces.

¹²⁰ Estas condiciones comprenden generalmente la posibilidad de tener acceso a los medios requeridos para poder subsistir de una manera digna, dentro de los estándares modernos. En otras palabras, el acceso a los bienes materiales e inmateriales, en la mínima proporción que sea necesaria para poder subsistir, llevar una vida decorosa y poder ejercer los derechos más fundamentales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado este concepto o noción y lo estableció como el “derecho al mínimo vital” indicando que su objeto “no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia”. Extraído de la Sentencia N° T-518A del 25-07-2011.

¹²¹ Para José Ignacio Hernández, la administración pública es conforme al artículo 141 constitucional “una institución constitucionalmente garantizada, con un preciso contenido”. Esta definición la toma del derecho comparado, específicamente de los doctrinarios Maurice Hauriou y Santi Romano; del primero nos dice que definió a la administración como “una institución, una organización social cuyo poder de ejercicio o actuación está imbuido, en cierta medida, en la idea misma de la propia organización”. José Ignacio Hernández: *Introducción...*, ob. cit., p. 139.

El concepto de interés general (o público) solo aparece mencionado como tal en la CRBV en su artículo 115¹²², como un justificativo para la limitación del derecho de propiedad (privada); mientras que el de interés público aparece muchísimo más, por lo que podemos deducir que el constituyente prefirió esta denominación, que es generalmente aceptada como expresión sinónima del concepto de interés general.

Varios de los artículos donde aparece el término “interés público” se refieren a los llamados contratos de interés público¹²³; otros lo incluyen a los fines de pronunciarse a favor del fomento e intervención en determinados sectores, como lo son la ciencia y tecnología y los que por razones de “conveniencia nacional” sean reservados al Estado mediante Ley Orgánica¹²⁴; el resto hace mención de este concepto como supuesto de hecho o condición suficiente para acordar la asociación de municipios, y como factor a tomar en cuenta a los fines del establecimiento de las contrapartidas correspondientes al Estado

¹²² Artículo 115 CRBV: “Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene el derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Solo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”.

¹²³ Artículo 150 CRBV: “La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley. // No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional, o con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional. // La ley puede exigir en los contratos de interés público determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías”.

¹²⁴ Artículo 110 CRBV: “El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. Para el fomento y desarrollo de esas actividades, el Estado destinará recursos suficientes y creará el sistema nacional de ciencia y tecnología de acuerdo con la ley. El sector privado deberá aportar recursos para los mismos. El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. La ley determinará los modos y medios para dar cumplimiento a esta garantía.; y Artículo 302 CRBV: El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”.

en los casos de otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público o servicios públicos reservados al Estado¹²⁵.

En los casos citados anteriormente, consideramos que resulta difícil extraer un concepto de interés general o público más concreto o encaminado hacia una concepción particular o especial de administración pública, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico. Decimos esto, por cuanto la utilización de este concepto en los referidos artículos es también la típica que encontramos en una gran variedad de instrumentos de rango legal, que no es otra (principalmente) que la de servir como sustento para justificar la intervención estatal (y no tanto para el ejercicio de funciones administrativas clásicas) en determinados sectores de la economía nacional, hasta llegar al punto de resolver sobre su reserva¹²⁶ o bien para –y en menor medida– guiar las actuaciones de los entes públicos en aspectos ya evidentemente circunscritos al ámbito exclusivamente interno de éstos, más bien como principio rector en lo que a aspectos organizacionales, o de decisiones administrativas basadas en razones de conveniencia y oportunidad se refiere.

¹²⁵ Artículo 113 CRBV: “No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contraria a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía. // Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público; y Artículo 170 CRBV: Los Municipios podrán asociarse en mancomunidades o acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia. Por ley se determinarán las normas concernientes a la agrupación de dos o más Municipios en distritos”.

¹²⁶ La reserva, es una técnica o modalidad de intervención del Estado en la economía, encuadrada dentro de las llamadas actividades de gestión económica, y que comprende la titularidad exclusiva del sector público en determinadas industrias o sectores de la economía. José Ignacio Hernández la define como “la potestad que constitucionalmente se atribuye al Estado para asumir la titularidad de actividades o servicios, excluyendo la libre iniciativa privada”. José Ignacio Hernández: “Reflexiones sobre la nueva ordenación de las telecomunicaciones en Venezuela” en *Derecho y Sociedad*, N° 2, 2001, p. 153.

En cualquier caso, la abstracción del concepto sigue siendo el carácter más distintivo, manteniéndolo en el contexto de los conceptos jurídicos indeterminados. Por tanto, no logramos del todo –a través de estas disposiciones– acercarnos a lo que nos hemos propuesto en el presente capítulo.

B. El concepto en la legislación vigente

En los instrumentos de rango legal podemos encontrar también disposiciones relativas a los fines o principios informadores de la administración pública. Acudimos en consecuencia a nuestra segunda fuente, comenzando por lo que establece el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹²⁷ en sus artículos 3 y 5 principalmente:

Artículo 3: La Administración Pública tendrá como objetivo de su organización y funcionamiento hacer efectivos los principios, valores y normas consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en especial, garantizar a todas las personas, el goce y ejercicio de los derechos humanos.

Artículo 5: La Administración Pública está al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social.

La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella.

Además, tendrá entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas que se dicten.

Dos ideas resaltan de la redacción de los artículos recién citados; la primera que se refiere a una de las funciones clásicas y primigenias de la administración pública en tanto estructura de órganos y entes pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público, que no es otra que la ejecución de la normativa establecida en determinado ordenamiento jurídico; y la segunda viene a reiterar lo que ya se ha venido diciendo acerca del propósito de satisfacer las necesidades de las personas, pero haciendo énfasis ahora en el “carácter social”.

De las fuentes que hemos analizado hasta ahora, podemos inferir entonces que el interés general en el marco de las normas que informan nuestro ordenamiento jurídico –en atención a los fines propuestos por éste a la administración pública– se encuentra matizado o influenciado quizás por una idea o característica de servir como medio para la satisfacción de las necesidades

¹²⁷ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.147 de 17-11-2014.

sociales de las personas, ciudadanos, colectividad en general, o como quiera que se les quiera denominar.

Ahora bien, toda vez que no parecen haber normas de rango constitucional ni legal que procuren concretizar o –si se nos permite decirlo– positivizar lo que a primera vista parece ser un principio programático¹²⁸, consideramos que lo conveniente aquí será acudir a lo que ha dicho la doctrina venezolana acerca de los fines de nuestra administración pública, con base a las disposiciones que hemos comentado.

C. Comentarios de la doctrina

Uno de los temas más analizados y estudiados, sobre todo en los últimos tiempos, por la doctrina patria, ha sido aquel de definir el verdadero objeto del derecho administrativo, lo cual lleva a su vez, al estudio especializado de ese objeto. En vista de que, a primera vista, dicho objeto comprende a la administración pública como complejo o estructura de entes y órganos llamados a cumplir determinados fines del Estado, lo cual por sí solo no parecía ser suficiente para poder delimitar el objeto de estudio de esta disciplina jurídica, se hizo necesario que la óptica o punto de vista desde el que se le ve pasara de ser uno meramente formal o quizás subjetivo, a uno más material o sustantivo¹²⁹.

Ese aspecto material u objetivo de la administración o de las administraciones públicas, se desprende o deduce indudablemente de los fines que esta estructura de entes y órganos están llamados a cumplir o lograr; en consecuencia, gran parte de la doctrina ha entendido que para poder conocer exactamente cuál es el objeto estudio del derecho administrativo, se hace necesario

¹²⁸ Acerca de las diferencias entre “principios programáticos” y normas de pleno carácter jurídico establecidos en la constitución nos dice el autor patrio Luis Alberto Petit Guerra –con ocasión precisamente de un análisis de los derechos sociales prestaciones en el marco de un Estado Social– que: “Básicamente surgen dos sectores sobre la eficacia de los derechos sociales de prestación. Los que alegan que se trata de unos ‘principios programáticos’ con eficacia ético-política (Schmitt), y los que opinan a favor del carácter jurídico de dichos derechos, pero sin desconocer las dificultades”. Luis Alberto Petit Guerra: *El Estado Social Los contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales*, EJV, Caracas, 2015, p. 132.

¹²⁹ Ya en la primera parte de este capítulo hicimos referencia a las distintas posturas sobre el objeto de estudio del derecho administrativo y su relación con el concepto de interés general. Una de las posturas que más aceptación ha tenido ha sido aquella de la visión sustancial material, la cual tiene que ver más con la noción de función administrativa, que con la de órgano administrativo (visión subjetiva,) y viene acompañada generalmente con una flexibilización o reinterpretación del principio de separación orgánica de las ramas del Poder Público (Brewer-Carías).

primero ubicar y comprender cuales son los fines de la llamada administración pública, desde sus dos perspectivas, ya sea como entramado o estructura orgánica (subjética) o como el ejercicio de una función administrativa (objetiva). Así lo ha considerado al menos una parte importante de la doctrina, a pesar de las opiniones contrarias ya mencionadas más arriba¹³⁰.

Uno de los autores venezolanos que más se ha dedicado al propósito de ubicar o aproximarse a una verdadera definición de administración pública –y consecuentemente a una aprehensión del objeto del derecho administrativo– en el contexto venezolano, basándose en su esencia y naturaleza teleológica, ha sido el profesor José Ignacio Hernández. Al respecto, el intento más acabado y completo de este reputado autor lo encontramos en la obra titulada “Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela”¹³¹, el cual ya hemos citado en este mismo acápite y es quizás –en nuestra humilde opinión– uno de los mejores estudios, sino el mejor, sobre el concepto de administración pública que se haya publicado en Venezuela hasta los momentos.

En la referida obra, el profesor José Ignacio Hernández, dedica las primeras páginas a mencionar y analizar los distintos acercamientos que llegó a tener nuestra doctrina en este aspecto, llegando de esa forma a una de sus primeras conclusiones, en la que establece que en nuestro país no ha habido una sistematización del estudio del derecho administrativo, debido a que la doctrina se había dedicado en su gran mayoría a estudiar y analizar la parte especial y las distintas figuras presentes en esta disciplina, como por ejemplo el acto administrativo, el procedimiento administrativo y el llamado contrato administrativo, entre otras¹³².

Esto es coherente con lo que ya habíamos dicho anteriormente, al resaltar el hecho de que la doctrina venezolana, a diferencia de las de otras latitudes como la francesa o la italiana, no había centrado o colocado como factor determinante a algún concepto o idea principal (interés general, servicio público,

¹³⁰ Entre los críticos de esta postura, resalta José Peña Solís, quien termina de decantarse por la visión orgánica, tal y como lo hemos mencionado más arriba.

¹³¹ José Ignacio Hernández: *Introducción...*, ob. cit.

¹³² No obstante, el autor menciona como una excepción los estudios del profesor Allan Brewer-Carías sobre el tema, los cuales, si bien no lograron totalmente la aceptación de un concepto general, quizás por el hecho de que muchas veces no se deslastraban aún del análisis de figuras clásicas, como por el ejemplo el acto administrativo, si comenzaron a contribuir con ello. Al respecto señala que: “Entre nosotros no sucedió así. El Derecho administrativo se forma primero en la parte especial (las leyes administrativas) y luego se ensaya su sistematización, principalmente en la obra de Brewer-Carías. Con lo cual, la parte especial no deriva de la general, y de allí la ausencia de criterios sistemáticos de las distintas figuras del Derecho administrativo”. *Ibid.*, p. 48.

potestades públicas, entre otros) que contribuyera a aprehender una noción general de administración pública o derecho administrativo, que fuese aceptada mayoritariamente y pacíficamente, ni siquiera en un periodo determinado.

Luego de verificar la situación en el contexto venezolano, el autor propone que, para llegar a un concepto de administración pública en Venezuela, se debía acudir directamente a la fuente constitucional, más específicamente al ya citado por nosotros artículo 141, aclarando que:

No se trata solo de trazar las bases constitucionales del Derecho administrativo. El esfuerzo va más allá: es tratar de aprehender el concepto de administración que emerge de la Constitución al margen de las construcciones teóricas abstractamente formuladas. Pues de lo contrario, como ha observado S. Martínez Retortillo Baquer, podrá hacerse coincidir, incluso a la fuerza, esta construcción dogmática con la Constitución¹³³.

Siendo cónsono con ese propósito, y luego de un profundo análisis del referido artículo, el autor llega a una conclusión que ya hemos asomado anteriormente y que parece ser la de mayor aceptación actualmente. Dicha conclusión es aquella en la que conforme a nuestro texto constitucional “la Administración es, ante todo, una institución constitucionalmente garantizada, que se caracteriza por tres notas materiales o sustanciales (carácter vicarial; sujeción a principios superiores y subordinación plena a la Ley y al Derecho) y necesariamente ahormada por los valores superiores del ordenamiento jurídico y por la cláusula del Estado social y democrático de Derecho del artículo 2 constitucional”¹³⁴. Luego, sobre el carácter vicarial ya había hecho la siguiente descripción: “Estimamos que el constituyente de 1999 se decantó por una especial noción de administración, concebida como una institución que obra subordinada a todo el ordenamiento jurídico, a fin de *servir* con objetividad a los ciudadanos”¹³⁵.

Todo esto reafirma lo que habíamos dicho inicialmente, en cuanto a que la administración pública venezolana tiene entonces, según un sector muy calificado de la doctrina patria, un carácter vicarial, el cual se traduce en la finalidad de satisfacer las necesidades de los ciudadanos, personas o cúmulo de particulares que hacen vida en el territorio nacional. Esto también se encuentra respaldado por la jurisprudencia reciente, aunque con un matiz político ideológico determinado que se desprende inequívocamente de la redacción

¹³³ Ibid., p. 48.

¹³⁴ Ibid., p. 92.

¹³⁵ Ibid., p. 49.

de muchas de las más recientes decisiones relacionadas al tema, como bien lo señala el profesor José Ignacio Hernández¹³⁶.

Sobre el tema que nos ocupa, que es la aproximación a un concepto de interés general, aproximación que nos hemos propuesto como ya dijimos mediante un método similar al que utilizó José Ignacio Hernández para hacer lo propio con el concepto de administración pública. Esto es, tratando de aprehender dicho concepto en el marco de nuestro texto constitucional y ordenamiento jurídico en general, habíamos dicho que antes se hacía necesario conocer los fines de la administración pública, lo cual hemos igualmente extraído –con base a la misma premisa– de la interpretación del artículo 141 de la Constitución y de las mismas reflexiones del citado autor acerca del concepto de administración pública y derecho administrativo hilvanadas en los párrafos anteriores.

Ya pudiendo entonces partir de una noción acerca de los fines que nuestro ordenamiento jurídico ha impuesto a la administración pública, dados por su carácter vicarial, trataremos entonces de emprender o tratar de aproximarnos a una noción particular y más concreta de interés general. Por lo tanto, si la administración pública está –tal y como lo hemos establecido anteriormente– íntimamente imbricada y relacionada a este concepto (indeterminado la mayoría de las veces) de interés general, a tal punto que se considera parte importantísima de la esencia y justificación su actuación, entonces éste –en Venezuela– debe entenderse como aquel que supone el efectivo cumplimiento de ese servicio objetivo a los ciudadanos.

Esta temprana conclusión, por demás insuficiente, nos impulsa a conocer entonces a qué se refiere exactamente la doctrina con este carácter servicial, más allá de lo que ya mencionamos sobre la procura de un “mínimo de condiciones vitales”. Pero antes, debemos advertir que en la misma obra que hemos venido citando reiteradamente en estos últimos párrafos, se menciona al concepto de interés general, y en relación a la satisfacción de los fines de la

¹³⁶ En el marco de las consecuencias que tiene la cláusula de Estado social, de entre las cuales destaca los fines de la administración pública en tanto herramienta para llevar a cabo los fines de éste, el profesor José Ignacio Hernández destaca cierta jurisprudencia (Sentencia de la Sala Constitucional del 29-07-2009) que ha interpretado la referida cláusula en una forma que concibe un Estado donde la libertad económica sufre una “socialización” y la “relatividad es guía rector existencial”, todo lo cual hace concluir a éste autor que bajo esa interpretación, el Estado social sería concebido como un “Estado total”. José Ignacio Hernández: *Estado Social y Libertad de Empresa en Venezuela: Consecuencias prácticas de un debate teórico* https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Libertad_economica_seminario.pdf

administración. Veamos brevemente algunas de esas menciones y lo que podrían implicar.

En efecto, dentro del extenso análisis que hace el autor sobre el carácter o noción vicarial de nuestra administración pública, en un determinado momento lo relaciona íntimamente a la “gestión concreta del interés público”, indicando sobre ello lo siguiente: “debemos señalar que ésta (la administración) también se ha asumido deslastrada del concepto de servicio público y asociada a la gestión o tutela de los intereses colectivos, con fundamento principalmente en la doctrina italiana”¹³⁷; este fundamento en la doctrina italiana no supone otra cosa que la tutela directa del interés público o general.

Pareciera entonces que, llegados a este punto, según el profesor José Ignacio Hernández, la noción de administración servicial o vicarial se podría identificar a plenitud con la tutela directa de los intereses públicos, y al mismo tiempo de los fines esenciales del Estado¹³⁸, y que además la forma en que la administración logra esa tutela es mediante “una acción volcada a la gestión concreta del interés público” lo cual es una “noción eminentemente material”¹³⁹.

Así pues, la tutela directa o material del interés general es una aproximación a ese concepto que, conforme a las reflexiones de este autor parece ir de la mano con esta administración de estilo vicarial. Pero, más allá de reiterar una vez más que el concepto de interés general o público no parece escapar nunca a ningún estudio general sobre el objeto del derecho administrativo, lo importante aquí es que vuelve aparecer una cierta concreción, una nota que nuevamente da luces a una determinación quizás parcial de este concepto, con

¹³⁷ En este punto, el autor hace referencia expresa a uno de los representantes de esa doctrina italiana Guido Zanobini, indicando que éste “alude a la actividad para la actuación inmediata de los intereses públicos. Sobre la particular visión de la doctrina italiana ya habíamos hablado anteriormente, vemos como es la única de las (por decirlo de alguna manera y si se nos permite) de las clásicas que trata de determinar este concepto, atándolo a los fines esenciales del Estado, que se espera sean ‘generales’ a toda la colectividad”; de hecho el mismo autor lo relaciona con ello al afirmar de seguidas lo siguiente “Administración como la actividad del Estado para la consecución de sus fines”. *Ibid.*, p. 82.

¹³⁸ Esto lo sustenta además citando a una serie de doctrinarios de distintas latitudes y ordenamientos jurídicos, entre ellos a F. Fleiner, Martín-Retortillo Baquer, Rafael Bielsa, Pierre Wigny y Miguel Marienfoff; aquí deseamos mencionar una de esas citas, por considerarla de mucha importancia de cara al tema principal de este trabajo, la del doctrinario Fleiner, que reza así “el elemento vital de la Administración es la actividad, la intervención activa, la obtención inmediata de determinados resultados materiales”. F. Fleiner: citado por José Ignacio Hernández: *Introducción...*, ob. cit., p. 83.

¹³⁹ *Ibid.*

el muy importante agregado de que ello se estaría dando con base a la definición de administración pública establecida o querida por nuestro constituyente.

No olvidemos que ese particular matiz tiene un elemento que moldea aún más los conceptos de administración pública e interés general, y puede que los concrete aún más también, este elemento no es otro que el factor de la satisfacción de las “mínimas condiciones vitales”. Esto último implicaría que el interés general que la administración venezolana está llamada a tutelar no es solo uno de afectación directa o concretamente material, sino que además tiende a la satisfacción de ciertas necesidades básicas o vitales, dentro de lo que la doctrina y jurisprudencia han calificado reiteradamente como el “Estado social”, algo que como todos sabemos, se han consagrado en nuestros textos constitucionales desde ya hace un tiempo considerable¹⁴⁰, punto este que analizaremos con exhaustividad más adelante.

Lo importante aquí es dejar claro entonces que esa impronta del carácter servicial o vicarial es apoyada por un importante sector de nuestra doctrina y de casi toda la jurisprudencia igualmente, al momento de considerar los fines u objetos de la administración pública que derivan o pueden ser interpretados directamente de nuestro texto constitucional; de ahí que señalemos el hecho de que el concepto de interés general o público se va concretizando –entre nosotros– hacia ese determinado ámbito. En efecto, el profesor José Ignacio Hernández, si bien es el que más recientemente y con mayor profundidad ha estudiado al asunto, una serie de autores ha suscrito opiniones parecidas a las de él, como se demostrará de seguidas.

Entre los autores que también se han encargado de aproximarse al establecimiento de los fines de la administración pública en nuestro ordenamiento, está José Araujo Juárez. El referido autor menciona el tema brevemente en su tratado de Derecho Administrativo General, Administración Pública al afirmar que “la Administración Pública es un Poder servicial por determinación constitucional, cuando la Constitución la aborda desde una perspectiva funcional u objetiva, en el artículo 141 de la C (CRBV), al prescribir que ‘La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos’”, agrega también que “Lo peculiar de la función administrativa se encierra en la consideración de que ‘está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas’, con lo que

¹⁴⁰ Desde la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela, sancionada el 05-07-1947, cuyos principios rectores fueron retomados después por la Constitución de la República de Venezuela, sancionada el 23-01-1961, la de más larga duración en nuestra historia republicana.

destaca un aspecto cualitativo que debe dominar toda la actividad de la Administración Pública como nota esencial de su régimen jurídico¹⁴¹.

Esta premisa fundamental sobre el carácter y fines de la administración pública devenidos del texto constitucional, los resalta aún más este autor al concluir que “Por lo tanto, el artículo 141 de la C destaca el aspecto servicial de la Administración Pública caracterizándola de una forma singular, no aplicable por tanto en un sentido institucional a las otras organizaciones que ejercen el Poder Público”¹⁴². Así pues, es claro que José Araujo Juárez concuerda con José Ignacio Hernández en el hecho de que nuestro texto constitucional ha imprimido un cierto matiz, en lo que podría ser considerado como las ideas que moldean los fines que debe cumplir la administración pública venezolana¹⁴³.

Otra exponente de la doctrina administrativista venezolana, la ex magistrada y ya varias veces citada, Hildegard Rondón de Sansó, pareciera convenir en el hecho de que la Constitución impone ese carácter servicial a la administración pública. No obstante, curiosamente se separa de los demás autores en cuanto a la adecuación de esta característica con la verdadera forma de actuar de ésta. En efecto, al haberse propuesto la definición de administración pública en el marco de la Constitución vigente, luego de establecer que esa noción servicial a los ciudadanos fue la que quiso el constituyente, de inmediato afirma que: “Tal determinación nos parece completamente equivocada por cuanto la Administración Pública, está indirectamente al servicio de los administrados, ya que la relación directa de éstos es con el Poder Ejecutivo o con el núcleo organizativo del cual ella forma parte”¹⁴⁴.

¹⁴¹ José Araujo Juárez: ob. cit., p. 19.

¹⁴² Ibid., p. 20.

¹⁴³ En otro tomo de la ya citada obra sobre Derecho Administrativo General, Araujo Juárez suma más aportes a este señalamiento, al indicar que “es un postulado constitucional que la Administración Pública esté al servicio de los intereses públicos, o como reza el Art. 141 de la C que ‘la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas’ en cuyo núcleo se encuentran los derechos fundamentales; es la misión del ejercicio de las potestades por parte de la Administración Pública que es servidora y no *dominus* del interés general o público” y también que: “Junto al catálogo de derechos fundamentales debe señalarse también dentro del Título IV, sobre el Poder Público, y dentro del mismo la ‘Sección Segunda: de la Administración Pública’, se establecieron unas normas expresas que han de regir la actividad de la Administración Pública, lo cual no tiene precedente en el constitucionalismo previo, así: los Arts. 141 sobre los principios organizativos y funcionales de la Administración Pública”. José Araujo Juárez: *Derecho Administrativo General. Concepto y Fuentes*. Ediciones Paredes, Caracas, 2011, pp. 43 y 89.

¹⁴⁴ Hildegard Rondón de Sansó: “El concepto del Derecho Administrativo en Venezuela y las administraciones públicas” en *100 Años de la Enseñanza Del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, t. I, UCV y FUNEDA, Caracas, 2011, p. 356.

Si bien es cierto que sus conclusiones sobre el destinatario inmediato y mediato de ese carácter servicial difieren con el del resto de los autores, de todas formas, lo reconoce como principio rector contenido en el articulado del Título IV de la Constitución.

Por su parte, Allan Brewer-Carías también se ha adherido a la misma corriente que reconoce estos principios rectores que establecen los fines de la administración pública venezolana. Tanto es así, que él mismo se encargó de prologar la obra que hemos analizado del profesor José Ignacio Hernández. En dicho prologó afirmó que:

Pero independientemente del origen y la topografía de la norma del artículo 141 de la Constitución sobre la Administración Pública, lo que más importa de la misma, como lo destaca repetidamente José Ignacio Hernández en su libro, es que conforme a ella, la Administración Pública, siendo un instrumento del Estado, no está al servicio de éste y menos del Poder Ejecutivo, como según nos indica el autor lo ha propuesto la profesora Hildegard Rondón de Sansó, sino al contrario, lo que está es al servicio de los ciudadanos-administrados, siendo por tanto una Administración prestacional¹⁴⁵.

Sobre la visión particular del profesor Brewer-Carías, podemos inclusive identificar algunas otras estimaciones sobre los fines del Estado y la administración pública en general que refuerzan lo que ya citamos, que de hecho son anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución vigente, pero que guardan mucha similitud. Ello se evidencia de las afirmaciones de Brewer-Carías citadas por el autor Luis Alfonso Herrera Orellana, en un artículo suyo que analiza las bases filosóficas de la enseñanza del derecho administrativo en Venezuela, en una de ellas establece que:

Pero, por supuesto, el papel y la importancia de la Administración Pública dependerá de cuales sean los intereses públicos que le corresponde gestionar; en definitiva, como antes se ha dicho, dependerá de la amplitud de los fines del Estado. En Venezuela, precisados estos fines como los de un Estado Democrático y Social de Derecho, la Administración que ha de realizarlos no puede ser otra que una Administración conformadora del orden económico y social, cuyas funciones no son sólo reguladoras y de fomento, como la Administración liberal tradicional, y ni siquiera prestadoras o prestaciones como la Administración de carácter social, sino más aún, planificadoras y empresariales, en suma, conformadoras (Cfr. Enest Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1958, p. 116)¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Allan Brewer-Carías: *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II: La Administración Pública*. Caracas, EJV, 2013, p. 59.

¹⁴⁶ Allan Brewer-Carías: *Derecho Administrativo*, t. I, UCV, Caracas, 1975, p. 352. Citado por Luis Alfonso Herrera Orellana: "Bases Filosóficas del estudio y la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela (1909-2009)" en *100 Años de la Enseñanza Del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, t. I, UCV y FUNEDA, Caracas, 2011, p. 80.

Véase como además de resaltar el hecho sobre los fines de la administración pública, como una que va más allá de la simple actividad reguladora, de fomento en inclusive prestacional de carácter social, que es la que va más relacionada con ese carácter servicial, el profesor Brewer-Carías añade que también que la administración pública es planificadora y conformadora. Todo ello lo relaciona con el marco del llamado “Estado social”, noción que se estableció en la Constitución de 1961 y que sigue estándolo en la vigente, por lo que los comentarios conservan su validez al respecto. Resulta importante resaltar también que el autor hace depender el papel y la importancia de la administración, del tipo de interés público que le corresponda gestionar, lo cual dice también se relaciona con los fines del Estado; de ahí se desprende que el profesor Brewer-Carías también se propuso la concretización del interés general, mediante la deducción de los fines llamados a cumplir por la Constitución, en forma similar a como nos lo hemos propuesto en este trabajo.

La noción del Estado social parece ir de la mano entonces con este carácter servicial instrumental, que a la vez va de la mano con la noción de administración prestacional. Por ello, los fines de la administración pública (y por ende el interés general que se busque tutelar), enmarcados en ese contexto, pueden ser también concretizados o modelados aún más, si tratamos de entender un poco más lo que significa que nuestra Constitución haya establecido un Estado Social de Derecho (y de Justicia), tema que abordaremos en el capítulo siguiente.

D. El interés general y los fines de la administración en otros ordenamientos jurídicos

Por otro lado, en el derecho comparado podemos encontrar varios ejemplos de fines preestablecidos para las administraciones públicas, directamente en las constituciones de esos países.

En Colombia, la Constitución de ese país –relativamente reciente– establece en su artículo 209 lo siguiente: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”¹⁴⁷.

Lo más resaltante de la citada disposición, es el hecho de que la Constitución colombiana –en forma similar a la venezolana– se propuso imprimirle cierto contenido a los fines de la administración pública, en este caso vista

¹⁴⁷ Constitución Política de Colombia promulgada el 04-07-1991.

desde una óptica predominantemente material (función administrativa); a la par que también establece principios que regularían su funcionamiento y organización.

Otro detalle a resaltar, es la mención al “servicio” que se repite también con respecto a la venezolana, solo que esta vez no dirige ese servicio a los ciudadanos específicamente, sino a los “intereses generales” con lo cual quizás –y con base a la línea argumentativa que nos hemos trazado– este artículo en particular no ayude tanto a concretizar esos intereses generales como si lo pudiera hacer el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ello –claro está– sin perjuicio del resto del articulado de la Constitución colombiana que si pudiera dar más luces al respecto.

Otro ejemplo a resaltar es el de la constitución del Reino de España, la cual establece en su artículo 102 lo siguiente: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho...”.

Véase que la redacción es en efecto sumamente parecida a las de las Constituciones venezolana y colombiana, con algunas ligeras diferencias, principalmente que tanto la venezolana como española reiteran el principio de legalidad, mientras que la colombiana y española dirigen esa finalidad de servicio a los intereses generales y no directamente hacia a los ciudadanos como lo es en el caso de la Constitución venezolana.

Hemos visto como al menos dos ordenamientos jurídicos del sistema continental consagran disposiciones constitucionales relativas a los fines de la administración pública muy parecidas al nuestro. En principio el factor común es la noción de servicio; pero hay otro igualmente común, que si bien es cierto no se menciona en los artículos comentados, se consagra en las tres constituciones, y además ha sido relacionado con ese carácter servicial por parte de la doctrina, tal y como lo hemos asomado ya en este capítulo. Ese factor, elemento o noción en común es el llamado Estado Social.

Los tres países, Venezuela, España y Colombia consagran en sus Constituciones que sus Estados, además de constituirse en Estados de derecho, son también Estados sociales¹⁴⁸. Esto es algo a tomar en cuenta de cara a los fines de la administración pública, que deberán ser congruentes con los fines del Estado, tal y como lo afirmó por ejemplo Brewer-Carías en la cita que hicieramos de él anteriormente.

¹⁴⁸ En efecto, ello se evidencia de la redacción de los artículos 2, 1 y 1, respectivamente, de las Constituciones de esos países.

Hasta este punto hemos destacado como los fines constitucionalmente impuestos a la administración pública, modelan y concretan en cierta forma el interés general –que es el fin abstracto y justificador de toda actuación de la administración o función administrativa– hacia ese aspecto servicial, y que esto además implica una actuación que va más allá de la clásicas actividades de limitación u ordenación que ejercían las administraciones públicas desde un principio; esto con miras a satisfacer necesidades básicas, garantizar un mínimo de condiciones o inclusive una “igualdad material”.

Todas esas consideraciones, se encuentran fuertemente imbricadas, conforme a la doctrina que hemos revisado, con la noción del Estado social. Por lo tanto, creemos que se hace necesario y conveniente, profundizar un poco más sobre esta figura jurídico-política en particular.

Más allá del hecho de conocer sobre ese carácter vicarial o servicial que en principio está llamado a hacer de nuestra administración pública una garantizadora de condiciones materiales a los ciudadanos, y por lo tanto una administración prestacional, se hace importante verificar cual es el sustento o basamento primordial de ese tipo de administración, que no es otro que el Estado Social, para de esa manera verificar hasta qué punto y bajo qué modalidades de actuación o intervención, la administración pública estaría tutelando o –dentro del contexto que hemos analizado– o sirviendo al interés general en ese Estado en particular. Todo ello en procura de concretizar aún más el interés general consagrado actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

3. El Estado Social y la Administración Prestacional: En búsqueda de la igualdad y el bienestar colectivo

Venezuela se constituye en un Estado Social Democrático y de Derecho, según lo establece el artículo 2 constitucional. Ello supone unas implicaciones de importancia en nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de que la finalidad del Estado y su ordenamiento jurídico parecieran ir más allá de hacer cumplir las leyes y de garantizar que el poder solo actúe de conformidad a éstas. En principio, se procura no solo garantizar una igualdad formal sino también una igualdad material. Es menester desarrollar un poco más estos postulados generales.

El Estado Social tuvo su origen histórico en una especie de reacción a lo que se conoció como el Estado de Derecho liberal o “liberal burgués”, el cual a su vez tuvo su origen en la ideología liberal burguesa que tuvo su auge con las revoluciones norteamericana y francesa, sin perjuicio de los antecedentes ingleses.

El Estado liberal de derecho surgió como una reacción al Estado absolutista de finales del siglo XVIII, por ello, sus valores fundamentales consisten en garantizar la libertad e igualdad de los hombres frente a cualquier poder arbitrario; este poder arbitrario no solo alude al poder del Estado en general, sino también al de otros individuos o grupos que, en el ejercicio de su propia libertad, perjudican o reducen la de los demás¹⁴⁹.

Para proteger esos valores de igualdad y libertad comentados, el Estado liberal se configura también como un Estado de Derecho, en tanto que la ley –entendida ésta como expresión de la voluntad general y garantizadora de esos valores liberales– debe prevalecer sobre la voluntad de los hombres, y en especial ante la voluntad del Estado o de quienes ejercen el poder en nombre de éste (poder público), estableciéndose de esa forma el llamado imperio de la ley.

Para Manuel García-Pelayo, esa finalidad se lleva a cabo mediante tres caminos:

- a) El reconocimiento patente y solemne de un grupo de derechos individuales que acotan una esfera de libertad personal frente al poder del Estado.
- b) Un principio de organización de su poder de manera que se limite a sí mismo y garantice la vigencia de tales derechos (división de poderes y otros métodos).
- c) La sumisión de la actividad del Estado a unas normas jurídicas precisas mediante las cuales quede eliminado todo arbitrio peligroso para la seguridad de la esfera jurídica individual y contrario a la dignidad e igualdad sustancial de los sometidos (Estado de Derecho)¹⁵⁰.

El Estado liberal o Estado liberal de Derecho, no solo propone entonces el imperio de la ley como garantía de los derechos individuales, a la vez establece también que el poder político deberá organizarse de manera tal que existan contra pesos y limitaciones con miras a ese fin primordial de garantizar esos derechos. Esto último no es otra cosa que el principio de separación orgánica de las ramas del poder público (separación de poderes), vigente hasta nuestros días en casi todos los ordenamientos jurídicos occidentales.

Son estos los antecedentes y las bases a partir de las cuales surge posteriormente la idea del Estado Social entre finales del siglo XIX y comienzos de

¹⁴⁹ En efecto, ello es parte de la tendencia individualista que sirvió de basamento al Estado liberal de derecho, “de lo cual deduce su igualdad y homogeneidad sustanciales, y, consecuentemente, llega a la conclusión (la tendencia) de que cada individuo tiene igual pretensión al despliegue de su existencia y, por ende, el deber de respetar esta pretensión en los demás”. Manuel García-Pelayo: *Derecho Constitucional Comparado*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2010, p. 143.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 144.

siglo XX. Gran parte de la doctrina es conteste en afirmar que el Estado social surge como reacción, complementación y quizás hasta como un perfeccionamiento del Estado liberal de Derecho. Sobre esto nos dice José Peña Solís que:

Efectivamente, la dinámica histórica y social ha conducido a que las sociedades superen el estadio correspondiente al Estado liberal de derecho, que durante mucho tiempo predominó en Europa, y de alguna manera, en Venezuela. Esa dinámica condujo a que un país como Alemania, debido a las condiciones económico-sociales, que caracterizaban a esa nación después de la primera guerra mundial, en la búsqueda de una solución al potencial conflicto que vivía, intentase transitar mediante la interpretación de la Constitución de Weimar 1919 el estado superior del Estado social, que implicaba la consagración de derechos económicos y sociales que hasta entonces, debido a la influencia de la doctrina liberal, no habían encontrado recepción en casi ninguna Constitución europea¹⁵¹.

Véase cómo de la cita anterior ya podemos observar alguno de los contenidos del Estado social, y como pareciera ver cierta dicotomía y contrariedad entre los postulados de este y de las doctrinas del Estado liberal.

El Estado social se relaciona entonces con lo que muchas veces se han denominado los derechos de “segunda generación” y luego como “derechos sociales”, los cuales van más allá de las libertades civiles y políticas y comprenden el derecho a la satisfacción de necesidades económico-sociales, o al menos al acceso de medios para poder satisfacerlas. A los fines de poder llevar a cabo el disfrute real de esos derechos o de garantizarlos, el Estado social deberá intervenir y actuar positiva y materialmente en la sociedad, lo cual supone para el recién citado autor un “rompimiento” con la idea básica del liberalismo de “dejar hacer, dejar pasar”¹⁵².

Así pues, este rompimiento o superación del Estado liberal supone en principio que el Estado ya no se abstendrá de intervenir y actuar positivamente para satisfacer necesidades de carácter económico o social. Este tipo de intervención se conoce típicamente como actividades prestacionales, las cuales ya hemos mencionado anteriormente y que, de hecho, han sido señaladas por la doctrina como algo íntimamente relacionado con la noción servicial o vicarial de la administración pública que se desprende de nuestro texto constitucional. Pero ¿Cuál sería el contenido de estas prestaciones, a quienes esta-

¹⁵¹ José Peña Solís: *Lecciones de Derecho Constitucional General*, t. I, UCV, Caracas, 2008, p. 122.

¹⁵² Sobre ello afirma José Peña Solís que: “Ese rompimiento comportaba añadir a los derechos de libertad (individuales), que eran los únicos consagrados en las Constituciones, los derechos sociales y económicos, que a diferencia de los anteriores, cuyo ejercicio se perfeccionaba con la abstención del Estado, implicaban para su satisfacción el deber de una actuación, una prestación por parte de las autoridades públicas (educación, salud, transporte, electricidad, etc.”. *Ibid.*, p. 123.

rían dirigidas y como se materializan? Al respecto José Peña Solís nos da algunas luces sobre el contenido de éstas cuando nos dice que el Estado apuntaría a “la satisfacción de las necesidades colectivas primarias, tales como: educación, salud, vivienda, empleo y seguridad social, sin que en la satisfacción de esas necesidades la variable posición económica de los ciudadanos juegue un papel determinante”¹⁵³.

Estas prestaciones entonces irían dirigidas a la satisfacción de las necesidades más básicas, que en efecto son de contenido social y económico, y además estarían dirigidas a cualquier persona sin distinción de su posición económica, aunque este factor de no distinción pareciera ser algo obvio dentro de los postulados del Estado liberal, que ya de por sí garantizaba la igualdad de todos los ciudadanos.

Para profundizar sobre los fines, contenidos y demás consideraciones de importancia sobre la noción del Estado Social y la cláusula que encontramos en nuestra Constitución, veamos lo que al respecto tiene que decir el autor Luis Alberto Petit Guerra en su obra titulada “El Estado Social”, quizás el más acabado, detallado y completo estudio que se le haya hecho al Estado social en el ámbito venezolano.

El objeto principal de esta obra es principalmente precisar cuáles son los contenidos del Estado social, si son de un carácter programático que funcionaría como una especie de guía para que el legislador los desarrolle, o –como lo apoya el autor– si en verdad suponen verdaderos derechos subjetivos para los particulares necesitados, con su correspondiente deber de prestación por parte del Estado a través de la administración pública.

Pasemos entonces a revisar los más importantes postulados e ideas que se expresan en la referida obra, a los fines de dar aún más luces sobre las implicaciones del Estado Social para con los fines de nuestro Estado y, en consecuencia, los fines de la administración pública venezolana, todo lo cual contribuirá a encontrar una noción o concepto de interés general más concreto entre nosotros.

Siguiendo una forma de pensamiento similar a la de José Peña Solís, Petit Guerra propone que el Estado Social nace¹⁵⁴ para de cierta forma corregir los desbalances y desequilibrios que supuestamente imperaron o no fue posible su corrección, en el régimen del Estado liberal de Derecho. De nuevo el Estado

¹⁵³ Ibid., p. 124.

¹⁵⁴ Mediante un recuento histórico, el autor nos explica que los más importantes antecedentes constitucionales del Estado social fueron las constituciones de México (Querétaro) de 1917 y la de Weimar (Alemania) de 1919.

social aparece en reacción o contraposición al liberal, aunque –y como veremos más tarde– tanto éste como otros autores afirman al mismo tiempo que es posible la complementación o readaptación de este último al social, sin necesidad de abandonar los postulados originales –al menos no completamente– de libertad e igualdad.

Sobre ello, Petit Guerra establece que: “El Estado social justamente está para activar sus mecanismos prestacionales en aquellas áreas donde el mercado no alcanza (ni debe agregamos); y para evitar abusos de posiciones de dominio que puedan afectar gravemente los derechos ciudadanos más débiles”¹⁵⁵.

Seguidamente y para profundizar en la idea, añade que el Estado Social “Representa, en nuestro criterio, un estadio ‘avanzado’ del desgastado *Estado Liberal* (formal) de Derecho en virtud de ciertos (múltiples) acontecimientos que marcaron la evolución del Estado mismo y ajeno también a los *regímenes antidemocráticos*”¹⁵⁶.

Nótese en esta segunda cita que el autor agrega el hecho de que el Estado social también surge en reacción y es “ajeno” a los regímenes antidemocráticos. Esta idea o premisa de que lo social supone un desarrollo de la democracia o del concepto de democrático con respecto al Estado Liberal, es también mencionada por otros autores, de entre los que resaltan el propio Manuel García Pelayo¹⁵⁷.

Pero para no desviarnos mucho del objeto que nos hemos propuesto, algo que es menester destacar dentro de la visión de este autor, es la importancia de la actividad prestacional, como una de las “características esenciales” del Estado Social¹⁵⁸. De hecho, de entre sus más importantes intenciones, está la de encontrarle un contenido cierto a esas actividades prestacionales –desde un punto de vista constitucional– a los fines de que sean entendidas como derechos fundamentales (con pleno valor de derechos subjetivos susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción), indisponibles por el legislador, los cuales a su vez se traducirían en verdaderos deberes de actuación material para la administración pública.

¹⁵⁵ Ibid., pp. 48-49.

¹⁵⁶ Ibid., p. 49.

¹⁵⁷ García-Pelayo: *Derecho Constitucional Comparado...*, ob. cit., pp. 198-204.

¹⁵⁸ Esto se desprende cuando afirma que: “No está de más subrayar, que una de las características esenciales de ese Estado social lo constituye su ‘dimensión prestacional’; aspecto en el que se distingue del Estado Liberal que sugiere un Estado mínimo, entendiendo a esa mínima intervención estatal en asuntos ‘privados’, sobre todo en materia económica según la (fala) premisa que el mercado lo ‘resuelve’ todo” Petit Guerra: ob. cit., p. 50.

Encontrar contenido cierto a los derechos sociales o prestacionales que se sustentan en la noción o figura del Estado social ha sido uno de los temas más centrales y estudiados en torno a éste, quizás mucho más estudiados que el asunto de su dicotomía u oposición con el Estado liberal de Derecho.

Básicamente esta problemática ha dividido a quienes afirman que ésta dificultad lleva a la ineludible conclusión de que los fines del Estado social solo pueden entenderse como unos del tipo programático¹⁵⁹, mientras que por el otro lado están quienes consideran que su sola ubicación en el texto constitucional implica que tienen pleno carácter de norma jurídica¹⁶⁰, que impone deberes prestacionales al Estado (o de igualación material como en forma más general y abstracta se dice también) con sus correlativos derechos subjetivos a recibirlos por parte de los particulares (haciendo énfasis en los débiles jurídicos o más necesitados)¹⁶¹.

No en balde, nos dice Luis Alberto Petit –con base a una cita del autor Rodolfo Arango– lo siguiente:

Ya que no están respondidos por la doctrina (o al menos no es unánime) sobre cuáles son los contenidos de los derechos sociales y cuáles serían las obligaciones que asumen los órganos del poder público en proveerlos; intentamos hacerlo desde acá. Esta situación ha llevado a uno de los teóricos más completos en esta materia –como Arango– a decir, que si bien con el reconocimiento que “el Estado es el principal obligado de los derechos sociales fundamentales se aclara mucho”, también reconoce que no estarían aclarados “todos los aspectos relacionados con la estructura de los derechos sociales fundamentales”¹⁶².

Vemos pues que a través de este fin que se propone el autor de precisar los contenidos ciertos de los derechos sociales o prestacionales –habiendo previamente señalado la ausencia o falta de criterio unánime al respecto– en cierta forma intenta hacer algo parecido a lo que nos hemos propuesto nosotros, en el sentido de que pareciera querer concretizar (o al menos develar lo que en su opinión ya es algo implícito) la noción de Estado social, a los fines

¹⁵⁹ Así por ejemplo lo estima Tomás Arias Castillo en *Vendiendo utopías una respuesta al profesor José Ignacio Hernández* <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/VENDIENDO%20UTOPIAS.pdf>

¹⁶⁰ José Ignacio Hernández: *Estado Social y libertad de empresa en Venezuela: Consecuencias prácticas de un debate teórico*. https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Libertad_economica_seminario.pdf

¹⁶¹ Es lo que el autor Luis Alberto Petit Guerra califica como discriminaciones “positivas” que implican el reconocimiento de “ciertas diferencias especiales para darle tratamiento ‘preferente’ a ciertos sectores que requieren también *prestaciones especiales* (niños, ancianos, enfermos crónicos, etc.)”. Petit Guerra: ob. cit., p. 131.

¹⁶² *Ibid.*, p. 52.

de materializarlo directamente desde la Constitución sin la necesidad de depender de la disposición o desarrollo del concepto, por parte del poder político, principalmente del legislador.

Por nuestra parte, creemos que lo que en definitiva tenga que decir al respecto este autor, nos dará un panorama muy amplio sobre lo que podría implicar la noción del Estado social, sin necesidad de entrar en la diatriba sobre su contenido programático o normativo. Veamos entonces brevemente el desarrollo de sus ideas.

Una manera de precisar lo que serían los derechos prestacionales, es mediante su diferenciación de otro género de derechos sociales, los cuales el autor identifica como “derechos sociales de libertad”¹⁶³. Estos serían aquellos relacionados a las libertades laborales de sindicación, huelga y cualquier otro derecho relativo a la seguridad social. Para Petit Guerra, lo fundamental de esta distinción es la posibilidad de dedicarse al estudio de los derechos sociales prestacionales, lo cuales considera como “las finalidades básicas del Estado Social”¹⁶⁴.

Sobre el contenido específico de estas prestaciones o derechos prestacionales nos dirá –citando a José Ramón Cossio– que: “de la variedad de los elementos que contienen los derechos sociales, es posible separar los más resalantes: el reconocimiento de prestaciones a cargo del Estado y la aceptación del valor de la igualdad”¹⁶⁵.

Más concreta y detallada aún, es la definición que se cita de la autora española Encarnación Carmona, según la cual, la comprensión de estos derechos prestacionales se debe a los autores Mazzioti en Italia y a Cascajo Castro en España, e indica que estos son “los derechos de cualquier ciudadano a una directa e indirecta prestación positiva de los poderes públicos en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad”¹⁶⁶. Esta visión en particular, junto con la anteriormente citada, nos revela elementos esenciales sobre el contenido cierto de estas prestaciones estatales, en tanto actividades encaminadas a satisfacer necesidades básicas de la población con miras a garantizar la igualdad. De considerarse

¹⁶³ Ibid., p. 130.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ La cita textual del autor Juan Ramón Cossio Díaz reza así: “podemos concluir diciendo que los derechos sociales se resuelven en prestaciones a cargo del Estado encaminadas a satisfacer los llamados mínimos vitales”. Ibid., p. 130.

¹⁶⁶ Ibid., pp. 130 y 131.

estos derechos prestacionales, sustentados directamente en el texto constitucional en calidad de normas jurídicas, estos pasan a convertirse en verdaderos derechos subjetivos para los particulares que sean sus destinatarios.

El principal obstáculo con que se encuentra la postura normativista de los derechos sociales prestacionales, más allá de la visión contraria programática, es el hecho de que la Constitución no establece expresa o específicamente cuál sería el contenido mínimo de esas prestaciones que no podría ser dispuesto por el legislador. Este es de hecho uno de los principales puntos objetados y señalados por Petit Guerra, quien sin embargo se propone sortearlo y ubicar unos contenidos mínimos con base a la cláusula del Estado social y el resto del articulado de nuestra Constitución¹⁶⁷.

En este sentido, el valor de igualdad material y lo que este implica exactamente (de mucha importancia para nuestro objeto principal de verificar las disposiciones constitucionales que modelarían la noción de interés general entre nosotros), se vuelve de una vital importancia a los fines de precisamente detallar cuales serían los contenidos mínimos de las prestaciones a cargo del Estado (social). En este punto se indica que “hay una diferencia entre la sensibilidad del Estado social de procurar a todos (sobre todo a los más débiles, basándose en criterios de solidaridad) frente a la perspectiva de ‘igualdad’ y ‘libertad’ del Estado liberal (pero en lo formal, no en lo material)”¹⁶⁸.

Tenemos entonces que, según los defensores del Estado social y sus consecuencias en la medida que éste sea como norma jurídica con plena validez desde el texto constitucional, no solo implica el deber de llevar a cabo ciertas prestaciones dirigidas a satisfacer unos contenidos mínimos vitales, sino que además existe una preferencia por cierto sector de la población –los más débiles– en recibir los beneficios de estas actuaciones materiales que serían cumplidas por el aparato de la administración pública¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Al respecto afirma que: “Acá se defiende, que a falta de prescripción expresa –como preferimos– esos (supuestos) contenidos mínimos se consiguen en la interpretación de la cláusula que contiene el respectivo Estado social junto con el resto de los principios y valores que les son ínsitos. Si por ejemplo, en el caso de Alemania la interpretación de la cláusula del Estado social junto a la dignidad, ha servido para construir un rico constitucionalismo social a cargo de los poderes públicos (impulsados primordialmente por el poder judicial); con ese mismo argumento, es posible desde esos mismos elementos (junto a otros adelante enunciados) puedan concretizarse los contenidos prestacionales generales y luego los contenidos prestacionales mínimos del Estado social”. *Ibid.*, p. 179.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 197.

¹⁶⁹ En el ámbito procesal y contractual, la noción de Estado social ha originado a su vez la noción de “débil jurídico”, la cual implica que la ley deberá favorecer al sujeto que se encuentra en

El mismo García-Pelayo insiste en esta idea al señalar que “el fin que parece perseguirse es la realización de una idea de igualdad, en ocasiones llamada real, a partir de la asignación estatal de mínimos materiales a favor de grupos sociales”¹⁷⁰.

Luego de resaltar ampliamente todos los comentarios que se han hecho a lo largo de los últimos años en relación a las implicaciones de la cláusula del Estado social, en especial sobre su carácter de norma jurídica en vez de principio programático, relaciones y diferencias con otros conceptos (Estado liberal, Estado de Bienestar, Estado totalitario, etc.), contenido y alcance verdadero de los derechos sociales, específicamente de los prestacionales, y el desarrollo y disposición o no de éstos por el legislador, Luis Alberto Petit Guerra llega a identificar varias prestaciones como las más “resaltantes” en nuestro texto constitucional. Pero al mismo tiempo, no deja de hacer la salvedad de que tal y como están establecidas en la Constitución, no es posible derivar de éstas unos contenidos mínimos indisponibles por el legislador, tarea ésta que relega al constituyente para una eventual modificación¹⁷¹.

Estas prestaciones destacadas por el autor son: El derecho a una vivienda digna (art. 82 CRBV), el derecho a la salud gratuita (art. 83 CRBV), el derecho a la seguridad social (art. 86 CRBV), y el derecho a la educación gratuita (art. 102 CRBV)¹⁷². Inobjetablemente cada uno de estos derechos implican una actuación material y positiva por parte del poder público, específica e idóneamente de parte de su rama ejecutiva a través de los distintos entes y órganos de la administración pública, en cualquiera de sus niveles nacional, estatal y municipal o de conformidad con las competencias asignadas por la norma fundamental.

Tenemos pues que, esta sería una aproximación más concreta y especificada, a los fines que el Estado social imprime –en tanto cláusula de carácter constitucional– a la administración pública venezolana. Independientemente de la postura que se fije al respecto, bien sea la que considere esta cláusula

una posición de inferioridad económica o de subordinación, frente a otra parte en una relación jurídica. Típico es el caso del trabajador frente al patrono, para el cual la legislación laboral le ha otorgado al primero una serie de ventajas, a los fines de lograr una igualdad en la relación. Varios de los procedimientos cuasijurisidiccionales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico son aplicables a los conflictos que surgen entre partes, de las cuales una es considerada “débil jurídico” (laboral y arrendatario).

¹⁷⁰ Citado por Cossio y éste a su vez por Luis Alberto Petit Guerra. *Ibid.*, p. 198.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 253.

¹⁷² *Ibid.*, pp. 254-256.

como una de consecuencias programáticas o con carácter pleno de norma jurídica¹⁷³ –lo cual obviamente escapa de los objetivos de este trabajo– consideramos que ha todo evento la concreción de los fines de la administración pública bajo esta óptica, modelará y concretará igualmente el interés general en tanto fin abstracto e ineludible a toda función y actuación administrativa.

De tal manera que, todo lo que sea con miras a llevar a cabo esos fines del Estado social, que ya hemos señalado citando a la doctrina que se ha dedicado al estudio del tema, deberá ser considerado del interés general en nuestro ordenamiento jurídico. En otras palabras, toda función administrativa de carácter prestacional, de contenido social y que implique actuaciones positivas y materiales que sean dirigidas a cierto sector “débil” de la población con la finalidad de lograr una igualación “material”, será una función que tutela el interés general de una manera directa.

Otros autores también se han dedicado al estudio y precisión de la noción o cláusula del Estado social en nuestra Constitución. Entre ellos, el mismo José Ignacio Hernández, quien la considera de una importancia tal que se decanta por la postura normativista al afirmar que: “Basta con señalar que la conclusión que se ha aceptado es que esa cláusula es una norma jurídica constitucional vinculante”¹⁷⁴. En cuanto al contenido de los fines del Estado social en nuestra Constitución, nos dice el recién citado autor que “postula la participación del Estado regulando la economía para promover la justa distribución de riqueza, lo cual le permite desde reservarse áreas del quehacer económico hasta fundar empresas públicas”¹⁷⁵, lo cual resalta nuevamente el fin de lograr la igualdad material.

¹⁷³ Sobre este punto en particular, nuestra postura se asemeja a la de Tomás Arias Castillo, en el sentido de que la cláusula de Estado social resulta en la práctica un principio programático, más que una norma jurídica. Por lo tanto, creemos que las políticas sociales serán algo sobre lo que dispondría el legislador e incluso la administración pública, dentro los fines y funciones que están llamados a cumplir; y que debido a las particularidades de éste tipo de actuaciones, es difícil su acometimiento solo por disposición de una norma en concreto, cuando bien se sabe que ello dependerá también de la disposición de recursos, amén de elementos de oportunidad y conveniencia, que son de imposible apreciación por el legislador, menos aún por el constituyente.

¹⁷⁴ Este punto de vista es reiterado cuando añade que “Tal es el dato objetivo primero del cual debe partir nuestro análisis. El conjunto de normas citadas forma parte de la Constitución y por ello, tienen carácter normativo con la supremacía que el artículo 7 del Texto de 1999 estipula. La cláusula del Estado social es, por ello, antes que nada, una norma jurídica vinculante, que produce, debe producir concretas consecuencias sobre el ordenamiento jurídico”. Hernández: *Estado Social...*, ob. cit., pp. 2 y 8.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 8.

La importancia del Estado social ha sido un tema igualmente analizado en varias oportunidades por nuestra jurisprudencia –con algunas ligeras variantes– pero al final siempre haciendo énfasis en el carácter que le imprime al Estado y a la administración pública de actuar positivamente en pro de la igualación material; aunque más de las veces lo ha hecho para justificar la intervención del Estado en la economía, o para limitar derechos individuales, que en el sentido o desarrollo de la naturaleza de los derechos prestacionales. Una de las más analizadas y célebres sentencias que analizan al Estado Social en nuestro contexto, es la del 24-01-2002, caso ASODEVIPRILARA¹⁷⁶ de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

El interés general en nuestro ordenamiento jurídico se concreta y modela entonces a partir de los fines del Estado que aquél establece. Estos fines son los de un Estado social, en los términos que acabamos de señalar (obviando los debates sobre su verdadera naturaleza). En efecto, gran parte de la doctrina es conteste con aquella noción servicial o vicarial de la administración al servicio de los ciudadanos, es decir, con las actividades prestacionales propias del Estado social, lo cual en principio resulta completamente lógico, en vista de que ese es el tipo de Estado que se ha establecido en nuestra Constitución.

Ahora bien, ¿Cómo pretenden los procedimientos cuasijurisdiccionales tutelar este interés general ya un poco más particularizado entre nosotros?, se hace entonces necesario verificar si los resultados que producen estos procedimientos materializan (o tienden a o no) a esas prestaciones que tanto hemos mencionado a lo largo de este capítulo.

4. La pretensión de tutelar el interés general, mediante la posibilidad de dictar actos cuasijurisdiccionales

Ya en este punto hemos desarrollado o nos hemos aproximado, si bien no a un concepto totalmente delimitado y concretizado¹⁷⁷, sí a una noción de lo

¹⁷⁶ Quizás el asunto debatido con ocasión de esa sentencia –créditos bancarios– fue lo que hizo que el juzgador se afincara más en el punto de la intervención en la economía para lograr la igualdad, más que en las actividades prestacionales como tal. En efecto, en uno de los extractos de la sentencia se dice que: “Es de la esencia del Estado Social de Derecho dictar medidas legales para planificar, racionalizar y regular la economía (artículo 112 constitucional), restringir la propiedad con fines de utilidad pública o interés general (artículo 115 eiusdem), o limitar legalmente la libertad económica por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otros de interés social (artículo 112 constitucional)”.

¹⁷⁷ Sobre esto consideramos que el concepto de interés general difícilmente dejará de ser uno del tipo de “concepto jurídico indeterminado” no solamente por la comprobada dificultad de su definición o alto nivel de abstracción, sino más aún por el hecho de que los paradigmas u

que significa el interés general en nuestro ordenamiento jurídico, enmarcada desde un punto de vista teleológico, y que en cierta forma condiciona la función administrativa, sobre la cual sí existe un consenso casi unánime en la doctrina, en torno a que es esencial e ineludible a ésta, su objeto de tutelar el interés general.

Bajo esa premisa, y tomando en cuenta que los procedimientos cuasijurisdiccionales son –cómo ya lo hemos venido indicado al momento de estudiarlos– una figura fuertemente vinculada e imbricada con la teoría general del procedimiento administrativo, debido principalmente a que son procedimientos llevados en sede administrativa, debería entonces surgir una consecuencia obvia a partir de ello, y es que esos procedimientos deben ser llevados de tal forma que sea para tutelar el interés general.

Nótese que destacamos como esta finalidad de tutelar el interés general debe estar presente no solo en el sentido de los efectos y eficacia del acto administrativo en particular que se dicte, sino también en cada acto de trámite, fase y formas y características del procedimiento que se inicie, sustancie y culmine con la emisión de tal acto, es decir, del procedimiento administrativo¹⁷⁸.

A. Consideraciones previas

Antes de entrar a analizar si los procedimientos cuasijurisdiccionales cumplen con tutelar el interés general en los términos de nuestro ordenamiento jurídico, hay dos ideas principales que antes consideramos necesario aclarar y que servirán de base al análisis que vendrá de seguidas.

Estas ideas son (i) nuestro apego a la postura de que la administración pública tutela dicho interés solo de forma directa o inmediata; y (ii), nuestro

ópticas bajo los que se le concibe son generalmente cambiantes y adaptables en cada ordenamiento jurídico (muy a pesar de la estabilidad de las normas de más alta jerarquía), momento histórico, político y sociológico, en todo caso esto es algo que escapa del objeto de este trabajo. De nuevo aquí resalta una de las características más comentadas del derecho administrativo, como rama o disciplina del derecho que más se ve afectada por los cambios volátiles en una sociedad política. Véase Miguel Ángel Torrealba Sánchez: “Sobre los conceptos de Derecho Administrativo y de Administración Pública en Venezuela”, *100 Años de la Enseñanza Del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, t. I, UCV y FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 398-403.

¹⁷⁸ Como bien lo señala José Araujo Juárez cuando afirma sobre el procedimiento administrativo que parte de su objeto radica en “Racionalizar conforme a los principios de economía, eficacia y celeridad, la actuación de aquella (la administración pública), exige que cada uno de sus pasos se engarce coherentemente en una cadena, a través de la cual se llegue a su finalidad, esto es, la exigencia de satisfacer en forma inmediata y directa el interés público”. José Araujo Juárez: *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1993, pp. 47-48.

rechazo al planteamiento de que todas las distintas ramas del poder público pueden perfectamente, y sin ninguna limitación más que la determinada por ley, ejercer subsidiariamente las demás funciones principales de cada una de las otras ramas.

Con respecto a la primera de las ideas, nos acogemos entonces a la postura de la doctrina clásica italiana, en tanto que uno de los factores más definitorios y que separan tajantemente a la función administrativa de las otras funciones a cargo de las demás ramas del poder público, es la tutela directa del interés general. No lo concebimos de otra manera, por cuanto creemos que sin excepción todas las funciones públicas cumplen ulteriormente unos fines de interés general o público (vistos desde la perspectiva más simple en tanto contrarios o más amplios al puro interés particular e individual), con la gran diferencia de que el resto de las funciones no administrativas, lo hacen para tutelar el interés general de forma mediata o mucho más abstracta; en especial la función judicial lo hace de manera mediata o indirecta.

La función judicial particularmente, que en principio se encarga de decidir sobre conflictos intersubjetivos entre particulares, quienes demandan prestaciones con base a normas de derecho privado, tutela directamente los derechos subjetivos de éstos. Pero es obvio que el Estado se ha abrogado este poder o función en particular a los fines no solamente de garantizar la validez y eficacia de las leyes (en las cuales deberá estar implícita la noción de justicia que se haya dado cada Estado en particular a través de sus legisladores), sino también a efectos de procurar la paz pública mediante la resolución de los conflictos que surjan entre sus individuos o grupos, de una manera pacífica y menos gravosa posible para la sociedad¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Sobre la vital importancia de la justicia en todas las sociedades y en todos los tiempos, desde las antiguas civilizaciones; resultan elocuentes y sumamente enriquecedoras las ideas encontradas sobre la naturaleza de la función jurisdiccional, en los textos seleccionados y comentados por Francisco J. Delgado en su obra titulada "Textos clásicos sobre la Naturaleza de la Función Judicial". Específicamente en lo que nos atañe sobre los mediatos y ulteriores efectos de interés general que resultan del ejercicio de esta función, podemos mencionar una de las ideas que se derivan de uno de los textos que se citan del sofista Protágoras, en uno de los diálogos de Platón. En efecto, según el autor una de las ideas esenciales del discurso de Protágoras se resume en que "la ciudad no podría subsistir si la justicia fuese asunto de unos pocos" lo cual refleja ese carácter público y de virtud política de la función judicial o jurisdiccional, y su necesidad para la buena marcha de las sociedades. Del resto de los textos comentados, surge igualmente esa idea de que la virtud de la justicia trasciende de las meras relaciones entre los individuos, y por ende su ejercicio termina de generar efectos para con toda la colectividad civilizada. Francisco J. Delgado: *Textos clásicos sobre la Naturaleza de la Función Judicial*, Editorial Galipán, Caracas, 2014, p. 39.

Sobre la segunda idea que sirve de premisa al resto de nuestro análisis, rechazamos la postura de que todas las ramas del poder público puedan ejercer subsidiariamente las funciones de las demás, reivindicando en cierta forma la predica de uno de los pilares o principios más comentados y resalantes del Estado de derecho –es decir– la separación orgánica de las distintas ramas del poder público.

Es importante mencionar que esta postura puede parecer hoy en día muy conservadora, debido principalmente a que gran parte de la doctrina¹⁸⁰ acepta el ejercicio de las distintas funciones de forma indistinta por cada rama del poder público, como una realidad inobjetable, y además como expresión del principio de “colaboración”¹⁸¹ establecido en nuestra Constitución. De hecho, creemos que por ello la teoría de los actos o procedimientos cuasijurisdiccionales ha sido aceptada sin mayor polémica (lo cual no quiere decir que haya habido ausencia total de ésta) entre nosotros, precisamente por considerarse como algo que no resulta contrario con las bases de nuestro ordenamiento, el hecho de que una rama determinada del poder público pueda llevar a cabo la función principal encomendada a otra.

En esto punto apoyamos la muy particular y ya citada visión del maestro Gonzalo Pérez Luciani, quien califica esta visión que rechazamos, como parte de la teoría “formal-substancial” alemana, y a su vez no la acepta por considerarla una tautología, tal y como lo indicáramos anteriormente en la primera parte de este capítulo. En efecto, y reiterando lo dicho por Pérez Luciani, lo verdaderamente importante aquí, es ubicar aquellas funciones que se encuentran procedimentalizadas, que no son otras que la función legislativa, jurisdiccional y administrativa propiamente dichas, excluyendo las actividades organizativas como algo exclusivo de la función administrativa (propiamente dicha), y como parte de esa supuesta participación de las ramas judicial y legislativa en funciones que no le son principales o subsidiarias¹⁸². Siendo ello así, pierde sustento aquella idea de que una rama del poder público pueda ejercer plena y ordinariamente la función principal de otra.

En ese sentido, creemos que solo los entes y órganos pertenecientes a las ramas legislativa, judicial y administrativa del poder público, dictan actos le-

¹⁸⁰ Promovida y sustentada ampliamente por Brewer-Carías, quizás el mayor exponente de la doctrina venezolana, lo cual fue desarrollado también más arriba.

¹⁸¹ Artículo 136 CRBV: El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. // Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

¹⁸² Pérez Luciani: ob. cit.

gislativos, jurisdiccionales y administrativos propiamente dichos, respectivamente. Para ello, nuestro ordenamiento establece los procedimientos de creación de estos actos, y cada procedimiento dictamina la función como tal, así el procedimiento de formación de ley que establece nuestra Constitución dictamina cuando un acto emana de la función legislativa¹⁸³ propiamente dicha, por ejemplo.

Por lo tanto, creemos que no es admisible, que las ramas judicial y legislativa dicten actos verdaderamente administrativos, tanto por el hecho de que los procedimientos que estas llevan a cabo no encuadran en la producción de éstos, como también por la afirmación de que los actos organizativos (nombramiento de personal, presupuestarios, creación de dependencias), no deberían considerarse como actos que emanen de la función administrativa como tal, lo cuales –y en concatenación con las ideas que hemos venido plasmando– deberían ser los únicos que tutelen de una forma directa el interés general.

De igual forma, y como consecuencia lógica de lo recién afirmado, no creemos que sea admisible que la rama del poder público encargada de dictar actos administrativos o ejercer la función administrativa –es decir la rama ejecutiva– pueda dictar actos propiamente jurisdiccionales o legislativos, o que resulten de algún tipo de mixtura entre dos funciones. Esto es así, debido principalmente a la tipología de procedimiento que los órganos y entes pertenecientes a esta rama están llamados a seguir, y también por la naturaleza de estos en vista de su origen político y conformación sustentada en el principio de jerarquía, amén de otras razones comentadas a lo largo de este estudio¹⁸⁴.

¹⁸³ Nótese que no hacemos alusión a una función “normativa” expresión que consideramos sería demasiado genérica y abstracta a la hora de delimitar las distintas funciones estatales, por la razón de que lógica y eventualmente, cualquier estructura jurídico política tendrá la potestad de desarrollar (dentro de los límites legales y con base a estos) algún tipo de norma o acto de efectos generales, inclusive para su organización interna (potestad ésta que dentro de la función administrativa es generalmente conocida como de ordenación o normativa). Lo anterior, es generalmente utilizado como argumento adicional para afirmar la posibilidad del ejercicio subsidiario de una función principal (legislativa) de una rama por otra (la administración dictando reglamentos), lo cual rechazamos en forma análoga a como Pérez Luciani rechaza el hecho que se admita el ejercicio de verdadera función administrativa en otras ramas, solo por el hecho de que estas dicten actos que son solo en apariencia administrativa (organizativos).

¹⁸⁴ Dicha disertación no debe considerarse en absoluto como una temprana o adelantada conclusión, por cuanto el objeto de este trabajo no es el de confirmar o no el carácter jurisdiccional o no de los actos y procedimientos cuasijurisdiccionales; ni siquiera sobre las implicaciones de ello, en el sentido de su conformidad con el texto constitucional en lo que al reparto y distribución de funciones se refiere. En cambio, nuestro fin es otro, relativo a un aspecto mucho más práctico que dogmático (aunque no deja de estar nunca imbricado de este, tanto para

Así pues, tomemos como base para la verificación de la tutela o no del interés general, mediante la producción de los llamados actos cuasi jurisdiccionales, la idea de que dicho interés general no puede ser otro que no sea o produzca sus efectos de manera directa e inmediata, es decir, mediante el ejercicio de la función administrativa.

En segundo lugar, creemos que la administración pública –en tanto conjunto orgánico enmarcado dentro de la rama ejecutiva del poder público– no debiera de poder dictar indistintamente actos jurisdiccionales ni legislativos propiamente dichos y, por lo tanto, sería muy cuesta arriba admitir que, de permitírsele ejercer esas otras funciones, pueda a través de ellas lograr los mismos fines que se propone cuando ejerce verdadera función administrativa.

B. La tutela del interés general: La sustancia de los actos cuasijurisdiccionales

Ya habiendo aportado algunas ideas preliminares claves, nos toca ahora subsumir no solo las consecuencias o producto que resulta de la aplicación de los procedimientos cuasijurisdiccionales –es decir– el acto cuasijurisdiccional como tal, sino también la esencia de esos procedimientos, dentro del supuesto de hecho de tutela del interés general que hemos concretizado de cierta forma en este trabajo.

Para ello, será necesario volver a hacer mención de algunos de los principales procedimientos de este tipo que nuestra legislación establece, analizar las características más resaltantes de cada uno y luego el contenido sustantivo y material de los actos que se dictan en razón de estos. Todos estos procedimientos poseen un factor en común, la resolución de conflictos intersubjetivos.

De entre los procedimientos mencionados en la primera parte de este trabajo, los dos que más resaltan en la práctica son los de naturaleza laboral, en especial los relacionados al despido que llevan actualmente las Inspectorías del Trabajo, y los de desalojo en el caso de arrendamientos de viviendas. Veamos acerca del primero, en qué consisten los actos que se dictan con base al procedimiento determinado, y además qué características tienen estos procedimientos.

el análisis como para las conclusiones), que es el de verificar si en la realidad, estos procedimientos cumplen con tutelar el interés general, dentro del contexto de nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a los procedimientos cuasijurisdiccionales llevados por las Inspectorías del Trabajo, analicemos en primer lugar el fin específico que persiguen los actos que se dictan como producto de éstos. Especialmente nos enfocaremos en los relativos la procedencia de los despidos y las reclamaciones por diferencias en las estimaciones de las prestaciones sociales que les corresponden a los trabajadores al finalizar la relación laboral.

Como todo procedimiento cuasijurisdiccional, estos de naturaleza laboral no escapan el hecho de que en ellos subyace un conflicto intersubjetivo entre dos partes, el patrono y el trabajador, siendo la administración ese tercero que actúa como “árbitro” supuestamente imparcial o desinteresado que decide conforme a lo establecido en la ley. Pero más allá de todo eso, nos interesa verificar que efectos o consecuencias producen en la realidad estos actos cuasijurisdiccionales, con la finalidad de verificar si estos cumplen con el mandato de tutelar el interés general.

De los procedimientos cuasijurisdiccionales en materia laboral que hemos señalado –los relativos al despido y reclamaciones por prestaciones sociales– tendríamos que estos culminarían en unos actos que acordasen la autorización para el despido¹⁸⁵ –en el caso de que el patrono sea favorecido en la decisión– o el reenganche del trabajador –en el caso contrario–; y en forma similar, en actos que acordasen el pago del monto en prestaciones sociales alegado por el patrono, o el reclamado por el trabajador. En términos más prácticos, estos actos deciden sobre la situación de un trabajador en particular, en el sentido de si mantendrá su condición de empleado o no, frente su patrono; o en el reconocimiento o no de los montos que hubiese reclamado como

¹⁸⁵ Inamovilidad Artículo 94 de la LOTT: “Los trabajadores y trabajadoras protegidos de inamovilidad no podrán ser despedidos, ni trasladados, ni desmejorados sin una causa justificada la cual deberá ser previamente calificada por el inspector o inspectora del trabajo. El despido, traslado o desmejora de un trabajador o trabajadora protegido de inamovilidad son contrarios a lo previsto en la Constitución y en esta Ley. // El Ejecutivo Nacional podrá ampliar la inamovilidad laboral prevista en esta Ley como medida de protección de los trabajadores y trabajadoras, en el proceso social de trabajo. // La protección de la garantía de inamovilidad de los trabajadores y trabajadoras amparados por ella, se realizará mediante el procedimiento contenido en esta Ley, que es gratuito, accesible, transparente, expedito, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles. El mismo expresa la autoridad del poder popular en materia del trabajo y seguridad social, y sus actos, resoluciones o providencias se ejecutarán efectivamente y no serán objeto de impugnación en vía jurisdiccional, sin previo cumplimiento del acto administrativo”.

justos y procedentes de recibir en pago, una vez finalizada la relación laboral¹⁸⁶.

Ahora bien, lo primero que resalta de estos actos, no es la simple individualización o particularización de éstos, algo que es harto reconocido o definido como actos administrativos de efectos particulares, sino la significación o efectos que parecieran no tener en forma directa con respecto al resto de la ciudadanía. En efecto, cuando hablamos de interés general, y a pesar de ser un concepto jurídico indeterminado con una alta abstracción, de todas formas, no consideramos admisible que sea posible extraerle ese carácter de generalidad, de superación de ese puro interés individual o particular, y por ende de importancia directa para con todos los demás miembros de una sociedad.

Cabe cuestionarse entonces cuál sería la importancia, beneficio o conveniencia que obtendrían en forma directa las personas ajenas a la relación laboral controvertida, cuyo conflicto intersubjetivo sirve de basamento a la iniciación de los procedimientos comentados.

Recuérdese que hemos acogido la postura de que la administración persigue el interés general en forma directa, y por lo tanto los efectos de sus actuaciones deberían poder observarse de forma inmediata para la ciudadanía en general, o al menos para un conjunto de individuos más o menos determinados (personas que habiten en una determinada localidad, municipio, estado o que pertenezcan a algún gremio en particular, por ejemplo).

En el caso de los procedimientos que hemos venido analizando, no vemos esa afectación directa a la generalidad; ni siquiera lo vemos con respecto a un cúmulo determinado de particulares, que en este caso podrían ser los trabajadores en general, por la razón de que no observamos el beneficio, afectación, significación, o mejor dicho, tutela inmediata de algún derecho o necesidad en particular que pudiera recibir otro trabajador (ajeno al conflicto que da nacimiento al procedimiento) en particular. Tampoco vemos que haya efectos para con los trabajadores en general, producto de que otro haya sido reenganchado en su empleo, o por haber recibido éste una justa retribución en sus prestaciones sociales.

Por otra parte, de conformidad a lo que establecimos previamente sobre el contenido o concreción del interés general en nuestro ordenamiento jurí-

¹⁸⁶ Funciones de las Inspectorías del Trabajo: Artículo 507 de la LOTT: “Las Inspectorías del Trabajo tendrán las siguientes funciones: (...) 3. Mediar en la solución de los reclamos individuales de trabajadores y trabajadoras y ordenar el cumplimiento de la ley o la normativa correspondiente cuando se trate de reclamos sobre obligaciones taxativas de la ley (...)”.

dico, este se desenvuelve en un Estado Social de Derecho y de Justicia; y habíamos dicho que, como consecuencia de ello, toda actividad prestacional de la administración dirigida a satisfacer las necesidades sociales más básicas que se desprendan del mismo texto constitucional, a los fines de lograr una igualdad material, y en procura de los sectores más débiles de la población, tutelan en forma directa el interés general.

Bajo esa premisa, no observamos cual sería la prestación que estaría recibiendo un trabajador al obtener una decisión favorable por parte de un Inspector del Trabajo; si bien es cierto que mediante este tipo de actos bien pudiera reconocérsele la titularidad de un derecho que pudiera ser catalogado por la mayoría de la doctrina como un derecho de naturaleza social, ello no implica la recepción o satisfacción directa de una necesidad producto de la implementación de alguna actividad prestacional dirigida a un grupo indeterminado de particulares. Tanto es así, que muchas veces olvidamos que estos procedimientos administrativos tan particulares, pueden resultar en actos que favorezcan al patrono, con lo cual habría que cuestionarse cuál sería la prestación realizada o satisfacción de una necesidad social a un sector débil de la población en esos casos, por muy poco probable que sea su producción en la práctica.

No creemos posible que sea admisible el argumento de que por tratarse los trabajadores (o los inquilinos, por ejemplo) de un sector que muchos afirman debe considerarse como de débiles jurídicos¹⁸⁷ o sector débil de la población, ya automáticamente queda autorizada la administración para llevar procedimientos que resuelvan sobre los conflictos intersubjetivos que surjan de las relaciones entre éstos y los patronos, o los “fuertes” de la relación en cada caso. Afirmar eso equivaldría a aceptar también el establecimiento de órganos administrativos que decidan y lleven procedimientos para tal fin, sobre conflictos entre particulares surgidos de relaciones en las que estén implicados menores de edad, considerados igualmente por la legislación y el pensamiento socio político de nuestro país como débiles jurídicos o de interés social

¹⁸⁷ El argumento o razonamiento del débil jurídico como justificación de este tipo de procedimientos ha sido uno de los más utilizados para su explicación. Así se ha desprendido de la misma jurisprudencia patria, tal y como consta en la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 18-10-1982, mediante la cual se señaló con respecto a los procedimientos relativos al desalojo de viviendas dadas en arrendamiento que: “Se estima que fue para mantener esta posición que históricamente fue sentida, que el procedimiento administrativo estableció una tutela especial del inquilino –débil jurídico en la relación arrendaticia– que protegiera mejor sus derechos e intereses”, citada en Rondón de Sansó: ob. cit., p. 36.

para la colectividad¹⁸⁸, para los cuales no provee nuestra legislación sino órganos jurisdiccionales como los únicos competentes para resolver sobre esos casos.

Aquí cabe destacar lo que al respecto dijera Luis Alberto Petit Guerra sobre los derechos sociales de libertad, los cuales se referirían –a manera de ejemplo– a los derechos de huelga y sindicación en el campo del derecho laboral (y otros muchos más), “para diferenciarlos de los derechos sociales de prestación”¹⁸⁹, para el ejercicio este tipo de derechos basta su consagración mediante ley, por lo que es válido afirmar que la misión igualadora del Estado social se agota en esta instancia o función específica del Estado, así sea en forma mediata o indirecta; mientras que las actividades prestacionales que no buscan resolver conflictos, sí están llamadas a satisfacer en forma directa e inmediata necesidades básicas o de contenido social, a lo cual debiera dar cumplimiento la administración pública, en tanto institución (tal y como la caracteriza José Ignacio Hernández) o conjunto de entes y órganos de la rama ejecutiva del poder público, que están al servicio de los ciudadanos (todos y no de particulares).

Es posible afirmar inclusive, que algunos particulares estarían obligados por ley a satisfacer necesidades sociales mediante actividades prestacionales, en este caso los patronos que están obligados a pagar las debidas prestaciones sociales. Pero ello –reiteramos– se agotaría nuevamente mediante el establecimiento legal de dicha obligación (la actividad prestacional, o por lo menos afín con los fines del Estado Social), y no a través de la resolución de un reclamo intersubjetivo por un incumplimiento en particular hacia un trabajador, llevado por la administración pública, siendo que esto último no puede ser tenido como parte de la actividad prestacional misma.

Similar situación se presenta en el caso de los procedimientos administrativos cuasijurisdiccionales que recaen sobre las solicitudes de desalojo en los casos de arrendamientos de vivienda principalmente. Los efectos de los actos en ese caso sería la autorización o no del desalojo del inmueble. De salir favorecido el arrendatario por la decisión que tome la administración, que sería en estos casos el “débil jurídico”, no vemos que efectos directos tendría eso sobre la colectividad general indeterminada, ni tampoco sobre un relativamente determinado sector o grupo dentro de la sociedad (arrendatarios). Por lo tanto, consideramos que estos actos tampoco logran tutelar en forma di-

¹⁸⁸ Así es en el caso de los niños y adolescentes, quienes cuentan con una especial legislación que los ampara (LOPNNA), y tribunales con competencia especial para conocer de las acciones relacionadas con los derechos de éstos.

¹⁸⁹ Petit Guerra: ob. cit., p. 130.

recta un interés general, menos aún si las decisiones son favorables al arrendador, posibilidad siempre existente, por muy poco que se observe en la práctica.

En cuanto al contenido o sustancia de actividad prestacional que puedan tener los actos producto de estos procedimientos obligatorios en los casos de estos arrendamientos en particular (sobre viviendas), no logramos ubicar tampoco cual sería la satisfacción de la necesidad básica que estaría recibiendo particular alguno con la culminación de éstos o por efectos de los actos que se dictan en razón de los mismos. Dicho de otra manera, no concebimos que el favorecer a un arrendatario mediante estos procedimientos, sea equiparable a satisfacer la necesidad social de una vivienda, por cuanto en definitiva nunca se le estará reconociendo la titularidad sobre inmueble alguno, o recibiendo alguna otra prestación similar.

A pesar de que el derecho a la vivienda –cuya importancia es la que se ha tratado de utilizar como justificación para la intervención del poder público en muchísimas modalidades– ha sido catalogado como uno de contenido social¹⁹⁰, la administración pública enmarcada en los fines de un Estado social, debe procurar la satisfacción de éste a través de las tantas veces mencionadas actividades prestacionales, que se traducirían en estos casos en la construcción y entrega de viviendas accesibles a los sectores de la población con menos recursos, ya sea mediante la gestión económica directa de empresas públicas constituidas para tales efectos, o bien por medio de la clásica actividad de fomento. En esos casos sí nos encontraríamos innegablemente con la satisfacción directa e inmediata de una necesidad, y por ende se cumpliría con la tutela del interés general en el marco de un Estado social.

Pasemos ahora a verificar este punto en algunos otros de los procedimientos cuasijurisdiccionales mencionados en la primera parte del trabajo, con la advertencia de que ya en estos el carácter jurisdiccional se encuentra quizás un poco menos claro que en los dos recién señalados.

Otro de los procedimientos cuasijurisdiccionales mencionados por la doctrina, es el de las llamadas oposiciones a los registros de marcas. En esos casos –y aunque el conflicto no es tan evidente, por representar ésta una posibilidad y no la razón como tal de la iniciación del procedimiento– se le ha

¹⁹⁰ Artículo 82 CRBV (contenido en el Título III: Derechos sociales): “Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y el Estado en todos sus ámbitos. // El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas”.

identificado el elemento cuasijurisdiccional por la razón de que nuevamente la administración estaría decidiendo entre dos pretensiones particulares contrarias. En efecto, al presentarse una oposición a la solicitud del registro de determinada marca, el solicitante original es obligado por ley a contestarla, como si de la contestación de una demanda en un juicio ordinario se tratase.

Curiosamente, una norma de más reciente data¹⁹¹ que la Ley de Propiedad Industrial, aplicable a los registros marcarios y que tuvo vigencia en nuestro ordenamiento hasta hace algunos años, había eliminado ese requerimiento de contestar las oposiciones de los terceros, lo cual creemos correcto y cónsono con la naturaleza verdadera de un procedimiento administrativo. En efecto, en estos casos el solicitante no debería estar obligado a contestar objeciones o reclamaciones de terceros, so pena de que ello sea considerado como un desistimiento o falta de interés que conlleve una decisión denegatoria de su solicitud, sino únicamente a cumplir con los requerimientos de ley, siempre manteniendo su derecho a la defensa.

Desafortunadamente, con la derogación de la comentada normativa vigente durante el tiempo en que Venezuela formó parte de la Comunidad Andina, las disposiciones de la Ley de Propiedad Industrial recobraron su total vigencia, y con ello estos procedimientos volvieron a reafirmar su carácter cuasijurisdiccional. Pero con respecto a lo que nos ocupa sobre la tutela o no del interés general, los actos de registros de marcas, ya sea que se hayan presentado oposiciones o no, y a pesar del carácter semi jurisdiccional de la necesidad de que los solicitantes contesten, o que incluso los opositores ratifiquen¹⁹² su interés en hacerlo en algunas ocasiones, siguen persiguiendo a todo evento su finalidad muy particular, que es la de proteger la propiedad intelectual, y a la colectividad en general, específicamente con respecto al objetivo de proveer la certeza y confianza sobre las marcas comerciales existentes en nuestro país. En consecuencia, nos encontramos aquí con que un particular agregado del procedimiento ha hecho que parte de la doctrina lo considere como “cuasijurisdiccional”, pero ello no obsta para que los actos administrativos que se dictan en su razón mantengan su cualidad de tutelar el interés general.

¹⁹¹ Decisiones 344 y 486 dictadas por la Comisión de la Comunidad Andina sobre el Régimen Común de Propiedad Industrial.

¹⁹² Tal y como consta en uno de varios Anuncios Oficiales emitidos por Registrador de la Propiedad Industrial, publicados en el Boletín de la Propiedad Industrial que emite el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI): http://sapi.gob.ve/wp-content/uploads/2016/09/Avisooficial_otro.pdf

De entre los procedimientos que comentamos, está también aquel que establecía la legislación de protección al consumidor sobre las fases o procedimientos conciliatorios en los casos de denuncias de particulares. Creemos importante comentarlos, ya que a pesar de que la disposición que los consagraba de forma expresa fue derogada por la legislación vigente, hemos observado que en la práctica (sin formalidad alguna), algunos funcionarios siguen tratando de lograr la conciliación entre el denunciante y el particular prestador del servicio, o comercializador de los bienes objeto de la denuncia.

Sobre estos procedimientos, nuevamente no vemos como sus resultados lograrían tutelar el interés general de una forma inmediata y directa. Podría alguien alegar que procurar la mediación entre denunciante y denunciado, lograría quizás un efecto disuasorio similar al de una sanción administrativa, en lo que respecta al objetivo de lograr que se reduzcan las prácticas prohibidas por la ley. Siendo ello así, muchos concluirán en que la tutela directa del interés general se lograría en ambos casos.

Al respecto, creemos que es conveniente mantener una postura tal vez conservadora, pero más apegada a lo que consideramos son los fines de la administración pública. La conciliación en principio parece una forma flexible y no tan necesariamente imbricada con la noción de un procedimiento jurisdiccional, aun tomando en cuenta el conflicto intersubjetivo subyacente. No obstante, estas conciliaciones resultan directamente en la satisfacción de la petición de un individuo en particular, y no en la sanción de la supuesta práctica o actividad prohibida, lo cual sí indudablemente reprimiría eficazmente la situación no deseada y atentatoria contra el interés general, de una forma mucho más directa y concreta con respecto a la colectividad en general, sin mencionar que refuerza la vigencia y validez de la norma que establece dicha sanción. Similares apreciaciones recaerían sobre los procedimientos conciliatorios observables en otras recientes legislaciones, como lo es en materia de seguros.

No solo las denuncias por presuntas violaciones de normas o leyes de protección al consumidor han sido estudiadas por contener procedimientos de aspecto cuasijurisdiccional. También hicimos breve mención a las normas de protección de la libre competencia, cuyos procedimientos de denuncia de prácticas prohibidas han devenido algunas veces en procedimientos cuasijurisdiccionales, pero no por el acto que en definitiva debiera dictarse, el cual sería la sanción administrativa correspondiente y prohibición de la práctica u operación prohibida (lo cual innegablemente resultaría en tutelar el interés general de forma directa, por cuanto el mercado y todos los ciudadanos consumidores o usuarios de servicios en general, se benefician de la ausencia de prácticas atentatorias contra la libre competencia), sino, y de nuevo, por las

características propias de los procedimientos que se han llevado en estos casos, que a veces se han equiparado más a un juicio, que a un procedimiento administrativo como tal.

Ilustrativo es el caso que ya citamos anteriormente, referente a la llamada “guerra de las colas”, en el cual se pudo observar contestaciones y demás actos propios de un litigio ordinario. Sobre ese caso, Gustavo Linares Benzo¹⁹³ llegaría a afirmar que dicho procedimiento iniciado por la denuncia de una de las partes se fue convirtiendo más en un debate sobre los compromisos u obligaciones previamente adquiridos entre las partes en conflicto que, en la verificación de la presunta violación de las normas de protección a la libre competencia, situación ésta última que es la única para lo que la administración pública sería competente en estos casos, por representar la tutela directa del interés general. Es por ello que creemos que en estos casos no nos encontramos con verdaderos procedimientos cuasijurisdiccionales.

Lo que sucede es que en ciertas ocasiones el desarrollo de estos procedimientos de denuncia de un particular sobre las presuntas violaciones a la ley en las que estarían incurso otros, crean un conflicto intersubjetivo entre ambas partes, llegando la administración a comportarse como un “arbitro” entre ambas, lo cual –con base a la línea argumental que hemos venido llevando– no cumple con tutelar en forma directa el interés general en el ordenamiento jurídico venezolano, ni siquiera bajo el contexto de un Estado social.

C. El procedimiento administrativo y la tutela del interés general

De lo anterior, surge la cuestión de que del carácter de cuasijurisdiccional, no se agote necesariamente su análisis en la situación de un conflicto intersubjetivo subyacente, o en la sustancia del acto que se dicte para resolver dicho conflicto, sino que se requiere también volver sobre las características propias que la doctrina ha establecido sobre los procedimientos administrativos y su razón de ser, con base a ese tantas veces mencionado fin de amparar el interés general. Lo que se quiere confirmar aquí, es si esas características tan distintivas de los procedimientos administrativos son compatibles o no con la resolución de tales conflictos.

La teoría general de los procedimientos administrativos nos explica cuáles son los conceptos, elementos y principios que informan los procedimientos administrativos en el ordenamiento jurídico venezolano. En otras palabras, nos da luces sobre la esencia de éstos, de tal manera que podamos diferenciarlos de los otros tantos que establece nuestro ordenamiento, con el objeto no

¹⁹³ Linares Benzo: ob. cit.

solo de salvaguardar los principios generales de aquél, al igual que los derechos de los particulares, sino también para procurar que la actuación de la administración pública sea la más eficaz y eficiente posible, de cara a los fines del Estado que ésta está llamada a cumplir de una forma más directa e inmediata que cualquier otra rama o manifestación del poder público en que se pueda pensar.

De esa teoría general, son dos principios o caracteres esencialísimos al procedimiento administrativo que resaltan con respecto al elemento central del interés general. Estos son –en nuestro criterio– el principio de flexibilidad y no preclusión¹⁹⁴ y el principio de impulso (por la administración), entre otros que la doctrina ha señalado como distintivos de este tipo de procedimientos¹⁹⁵.

El Principio de flexibilidad junto con su correlativo carácter de no preclusividad¹⁹⁶, es quizás el que más se desmarca o diferencia a los procedimientos administrativos de los procedimientos jurisdiccionales. Pudiera decirse que aquel consiste básicamente en que los procedimientos administrativos no debieran de contener lapsos preclusivos de impretermitible y obligatorio cumplimiento, cuyo vencimiento convirtiese en absolutamente extemporánea y a todo evento desestimada cualquier tipo de actuación que estuviese en principio llamada a cumplirse dentro de un lapso o fase determinada, pero que en la práctica se hubiese cumplido o llevado a cabo en otro momento; lo anterior ya sea producto de la prórroga de algún lapso libremente concedida por la administración, o debido a la importancia de que determinadas actuaciones

¹⁹⁴ Principio este cardinal en lo que respecta al Procedimiento administrativo consagrada por nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto véase Allan Brewer-Carías: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos Principios del Procedimiento Administrativo*. Colección Estudios Jurídicos No. 16. Novena Edición. EJV, Caracas, 2010. pp. 251-252.

¹⁹⁵ Otros de los principios que rigen al Procedimiento Administrativo, generalmente afirmados por la doctrina y jurisprudencia son el principio inquisitivo, de obligatoriedad, de orden público, entre otros; y lo que se derivan directamente de lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad (Art. 30 LOPA). Al respecto véase: Allan Brewer-Carías, Hildegard Rondón de Sansó, Gustavo Urdaneta Troconis y José Ignacio Hernández: *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y Legislación Complementaria: Introducción, Estudio Preliminar, Guía de Lectura, Sistemática General e Índice Alfabético*. Colección Estudios Legislativos No. 1, 16va Edición. EJV, Caracas, 2015. Allan Brewer-Carías: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos Principios del Procedimiento Administrativo*. Colección Estudios Jurídicos No. 16. Novena Edición. EJV, Caracas, 2010. José Araujo Juárez: *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*. Caracas. Vadell Hermanos Editores 1993.

¹⁹⁶ Al respecto, el autor José Araujo Juárez señala lo siguiente: “podemos señalar que el procedimiento administrativo es esencialmente un medio de acción de la Administración Pública, la LOPA atempera el rigor del principio de actuación formal, a tal punto que puede afirmarse la existencia de un principio de flexibilidad (por ejemplo: el principio de no preclusividad y adaptabilidad de fases, la convalidación, etc.)”. Araujo Juárez: ob. cit., p. 68.

puedan siempre ser tomadas en cuenta en cualquier fase del *iter* procedimental, para así lograr los fines que se deben conseguir al llevar determinado procedimiento, dicho de otra manera, los fines del acto que se dictaría en razón de éste.

En efecto, como quiera que en los procedimientos administrativos no existen verdaderas partes –en el sentido jurisdiccional– y no así al menos en lo que a la relación particular-administración se entiende; los lapsos y fases de éstos deben considerarse flexibles y no preclusivos, en el sentido de que la administración tiene la potestad de admitir y considerar la realización de algunas actividades requeridas en ciertos lapsos legalmente establecidos, durante otras fases del procedimiento, e inclusive conceder libremente prórrogas a los particulares para el cumplimiento de requerimientos y cargas en cabeza de éstos, que de conformidad a las disposiciones legales aplicables del caso en concreto deban cumplirse dentro de un lapso determinado, sin requerir que una ley especial lo permita¹⁹⁷.

Tal situación no podría ser nunca asimilable en el caso de los procedimientos jurisdiccionales, en razón de que en éstos sí existen verdaderas partes, por lo que los lapsos del procedimiento jurisdiccional son estrictamente preclusivos, y no podría permitirse que una parte pueda ejercer su defensa y alegatos fuera de los lapsos legalmente establecidos y correspondientes a cada fase del proceso, cuando la otra si lo hubiere hecho, o menos aún podría el juez acordar la prórroga de una fase por solicitud de la parte que hubiere faltado en actuar debidamente dentro del lapso correspondiente, con la excepción de que ambas partes así lo acordasen, de acuerdo con el principio dispositivo que rige en los procedimientos jurisdiccionales¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Una de las maneras en las que creemos se refleja este principio que consideramos de flexibilidad, dentro del principio de formalidad del Procedimiento Administrativo, es mediante el ejercicio del derecho de petición y su correlativo a una oportuna y adecuada respuesta, garantizado tanto por el texto constitucional (Art. 51 CRBV) como por la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos (Art. 2). En efecto, mediante este derecho, las particulares pueden instar o solicitar a la administración para que les otorgue prórrogas de lapsos o la realización de cualquier actuación adicional, cuyos supuestos y procedencia no necesariamente deben estar previamente establecidos o determinados en texto legal alguno, como si lo sería -con toda lógica- en el caso de los procedimientos jurisdiccionales. Para un estudio detallado de este derecho en Venezuela, véase: José Rafael Belandria García: *El Derecho de Petición en España y Venezuela*. Fundación De Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2013.

¹⁹⁸ Sobre el principio dispositivo que acoge nuestra legislación procesal se afirma que: “Los litigantes disponen libremente del proceso mediante los actos de autocomposición procesal (desistimiento, convenio, transacción). El acuerdo de los litigantes -característico en los procesos arbitrales- impide al juez o magistrado tomar providencias que lo contradigan: *ubi*

Quizás una de las figuras legales mediante las cuales se puede apreciar más la vigencia de este principio, es la de la perención. Establecida en el artículo 64 de la Ley Orgánica de los Procedimientos Administrativos, la perención de un procedimiento iniciado a instancia de parte opera cuando éste se encuentra paralizado por causa imputable al solicitante, es decir, en el caso de habersele requerido el cumplimiento de alguna actuación específica o carga a éste. De no verificarse el cumplimiento dentro del lapso que le hubiese sido requerido originalmente, la administración notifica al particular para que cumpla con lo exigido, y de no ser así, operaría la perención del procedimiento. De ahí que la perención no opera de manera automática en el momento que un particular incumple con cierta exigencia dentro del lapso procedimental establecido para ello, sino que la administración deberá notificarle de tal situación, y será a partir de ese preciso momento en que comienza a correr el lapso del artículo 64 de dos meses, para que proceda la declaratoria de perención.

Así pues, se denota en la figura recién comentada, la flexibilidad en torno a los lapsos y actuaciones que deben cumplirse dentro de éstos o por requerimiento de la misma administración, para lo cual no aplican disposiciones restrictivas que persigan la estricta imparcialidad e igualdad entre unas partes que se encuentren en litigio o con intereses claramente contrapuestos. Muy muy por el contrario, lo que se persigue es lograr el fin que establece determinada ley para cada caso en concreto, con lo cual, en teoría, tanto el particular como la administración persiguen este mismo fin que –en definitiva– comprende la tutela del interés general, en tanto actividad enmarcada como función administrativa.

El principio de obligatoriedad o deber de impulsar en cabeza de la administración es –como mencionamos– otro de los más importantes en torno a la imbricación de la noción de interés general en los procedimientos administrativos en Venezuela. Este principio significa que la administración debe impulsar el procedimiento administrativo en todas sus fases, nótese que, de forma obligatoria y no optativa, para así llevarlo a buen término, produciendo el respectivo acto administrativo.

Este principio aplica inclusive en los casos de los procedimientos iniciados a instancia de parte; y tanto es así, que de desistir o perder el interés el particular que haya solicitado la iniciación del procedimiento, la administra-

partes sunt concordēs, nihil ab iudicem.” Ricardo Henríquez La Roche en *Instituciones del Derecho Procesal*. Segunda Edición ampliada. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela, Caracas, 2010, p. 106.

ción cuenta con la potestad de poder continuarlo por razones de orden público¹⁹⁹. La obligación de impulsar el procedimiento se hace aún más notoria en los procedimientos iniciados de oficio.

La necesidad de impulsar los procedimientos viene relacionada con la noción de las instituciones de la potestad y la competencia, vitales en los estudios del derecho administrativo. Bien es sabido que la potestad y competencia, a diferencia de la capacidad en el derecho privado, no son de un carácter optativo. Al ser establecidas por ley, le imprimen un carácter de obligatoriedad y no relajamiento o desistimiento en su ejecución o implementación de parte de las entidades a las que se les ha otorgado.

Por ello, toda vez que un determinado ente u órgano solo puede llevar los procedimientos administrativos para los cuales es competente y tiene la potestad de iniciarlos, o de continuarlos en el caso de aquellos que son iniciados a instancia de parte, al mismo tiempo está obligado a terminarlos²⁰⁰ o finalizarlos, para lo cual debe imprimirles todo el impulso que sea necesario u obligatorio, de conformidad con la ley.

Ahora bien, cabe preguntarse cómo estos principios se reflejan en la práctica de los llamados procedimientos cuasijurisdiccionales, pero antes, y ateniéndonos al objeto principal de este trabajo, resaltaremos como aquellos tienen su razón de ser también en la procura del interés general.

Se ha dicho en reiteradas oportunidades que la administración no actúa en interés propio o del poder público²⁰¹ y ello es perfectamente así, en el sentido de que no actúa por un interés particularizado, circunscrito a un sector de la sociedad o estructura de poder alguna en momento determinado, sino –como tantas veces lo hemos señalado ya– por el interés general. Esto implica, en pocas palabras que, a diferencia del juez, la administración no está para decir el derecho únicamente y aplicar las disposiciones legales en cada caso en concreto de forma automática. También deberá decidir conforme al fin implícito de la ley que le otorgó la competencia para decidir y dictar el respectivo

¹⁹⁹ Artículo 66 LOPA: “No obstante el desistimiento o perención, la administración podrá continuar la tramitación del procedimiento, si razones de interés público lo justifican”.

²⁰⁰ No solo por lo que impone el principio de orden público, el carácter obligacional de las potestades y las competencias que impregnan a la actividad administrativa (principio de obligatoriedad, deber de tramitar establecido en el artículo 53 LOPA), sino también a los fines de dar cumplimiento al derecho de petición, a través de una respuesta oportuna y adecuada.

²⁰¹ Aunque, algún sector de la Doctrina sí lo considera así, como es el caso de la profesora y ex Magistrada Hildegard Rondón de Sansó: “El concepto del Derecho Administrativo en Venezuela y de las administraciones públicas” en *100 Años de la Enseñanza Del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, t. I, UCV y FUNEDA, Caracas, 2011, p. 356.

acto. Este fin implícito en cada ley, es la tutela del interés general, por supuesto enmarcado dentro del contexto de la determinada área de regulación que le corresponda.

Toda vez que la administración actúa con base a ese interés general, los procedimientos que ella lleva rompen con ese carácter de imparcialidad absoluta, que se abstrae de toda intencionalidad y persigue solo la verificación del encuadramiento en los supuestos de hecho de una ley. Al haber ese interés, la administración no debe ser incólume o de una formalidad absoluta en su actuación, aplicando estrictamente y sin excepción alguna, las disposiciones relativas a las fases y lapsos de los procedimientos, hacia al interesado o particular; en cambio debe en cierta forma acompañarlo a través del procedimiento en cuestión, con la finalidad de no solamente cumplir objetivamente con las disposiciones expresas de la ley, sino también con los fines implícitos en ésta, que son los fines que el Estado le ha encomendado a cumplir, los cuales son del interés general de toda la colectividad y, por tanto, no ajenos al particular individualizable en cada procedimiento. De ahí el carácter flexible y no preclusivo de los procedimientos administrativos que hemos venido resaltando.

Similar explicación merece el principio de impulso. Debido al interés que motiva las actuaciones de la administración pública, es lógico que ésta deba ejercer sin relajo alguno todo el impulso procedimental que sea necesario a los fines de que se produzca el respectivo acto administrativo. Por ello, no es admisible hacer depender exclusivamente del particular, la continuación y terminación de los procedimientos administrativos, inclusive en los casos en que éstos hayan sido iniciados a instancia de parte.

Todo ello evidencia claramente que la administración no es en absoluto un sujeto desinteresado, que actúa de forma inercial de acuerdo a las actuaciones de los particulares. La administración pública es un sujeto que cuenta con total intencionalidad en la prosecución de los procedimientos administrativos, y es de su máximo interés que estos lleguen a su término, de conformidad por supuesto con la ley (principio de legalidad) y actuando objetivamente en función del interés general que le corresponde tutelar.

Llegados a este punto, nos toca ahora constatar si estos principios se toman en cuenta cuando se llevan a cabo estos llamados procedimientos cuasijurisdiccionales. A pesar de que las leyes y normas que los establecen no disponen expresamente la obligación de llevar un procedimiento del tipo dispositivo, propio de nuestro Código de Procedimiento Civil²⁰², de todas formas,

²⁰² Publicado en Gaceta Oficial Extraordinario del 18-09-1990. El principio dispositivo se desprende de –entre otros– del artículo 12, el cual reza así: “Los jueces tendrán por parte de sus

aún podemos encontrar algunos aspectos que sí pertenecen a ese ámbito. Esto se evidencia sobre todo en los procedimientos de este tipo, cuando las disposiciones que los establecen demandan de las partes, las alegaciones y pruebas debidas dentro de determinados lapsos de naturaleza preclusiva, en el marco de una controversia, dejando de lado a la administración –en principio y aparentemente– como un mero arbitro con respecto a ésta.

Es este tipo de disposiciones las que un principio dieron nacimiento al concepto de “cuasijurisdiccional” por representar esa mixtura entre procedimiento administrativo y jurisdiccional, que no llega ser en definitiva ninguna de las dos; no obstante que, bajo nuestro criterio, la cualidad de administrativo mantiene su preponderancia por cuanto son dictados por órganos o entes pertenecientes a la administración pública.

Más recientemente, es en la práctica que hemos venido observando, como estos procedimientos se han venido “judicializando” o “jurisdiccionalizando” cada vez más. En efecto, es normal oír hablar a los funcionarios competentes que las oficinas a sus cargos están “dando despacho”, término que hace referencia a los días en que los órganos jurisdiccionales –juzgados o tribunales– no solamente reciben actuaciones de las partes y atienden al público, sino que también se cuentan a efectos del transcurso y cómputo de los lapsos y términos legales correspondientes. En forma similar, los mismos funcionarios utilizan otro término de indudable origen judicial, como es el de las llamadas “diligencias” cuando se refieren a comunicaciones, solicitudes o actuaciones por escrito de cualquier índole, consignadas por los particulares en cualquier fase de estos procedimientos, como si de juicios se tratase.

Aunado a todo lo anterior, y aunque en menor proporción, no es poco común encontrarse con la opinión de funcionarios que comparan –por ejemplo– la actividad del inspector del trabajo con la de un juez, cuando se trata de estos procedimientos. Otro aspecto que se presenta muchísimo en la práctica y que es totalmente contrario a uno de los principios que hemos resaltado, es aquel de los funcionarios dejando en manos de los particulares el impulso del procedimiento en alguna de sus fases, casi que dejando a disposición total

actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados, El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. // En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe” (subrayado nuestro).

de estos la paralización o continuación de éste; esto se observa particularmente en los casos de los procedimientos relativos al desalojo de viviendas dadas en arrendamiento, lo cual sería lógicamente aceptado en los procedimientos jurisdiccionales llevados en sede judicial, pero nunca en el ámbito de un procedimiento administrativo.

Pero la problemática no se agota en las recién mencionadas apreciaciones. Pasa que, con estos procedimientos, sigue latente la verdadera esencia y formas de actuación de la función administrativa. Es por ello que a veces en la práctica observamos también situaciones en las que ésta latente posibilidad resurge y choca con la aparente “cuasijurisdiccionalidad” que la mayoría de las veces impera, como consecuencia tanto de las mismas disposiciones legales, como de las actuaciones de los funcionarios competentes, dando lugar a situaciones en las que las partes deciden transar y llegar a acuerdos que obviamente modifican las pretensiones iniciales, pero el funcionario decisor –supuestamente tercero imparcial– impide que estas actuaciones se formalicen y den lugar a la terminación del procedimiento, alegando razones de “orden público”. Lo que cabría afirmar, o mejor dicho cuestionarse en esos casos, es cómo pueden los funcionarios alegar el impedimento para que las partes acuerden transacciones, si no hay razones de interés general de por medio tal y como lo hemos demostrado en casi todos estos procedimientos.

De ahí la problemática que se produce cuando a aquellos que han sido llamados originalmente a ejercer la función administrativa, se les ha encomendado al mismo tiempo ejercer funciones jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales, las cuales en esencia no tutelan los mismos intereses y de la misma forma. Una de las consecuencias de esto, es la de que al final se pudiera complicar y dificultar la satisfacción de las pretensiones de una o de ambas partes, en lugar de servir como una vía más expedita y sencilla para la obtención de éstas²⁰³.

Así pues, en vista de las consideraciones expuestas, somos de la postura que de los llamados procedimientos cuasijurisdiccionales que hemos analizado, no se desprende la protección o procura directa del interés general en lo que a la sustancia o efectos de los actos que se dictan en razón de estos procedimientos se refiere (con la excepción del procedimiento de registro de marcas, y lo que establece la legislación de protección a la libre competencia,

²⁰³ Hildegard Rondón de Sansón menciona a esta razón como una de las justificaciones de creación de estos procedimientos, señalando que “el legislador siempre ha creído que crear procedimientos administrativos contradictorios, sustitutivos de la vía judicial, haría más expedita la solución del conflicto que en ellos se debate y, al mismo tiempo flexibilizaría el trámite, lo cual se corresponde con la naturaleza de orden público que todas las instituciones sometidas a tal régimen poseen”. Rondón de Sansó: ob. cit., p. 6.

en el caso de que el procedimiento se hubiese llevado correctamente y ajustado con los fines de interés general). Tampoco pareciera desprenderse dicha tutela, de la esencia del iter procedimental que se implementa, tanto por las disposiciones de la norma o legislación que los consagra, como de la actuación de los funcionarios que los llevan en la práctica, la mayoría de las veces en contravención de los principios del procedimiento administrativo.

Creemos que la pretendida finalidad de tutelar el interés general en los procedimientos cuasijurisdiccionales, es solo eso, una pretensión, mas no una situación que se pueda verificar en la realidad, de cara con la noción de interés general implícita en nuestro ordenamiento jurídico, menos aun cuando –así lo entendemos– la administración pública debe cumplir con la referida finalidad en forma directa exclusivamente.

D. Una excepción: el procedimiento arbitral establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

Ante este escenario, no queremos dejar de mencionar un procedimiento arbitral en particular, que sí creemos apunta a proteger o satisfacer el interés general de una manera directa e inmediata, muy a pesar de que a primera vista es observable una aparente situación de posiciones contrapuestas entre dos particulares. Este procedimiento en particular se encuentra establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones²⁰⁴, y se trata de un procedimiento mediante el cual la administración actúa como árbitro entre dos particulares –prestadores de servicios de telecomunicaciones– en el supuesto de que estos no lleguen a un acuerdo para el establecimiento de la llamada relación de “interconexión”²⁰⁵ necesaria para la eficaz y eficiente implementación de los servicios de telecomunicación que estas proveen.

²⁰⁴ Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en Gaceta Oficial N° 39.610 del 07-02-2011. La disposición comentada se encuentra consagrada en el artículo 132: “Las partes fijarán de común acuerdo los cargos de interconexión en los contratos que al efecto celebren, orientándolos a costos que incluyan un margen de beneficio razonable. Cuando las partes no logren acuerdo en el plazo previsto para ello, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dispondrá de un lapso no mayor de treinta días continuos prorrogables por igual tiempo, para ordenar que se haga efectiva la interconexión solicitada, y establecer las condiciones técnicas y económicas de la misma. // La actuación de dicha Comisión, en este caso, deberá ser la estrictamente necesaria para proteger los intereses de los usuarios y se realizará de oficio, o a instancia de ambos interesados o de uno de ellos y su decisión será dictada previa audiencia de las partes afectadas”.

²⁰⁵ Según Víctor Rafael Hernández-Mendible, “el término interconexión suele significar diferentes cosas para diferentes personas, pero fundamentalmente significa la unión física de dos redes para el mutuo intercambio del tráfico”. Luego, el mismo autor cita la definición que

Nos encontramos aquí con un caso en particular en el cual la administración, si bien es cierto actúa de árbitro entre dos particulares con pretensiones en principio contrapuestas o en desacuerdo, la solución que ésta resuelva dictar sí tendría efectos que cumplen con la tutela directa del interés general, debido a que el propósito aquí sería aquél de asegurar el buen funcionamiento de un servicio con marcado interés general como lo es el de las telecomunicaciones²⁰⁶, y no la protección o satisfacción directa del interés subjetivo de ninguno de los particulares involucrados, obviamente sin perjuicio de los derechos y garantías que a cada uno le correspondería, incluyendo la garantía a un debido proceso.

En otras palabras, cuando la administración pública acelera la solución o solventa las diferencias que puedan existir entre dos particulares, siempre y cuando de ello dependa la correcta y eficiente prestación de un servicio o actividad de marcado interés general; el acto administrativo que resulta de ese procedimiento de mediación o de arbitraje, indudablemente producirá efectos inmediatos con respecto a todos los ciudadanos o colectividad en general que fungen como beneficiarios o usuarios del servicio en cuestión. Se verifica entonces, la necesidad de preservar el interés general, con independencia de los intereses que puedan tener los particulares.

establece el Reglamento de Interconexión (Publicado en Gaceta Oficial Extraordinario N° 3.275 del 29-01-1999) en su Artículo 2: “es la conexión, a través de medios físicos o inalámbricos, de equipos, redes y sistemas entre operadores que tiene por objeto, que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones prestados por un operador puedan comunicarse con los usuarios de servicios de telecomunicaciones prestados por otro operador”. Víctor Rafael Hernández-Medible: *Telecomunicaciones, Regulación y Competencia*, EJV y FUNEDA, Caracas, 2009, p. 442.

²⁰⁶ Lo cual se desprende inequívocamente del artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual reza así: “Se declaran como de servicio e interés público el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios de telecomunicaciones, entre ellos radio, televisión y producción nacional audiovisual, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa, concesión o permiso, de ser necesario, en los casos y condiciones que establece esta Ley, sus reglamentos y las condiciones generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. // En su condición de servicio e interés público, las actividades y servicios de telecomunicaciones, entre ellos radio, televisión y producción nacional audiovisual, podrán someterse a parámetros de calidad y metas especiales de cobertura mínima uniforme, así como a la prestación de servicios bajo condiciones preferenciales de acceso y precios a escuelas, universidades, bibliotecas y centros asistenciales de carácter público. Así mismo, por su condición de servicio e interés público el contenido de las transmisiones o comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones entre ellos radio, televisión y producción nacional audiovisual podrán someterse a las limitaciones y restricciones que por razones de interés público establezca la ley y la Constitución de la República”.

Un aspecto importante que resalta en toda la línea argumental que hemos manejado, es el del interés general, como interés que hace suyo la administración pública. Una de las consecuencias de esto, es que ésta actúa no como un sujeto desprovisto completamente de intencionalidad o como mero operador –sin más– de lo que establezca la ley. Tal y como se puede inferir del procedimiento arbitral establecido para asegurar la interconexión entre las empresas prestadoras de servicios de telefonía móvil, la administración actúa para la consecución de los fines de interés general que establece todo nuestro ordenamiento jurídico, y de éste se desprende que ello incluye no única y exclusivamente lo que establezca expresamente la norma legal que la hace competente para actuar en determinados momentos y supuestos, sino que también es admisible tomar en cuenta, el momento histórico, sociológico y político del momento, lo cual viene de la mano con la noción de potestad discrecional de la administración²⁰⁷, y el origen democrático, a través del sufragio, de los funcionarios a cargo de ésta, hecho éste que legitima a toda esa institucionalidad a actuar de esa forma. Pasemos a explorar en forma breve ese otro particular aspecto que imprime la noción de interés general en la función administrativa.

5. La parcialidad de la Administración Pública: su ineludible carácter político, ante la posición de tercero “imparcial” del juez

En lo que a la teoría general y principios que rigen los procedimientos administrativos respecta, la doctrina venezolana ha señalado de entre estos, al de imparcialidad y objetividad; precitados principios que aplican también en cierta forma a los procedimientos jurisdiccionales, y a la teoría general del proceso. Ello es lógico, por cuanto todos los principios y garantías que giran en torno al derecho al debido proceso –consagrado expresamente en la Constitución– deben ser tomados en cuenta para el desarrollo de cualquier procedimiento o actuación del poder público que se relacione o afecte la esfera jurídica de los particulares.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe olvidarse tampoco que cada rama del poder público nacional tiene su razón de ser, además de orígenes político-jurídicos distintos, en lo que a las autoridades o miembros que las conforman se refiere. Esas diferencias van matizando algunos de esos principios y garantías relacionadas al debido proceso, de tal manera que la imparcialidad en un tipo de procedimiento en particular no podría considerarse absolutamente

²⁰⁷ Dicha potestad discrecional, o quizás dicho de una mejor manera, el elemento discrecional de la potestad administrativa se basa generalmente en los llamados criterios de oportunidad y conveniencia, los cuales comprenden únicamente la apreciación y valoración subjetiva de la administración, y no podrían en principio ser controlados por el Juez Contencioso Administrativo, salvo que se verifique un vicio de desviación de poder.

idéntica en procedimientos de distinta categoría, llevados por distintas autoridades que además ejercen sus funciones con un enfoque también diferenciado.

Toda actuación del poder público persigue un interés general, de otra forma no se entiende lógicamente el objeto y razón de ser del poder público, y del entramado jurídico que formaliza esas actuaciones, mucho más riguroso y formalizado que el actuar de los individuos físicos y personas morales. Pero la dinámica histórica y el devenir o desarrollo político de los pueblos, ha dictaminado que, con la finalidad de reducir la arbitrariedad, asegurar el imperio de la ley, y en definitiva equilibrar y controlar el poder tan inmenso que supone el ejercicio de gobernar, se haya implantado la necesidad de acoger el principio de la separación de poderes; acompañado ese devenir con el establecimiento en los pueblos del origen democrático de las personas llamadas a cumplir ciertos fines estatales, una vez que fueron superados los modelos monárquicos absolutos en occidente.

El principio de separación orgánica de las ramas del poder público, refleja entonces como a cada una de esas ramas no solo se le adjudican determinadas funciones, sino que también sus funcionarios poseen orígenes distintos, de conformidad y para que sean los más ajustados posibles para el ejercicio de esas funciones.

Así, en el caso de las ramas legislativa y ejecutiva, quienes están llamados a la redacción de las normas o reglas que regirán una sociedad, y para ejecutar esas normas, administrar los recursos que se requieran para ello y así poder lograr los fines públicos que de éstas deriven, respectivamente, tenemos que sus autoridades resultan del sufragio, y por ello son legítimos representantes de la voluntad popular, políticamente autorizados para ejercer esas funciones en representación de la colectividad en general.

En cambio, en el caso de la rama judicial, sus autoridades no son electas o designadas por sufragio, ya que lógicamente su función no es la de dictaminar las normas ni las formas en cómo han de administrarse los recursos para lograr los fines implícitos en ellas; estas autoridades –los jueces– deben estar calificadas y contar con la debida experticia para reafirmar la validez y vigencia de esas normas entre los particulares y también frente al resto del poder público, declarando lo que sea legal y anulando lo que no sea en cada caso, a la vez haciendo ejecutar las pretensiones con asidero legal. Por lo tanto, podemos decir que los jueces actúan única y exclusivamente conforme a lo que dictamine la ley, son los primeros, más importantes y objetivos garantizados de su validez y vigencia, y los órganos a su cargo –los jurisdiccionales– los únicos (en principio) autorizados a conceder la titularidad y correspondiente

ejecución²⁰⁸ a las pretensiones de los particulares cuyo basamento sea de conformidad a la ley.

Lógicamente, conforme a esa función, los jueces están obligados a actuar con total imparcialidad y objetividad, ya que de otra manera no estarían haciendo valer el contenido de la respectiva ley. No otra motivación que esa debe regir en sus actuaciones; de ello se desprenden todos los principios procesales²⁰⁹ que nuestra doctrina y jurisprudencia han tenido a bien en inferir de nuestro ordenamiento jurídico, y bajo esa óptica en particular creemos que debe interpretarse la noción del debido proceso a tomar en cuenta para el ejercicio de la función jurisdiccional.

No vemos que resulte exactamente igual en el caso de las actuaciones y procedimientos que llevan los entes y órganos de la administración pública. En vista de la función que están llamados a ejercer y cumplir –la tutela del interés general– y el origen democrático representativo que los legitima para actuar no exclusivamente desde un punto de vista jurídico, sino más bien desde uno político también (siempre encarrilado en los debidos canales formarles-jurídicos), la imparcialidad y objetividad con la que actúen necesariamente debe entenderse en forma distinta a la de los jueces.

En ese sentido lo afirma el catedrático Luciano Parejo Alfonso, para quien:

...la Administración pública está en estrecho contacto con la vida social, se involucra en ella, adhiriéndose (por ser ésta su razón de ser y su legitimación) a uno de los intereses que se hacen presentes en dicha vida social, en tanto que la organiza políticamente: el interés general. De esta elemental comprobación se sigue que no es un sujeto neutral, ni siquiera políticamente (al estar bajo la dirección del correspondiente Gobierno) y desde luego no en el sentido que lo es un Juez (cuya independencia es la que posibilita la dependencia exclusiva de la Ley)²¹⁰.

²⁰⁸ Siendo la excepción a esto, la potestad de autotutela de la administración pública, consagrada por nuestro ordenamiento jurídico.

²⁰⁹ Algunos de los más importantes o resaltantes principios procesales que informa nuestra legislación procesal son: principio de contradicción, principio de celeridad, principio de economía procesal, principios de preclusión y de eventualidad, principio de que las partes están a derecho, principio de inmediación, entre otros. La Roche: ob. cit., pp. 89-113.

²¹⁰ Sobre el mismo principio de objetividad, afirma el citado autor que: “no parece que pueda calificarse la Administración Pública, en efecto, de ‘desinteresada’ o ‘desapasionada’ (una de las acepciones que el Diccionario de la Real Academia da a la voz ‘objetivo’), en tanto que carente de interés o intereses propios. La Administración pública se define precisamente por el servicio al interés general, lo que significa su íntima vinculación a tal interés. Tiene, pues y por definición, ‘interés’ en la realización del mismo” y sobre el principio de imparcialidad que no es “carencia de todo interés, neutralidad propia del Juez, sino cabalmente exigencia

Y en desarrollo de esa misma idea, agrega más adelante que: “En otras palabras y estableciendo un cierto paralelismo con la posición institucional del Juez: si la independencia de éste es presupuesto de su vinculación exclusiva a la Ley y al Derecho, la objetividad de la Administración pública lo es de su servicialidad en exclusiva al interés general”²¹¹; razonamiento éste que suscribimos totalmente.

De tal manera que, la objetividad a la que alude la doctrina en lo que a los procedimientos administrativos se refiere, no resulta en una ausencia de intencionalidad en la administración, en cambio debe entenderse como una actuación que responda objetivamente al interés general implícito tanto en la ley aplicable a cada caso, como en el resto de nuestro ordenamiento jurídico.

De ese ordenamiento jurídico se desprende una noción de interés general más o menos concretizada, conforme a lo que hemos establecido a lo largo de este trabajo. Además, de ese mismo ordenamiento se infiere también que la administración pública posee cierto margen de discrecionalidad –que no arbitrariedad– para lograr esos fines estatales. Y ello resulta así, debido a que los funcionarios que conforman esa institucionalidad que es la administración pública, responden a motivaciones políticas, en razón del origen democrático o por sufragio de su autoridad, pero también –reiteramos– por la noción de interés general que ubicamos entre nosotros, la cual, quiérase o no, no es ajena a cierto contenido político.

De todo ello resulta que la administración pública actúa con determinada parcialidad en los procedimientos administrativos, a causa de sus ineludibles motivaciones políticas, pero con actuación objetiva con respecto al interés general implícito en la ley. Su peculiar imparcialidad vendría dada quizás por la reiteración de los mismos criterios en la resolución de similares asuntos frente a distintos particulares²¹², pero no como ausencia absoluta de interés

de no infición o contaminación por intereses particulares y, en todo caso, distintos al general” Luciano Parejo Alfonso: “La objetividad y la imparcialidad como predicados de la Administración Pública” en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo en Allan Randolph Brewer-Carías: La Relación Jurídico-Administrativa y el Procedimiento Administrativo*, Vol. II, FUNEDA, Caracas, 2006, pp. 576-578.

²¹¹ *Ibid.*, p. 577.

²¹² No obstante, los criterios pueden ser modificados de un momento a otro, salvo las limitaciones establecidas en el artículo 11 de la LOPA. En tal caso, se haría necesario demostrar que el cambio de criterio resulta en un vicio de desviación de poder, en tanto que la imparcialidad de la administración se estaría violando por ésta atender a un interés particular, en lugar de atender al general, al verificarse un mismo supuesto de hecho en dos actos administrativos, siendo que en la resolución de uno de ellos fue aplicado un criterio claramente favorecedor de un interés particular concreto.

hacia una determinada resolución de los procedimientos que estén a su cargo, y de los efectos que se quieran producir con ello.

Si la objetividad e imparcialidad de la administración, son de una naturaleza claramente distinta a la de un juez, resultando en que está actuará como un sujeto con claro interés (que en puridad de conceptos no es el suyo propio, pero que de todas formas se encuentra obligada, o mejor dicho estructurada para actuar conforme a aquél) e intencionalidad, deslastrándose así de ese carácter de “tercero” imparcial de juez que es idóneo y necesario al procedimiento jurisdiccional ¿Cómo puede la administración servir de tercero imparcial en procedimientos que han sido calificados de un carácter jurisdiccional, como si de jueces o árbitros se tratase? Encontrar la respuesta a tal cuestionamiento nunca ha sido fácil para la doctrina, y creemos que –aunque no se discuta tan abiertamente– en parte ha sido la causa de las críticas y polémicas relacionadas al concepto de acto cuasijurisdiccional.

Ahora bien, hemos dicho que la administración está obligada y conformada para directamente procurar y satisfacer el interés general, por lo que dos alternativas se presentan al momento de impulsar los procedimientos administrativos cuasijurisdiccionales; o bien la administración abandona toda noción de interés general, y las motivaciones políticas que ello implica, o las mantiene y se convierte en un tercero decisor que ni es imparcial, ni actúa objetivamente respecto a la letra de la ley, en los mismos términos que lo haría un juez o árbitro. En cualquier de esos casos, no podrá al final lograr la tutela directa del interés general, ya que como hemos señalado más arriba, los actos que se dictan en razón de esos procedimientos no parecen producir efectos que puedan ser subsumidos en la consecución directa e inmediata de ese fin.

Si actuase como un verdadero tercero imparcial, quizás no estaría afectando a ninguno de los particulares o “partes” del procedimiento, en el sentido de que serán tratados como iguales y la decisión se basará únicamente en declarar lo que dictamine la ley, algo que pareciera resguardar en mejor forma las garantías del debido proceso; sin embargo, al mismo tiempo pudiera estar obviando o evadiendo el que hemos señalado como más fundamental fin de la administración pública, que es tutelar el interés general.

De mantener la administración pública las motivaciones e intenciones propias de un sujeto interesado en lograr determinados fines estatales, que son superiores a las disposiciones concretas de la ley para determinados casos, se corre el riesgo de encontrarse violando algunas garantías constitucionales, amén de otros principios como el de igualdad. No hay forma de no cuestionarse como es que se puede garantizar que el patrono será considerado en forma igual al trabajador, cuando es obvio que el interés general que emana de la legislación laboral es la de proteger al segundo frente al primero; y que,

además, casi la mayoría de las veces las políticas públicas (más aún dentro del contexto de un Estado social), van encaminadas a priorizar la estabilidad del empleo.

En suma, con lo recién expuesto consideramos que se vuelve a demostrar que los denominados procedimientos cuasijurisdiccionales, más allá de las discusiones sobre si en verdad pueden ser calificados como tales, o si contravienen claramente la norma constitucional, yerran en el objetivo de contribuir al interés general en forma directa. Apartando el hecho de que los actos dictados al culminar estos procedimientos no surten los efectos propios de la función administrativa, la conformación de un procedimiento en el cual se considere que la administración deba actuar como un “tercero imparcial” contravendría su razón de ser²¹³, y por lo tanto se convierte en un elemento más para reiterar –desde un punto de vista procedimental– nuestras conclusiones al respecto.

6. La eficacia de los actos cuasijurisdiccionales: percepción general

A lo largo de este trabajo nos hemos puesto como objetivo principal el verificar si los procedimientos y actos cuasijurisdiccionales cumplen con el propósito primordial que ha sido encomendado a la administración pública, que es el de tutelar el interés general. Hasta este punto, hemos dicho que tal fin o propósito principal no es acometido mediante la implementación de estos procedimientos²¹⁴, toda vez que su naturaleza, así como los actos dictados en razón de éstos, no protegen, satisfacen o procuran de manera directa e inmediata el interés general, ni siquiera dentro del contexto de Estado social que dictamina nuestro ordenamiento jurídico.

Esto es lo que hemos dicho de una manera general, pero haciendo también mención a la práctica, especialmente en lo que se refiere a los procedimientos en materia laboral y arrendaticia, sobre los cuales hemos hablado acerca de los efectos directos o no, con respecto a los trabajadores y arrenda-

²¹³ Y es que, de actuar en correspondencia con su razón de ser, es decir, sirviendo al interés general en forma directa, ello no sería sin ningún riesgo de violación del derecho a la igualdad de alguna de las partes en controversia, o en un obstáculo para lograr algún tipo de transacción o acuerdo entre éstas; ya que al invocar su fin último, la administración bien podría o favorecer deliberadamente la posición de una determinada parte (generalmente el débil jurídico, y tomando en consideración razones que van más allá del texto expreso de una Ley), o evitar que ambas lleguen a un acuerdo para terminar la controversia.

²¹⁴ Con la excepción del procedimiento de naturaleza arbitral llevado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones –y que hasta ahora hemos considerado como única excepción– relativo a la figura de la interconexión entre los operadores de servicios de telecomunicaciones, el cual hemos explicado más arriba.

tarios en general. Y es sobre éstos que más nos hemos enfocado, ya que además de que son los que más se observan en la práctica, corresponden a sectores o aspectos de vital importancia dentro de la vida socio económica de nuestro país, quizás la materia laboral con mayor preponderancia.

Estos procedimientos cuasijurisdiccionales fueron establecidos mediante legislación con la pretensión de cumplir objetivos determinados y supuestamente dentro del ámbito del interés general. Así, la primera vez que se establecieron las llamadas comisiones tripartitas, se llegó a afirmar que aquello iba más allá de la mera verificación en la justificación del despido o no de un trabajador, y que mediante su actividad el Estado garantizaría el empleo y estabilidad de los trabajadores²¹⁵. En forma similar, de los fines supremos que se establecen en Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, que fue la última norma dictada en este ámbito que reafirmó la obligación de llevar a cabo el procedimiento administrativo previo, antes de acudir a la vía judicial para demandar desalojos, se infiere que el más fundamental de sus fines es aquél de proteger al arrendatario, mediante la promoción de lo que en este texto legal se considera un “arrendamiento socialmente responsable”²¹⁶.

Al respecto de estas consideraciones, cabe preguntarse –y sin perjuicio de que creamos que no corresponden con la función administrativa verdadera– si en efecto han llegado a tener un efecto positivo, negativo o hasta inocuo, en relación a las metas trazadas por el legislador.

²¹⁵ Así se desprende de un extracto de sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 10 -01-1980, el cual reza que: “Como puede apreciarse, la actividad de las Comisiones Tripartitas de origen legal, no se circunscribe a la determinación circunstancial e individual de la justificación o no del despido de un trabajador, sino que, a través de ellas, el Estado cumple una función pública de más amplias proporciones y de innegable interés colectivo, cual es la de garantizar la política de pleno empleo o el mantenimiento del volumen de empleo existentes, mediante la consagración del principio de la estabilidad numérica de los trabajadores en las empresas, así como el control estatal de la incidencia laboral de los planes de las empresas en el proceso de automatización, tecnología y productividad de las mismas, que se deriva de la aplicación de los artículos” .

²¹⁶ Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda promulgada el 12-11-2011 y publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.053. Específicamente su artículo 5 (Fines supremos en materia de arrendamiento), numeral 4 establece lo siguiente: “4. Brindar protección especial por parte del Estado, con la corresponsabilidad de la sociedad, a las familias y personas que viven en condición de arrendatarios o arrendatarias, siendo considerado un sector vulnerable en tanto no tenga acceso a la propiedad de la vivienda; especialmente cuando sea manifiesta la condición de débil económico y por ende jurídico; susceptible de soportar relaciones de explotación, discriminación o sometimiento para acceder a una vivienda transitoria” .

A. En los procedimientos en materia laboral

En el caso de los procedimientos cuasijurisdiccionales en materia laboral, resulta interesante la revisión de las cifras de desempleo durante los primeros años de vigencia de la primera norma que los estableció. Según la en aquel tiempo Oficina Central de Estadística e Informática OCEI (hoy en día Instituto Nacional de Estadística), la tasa de desempleo pasó de un 6.3% en el año 1974 (año de promulgación de la Ley Contra Despidos Injustificados) a 6.6% en el año 1975, posteriormente tuvo un leve descenso y relativa estabilidad, hasta que en el año 1982 vuelve a subir a 7.1%, para luego dispararse hasta el 10.1% en el siguiente año de 1983²¹⁷.

A pesar de que la legislación comentada mantuvo su vigencia durante todo ese periodo, es clara la tendencia al aumento de la tasa de desempleo, lo cual dicho sea de paso guarda perfecta relación con la crisis económica que comenzó a sufrir nuestro país a principios de la década de 1980²¹⁸. Visto lo anterior, no sería nada descabellado concluir que el establecimiento de estos procedimientos no fue suficiente para asegurar la estabilidad laboral, y que las fluctuaciones en la tasa de desempleo han respondido más bien a las condiciones económicas desfavorables del momento. Podríamos decir al respecto, que la incidencia de estos procedimientos ha sido casi inocua²¹⁹, para con los fines que fueron creados, no resultando en un factor definitorio para la estabilidad del empleo, y el favorecimiento del trabajo como proceso social en general.

B. En los procedimientos de materia arrendaticia

En cuanto a los arrendamientos de viviendas, quizás no haya tenido un mayor impacto desde el primer momento en el que se establecieron los procedimientos relativos al desalojo, incluso siendo abandonada su obligatoriedad previa a la demanda judicial durante algún tiempo, por lo que la afecta-

²¹⁷ Norelis Betancourt: "Empleo y salario en Venezuela" en *Revista SIC* N° 475, Fundación Centro Gumilla, Caracas, 1985.

²¹⁸ El evento que quizás fue el desencadenante (o revelador) de la crisis económica que inició en esa década, es el tristemente memorable "viernes negro" de 1983, fecha en la cual nuestra moneda sufrió una devaluación. Al respecto véase: <https://es.panampost.com/aurelio-concheso/2018/02/12/la-historia-del-viernes-negro-que-nos-trajo-hasta-aqui/>

²¹⁹ No obstante, bien podría afirmarse que ellos podrían haberle causado un obstáculo al patrono, en lo que a la contratación laboral formal se refiere, resultando quizás en la proliferación de empleos no formales, o llevados a través de otras formas legales (contratos de servicios, de sociedad, etc.), con la finalidad de evitar el reconocimiento de la relación laboral, y así huirles a los efectos que ello conlleva.

ción o falta de ésta no fue en principio determinante en esa área de la economía en particular. Pero con la entrada en vigencia de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, son muchos los que han reclamado la grave disminución de la oferta en el mercado de arrendamiento de viviendas, debido a las muy bajas o casi nulas posibilidades no de ni siquiera lograr una decisión favorable –para el desalojo de una vivienda– en un tiempo adecuado, sino hasta de poder ejecutar esas decisiones.

Entre los que han señalado esta situación, se encuentra el presidente de la Cámara Inmobiliaria de Venezuela –Aquilés Martini Pietri– quien en 2014 declaró a la prensa que la aplicación de dicho texto legal había conllevado “a la anarquía y a un mercado arrendaticio prácticamente nulo”²²⁰. Inclusive el propio Ministro de Vivienda y Hábitat en una oportunidad llegó a plantear la reforma de dicha ley, según declaraciones a la prensa, realizadas por el diputado perteneciente al partido de gobierno Claudio Farías²²¹.

Todo lo anterior, ha sido la consecuencia de que los arrendatarios antes de la entrada en vigencia de la referida ley se han visto en exceso beneficiados, sabiéndose que el riesgo de ser desalojados de un inmueble –cualquier que sea la causal o incumplimiento– son altamente improbables, no debiendo –además– tener que pagar cánones de arrendamientos mayores, o siquiera tener que pagarlos. Como consecuencia de ello, y en aras de evitar dicha situación, los propietarios han reducido la oferta de viviendas dadas en arrendamiento a su mínima expresión. Al final, se ha presentado la situación de que un grupo “afortunado” de arrendatarios se ha beneficiado injustamente en total detrimento de los derechos de los arrendadores. Pero más allá de eso, todo ello ha sido en total sacrificio de los futuros o eventuales arrendatarios, quienes se han visto totalmente privados del acceso al disfrute de una vivienda, mediante esa modalidad.

En definitiva, podemos decir no solo que los actos relativos al desalojo no tutelan directamente ningún interés general, sino que además la implementación de la obligatoriedad de llevar esos procedimientos administrativos cuasijurisdiccionales en particular, ha tenido un efecto tan nocivo en el mercado de arrendamiento de viviendas que lo ha llevado a su casi extinción. Aquí el efecto ha sido entonces no inocuo o intrascendente para con los fines particulares que motivaron la creación de estos procedimientos, pero en cambio pernicioso al interés general.

²²⁰ <http://www.noticias-ahora.com/camara-inmobiliaria-aspiramos-ley-equilibrada/>

²²¹ <https://www.noticias24.com/venezuela/noticia/243237/cronica-efe-alquilar-viviendas-en-venezuela-se-ha-vuelto-difcil/>

C. Nuestra percepción

Como agregado a las percepciones generales señaladas, queremos también agregar la nuestra propia sobre lo que la doctrina ha dicho en torno al tema. De lo que mencionamos en el primer capítulo, es posible inferir que la doctrina patria se ha dividido entre los que apenas reconocen la figura y sus características distintivas²²², mientras que, por el otro lado, están quienes la critican fuertemente, ya sea por considerar que debe entenderse desde otro enfoque (como un mero procedimiento administrativo más)²²³ o por su incompatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de su constitucionalidad²²⁴. En efecto, resalta que es poca la doctrina –sino existente– que se ha ocupado especialmente de estudiar el concepto con miras a resaltar sus bondades y completa compatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico.

Esta particular observación que hacemos, creemos que guarda relación con todo lo que hemos venido hilvanando en el presente trabajo, en el sentido de que esta noción de los actos cuasijurisdiccionales no encuadra con los fines propios de la función administrativa.

Por ello es que creemos que la doctrina, más que realizar análisis profundos o desarrollar una teoría en torno a estos actos, ha optado entre simplemente reconocerlos, en forma similar a lo que ha hecho también la mayoría de la jurisprudencia (con sus importantes excepciones); o –dado su carácter polémico y de difícil ubicación en el ámbito del derecho administrativo– proceder únicamente con la crítica de su conceptualización.

Como quiera que se le vea, reafirmamos nuestra postura de que los procedimientos y actos cuasijurisdiccionales no son verdadera función administrativa, por la razón de que no logran contribuir al interés general en la forma en que esta función del poder público está llamada a hacerlo.

CONCLUSIONES

Aun cuando se sabe que el derecho administrativo es una de las disciplinas o ramas del derecho que menos ha contado entre nosotros con una sistemática de estudio bien estructurada o centralizada en torno a conceptos esenciales plenamente aceptados por la doctrina, es posible admitir que el interés general resalta hoy en día como uno de los de mayor importancia y utilidad,

²²² Rondón de Sansó: ob. cit.

²²³ Grisanti Belandria: ob. cit.

²²⁴ Pompilio Sánchez: ob. cit.

en cuanto a tratar de identificar la función administrativa se refiere, para así poder diferenciarla de entre las otras funciones estatales.

Esta circunstancia, se debe a la influencia política que recibe constantemente el derecho administrativo, lo cual hace que éste sea impregnado de una constante de cambio, producto del propio dinamismo de las sociedades y el devenir de su historia política.

Esa misma dinámica, ha hecho del concepto de interés general, uno igualmente cambiante y modelado por las determinadas circunstancias, aunado a su ineludible calificación de concepto jurídico indeterminado. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico actual y vigente, nos ayuda a ubicar ese concepto de interés general más o menos concretizado, lo cual a su vez nos provee de las herramientas necesarias para identificar qué actividades son función administrativa y cuáles no. Conforme a nuestra Constitución, el Estado venezolano es uno Social de Derecho y de Justicia, cuya consecuencia para con la administración pública, es la de establecerle unos fines que se traducen en el carácter servicial y vicarial hacia los ciudadanos, y en el acometimiento de actividades de contenido prestacional. Ese contexto es el que modela y concretiza la noción de interés general entre nosotros.

Ahora bien, no necesariamente todas las actividades que nuestros legisladores le han encomendado a la administración pública, cumplen adecuadamente con ese fin primordial en forma general, ni tampoco con los fines concretos y específicos que supuestamente establece cada una de esas normas, para con las áreas o sectores de la vida socio económica de nuestro país. Tal es el caso de los llamados procedimientos cuasijurisdiccionales, sobre los cuales hemos señalado que conforme a lo noción implícita de interés general que emana de nuestro ordenamiento jurídico, no creemos que logren tutelarlos en forma directa e inmediata.

Más allá de su polémica mixtura entre lo administrativo y jurisdiccional, y todo lo que ello pueda implicar con respecto al principio de la separación orgánica de las ramas del poder público y demás disposiciones de la Constitución –lo cual ya ha sido objeto de un estudio crítico por parte de la doctrina– hemos hecho este señalamiento cuyo desenvolvimiento se relacionó con la vuelta hacia algunos de los temas más generales y sustanciales del derecho administrativo, y a la vez con lo observable en la práctica acerca de los efectos para con los particulares y colectividad de estos tan particulares procedimientos y actos.

Frente a todo esto, surge la pregunta del porqué nuestro legislador pensó que otorgarle competencias con cierto contenido jurisdiccional a la administración pública, haría más eficaz y eficiente la protección de ciertos sectores

de la población. Se afirma que una de las motivaciones fue la de proveer de una mayor rapidez y menor costo (no obligatoriedad de asistencia por abogado como sí lo es en el caso de los procedimientos jurisdiccionales), a los particulares considerados “débiles jurídicos” en áreas de la economía con una alta importancia pública y social, que tuviesen la necesidad de hacer valer sus derechos frente a su contraparte de la relación jurídica. Pero lo que creemos que siempre olvidó nuestro legislador en todo esto, es que la administración pública actúa no para satisfacer el interés general de cualquier forma o manera, siendo que eso es en definitiva el fin del poder público todo; en cambio, la administración pública está ahí para tutelarlos, protegerlos o satisfacerlos de una manera inmediata y directa. Es por ello que los entes y órganos que pertenecen a ese complejo orgánico o institución llamada administración pública, son los únicos que cuentan con la potestad de poder dictar actos y hacerlos ejecutar ellos mismos sin la necesidad de acudir a un juez, la llamada ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Quizás la alternativa en estos casos hubiese podido ser la de crear órganos jurisdiccionales que llevasen procedimientos un poco más flexibles desde el punto de vista de la preclusión de los lapsos, de carácter mediador principalmente y sin la exigencia de asistencia por abogado; siempre como una vía optativa, para que no resulte tampoco en un nuevo obstáculo para acudir a la vía jurisdiccional ordinaria. Además, de esa forma sí se aseguraría la total imparcialidad y objetividad total con respecto a la ley de los funcionarios decisores, no dependientes de la influencia de un criterio administrativo que siempre contendrá un grado de discrecionalidad, del principio de jerarquía, ni demás elementos procedimentales o factores que son ineludibles en el ejercicio de la función administrativa.

Cabe preguntarse si más bien la motivación de nuestro legislador ha podido ser una relacionada con los índices de aceptación popular o de índole electoralista, para los cuales el inmediatez y el control directo del aparato gubernamental, son muchas veces pensados como los medios más eficaces para lograr fines de esa índole.

La reflexión que debemos hacernos es que ese complejo de órganos y entes que es nuestra administración pública se encuentra siempre afectado por lo establecido en nuestro texto constitucional y demás principios e ideas fundamentales que derivan de todo el resto de nuestro ordenamiento jurídico, que además han sido resaltados por nuestra doctrina y reconocidos por la jurisprudencia. Ello trae como consecuencia que la administración pública debe estar llamada a ejercer una determinada función, que es la función administrativa, concebida para cumplir los fines estatales, en la forma que no es posible lograrlos a través del ejercicio de otras funciones.

El procedimiento administrativo, es la formalización del ejercicio de la función y realización de la actividad administrativa, de conformidad con el principio de legalidad que rige estrictamente a la rama ejecutiva del poder público. Así pues, somos de la postura de que cuando un procedimiento llevado por la administración se ha establecido de una manera tal que contiene aspectos de carácter jurisdiccional, que en definitiva lleven a la producción de un acto que no surte efectos directos de satisfacción al interés general, nos encontraremos con que no habrá un verdadero ejercicio de la función administrativa.

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN VENEZUELA

Marisela Benítez Unibio¹

Resumen: *Esta investigación tiene como objetivos caracterizar la transparencia como principio rector de los procedimientos de selección de contratistas, identificar los principios relacionados con su cumplimiento y describir los mecanismos apropiados para garantizar su efectiva aplicación, a los fines de resaltar la importancia de este principio.*

Palabras clave: *Procedimientos administrativos – Contrataciones públicas – Transparencia.*

SUMARIO. Introducción. I. Caracterización de la transparencia como principio rector de los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela. **1.** Atributos del principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas. **2.** Modulación o limitaciones a la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas. **3.** Finalidad de un procedimiento administrativo de selección de contratista transparente. **II.** Principios que garantizan la transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela. **1.** Naturaleza jurídica del principio de transparencia. **2.** Fundamentación legal del principio de transparencia. **3.** Principios generales que rigen los procedimientos de selección de contratista. **4.** Principios garantes de la transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas. **III.** Mecanismos apropiados para garantizar la transparencia en la selección de contratistas en Venezuela. **1.** En la fase previa al procedimiento de selección. **2.** Durante la sustanciación del procedimiento. **3.** En la fase de decisión. **Conclusiones. Bibliografía.**

INTRODUCCIÓN

El derecho es la causa y límite de la actuación administrativa conforme el principio de la legalidad, y le confiere potestades a la Administración Pública entre las cuales se encuentra la potestad administrativa contractual cuyo ejercicio implica el estableciendo de una relación jurídica contractual con particulares para la contratación de la adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obras y otros objetos, pagadas con recursos públicos.

¹ Abogada y especialista en Derecho Administrativo.

En tal sentido, la Administración Pública requiere realizar una licitación pública, siendo ésta un procedimiento administrativo especial, de naturaleza concursal, cuyo objeto es la selección de uno o varios contratistas, previa evaluación legal, técnica y económica de cada oferta presentada conforme las condiciones de contratación, resultando adjudicado el contratista que presente la oferta más conveniente para el interés de la Administración Pública. Y tal como sostiene Sayagués Laso en su obra *la Licitación Pública la finalidad del procedimiento licitatorio "es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas"*².

Es imprescindible que el procedimiento de selección de la oferta sea precedido de una evaluación legal, técnica y económica conforme con lo establecido en el pliego o condiciones de contratación porque indefectiblemente la Administración Pública que actúa como contratante debe seleccionar a la oferta que resulte más conveniente, no siendo ésta necesariamente la oferta más económica porque podrá verificarse procedimientos en los cuales sean presentadas ofertas con estructuras de costos de menor cuantía en comparación con otras ofertas pero al evaluar el aspecto técnico la referida oferta no cumple con las especificaciones técnicas exigidas relacionadas con la calidad de los trabajos ofertados, plazos de ejecución y la capacitación del recursos humanos que amerita la ejecución de los trabajos.

En consecuencia si bien el precio pudiera ser un criterio determinante para la adjudicación en determinados tipos de contratación, ello no es impedimento para que el contratante efectúe una valoración integral de la oferta para determinar la más ventajosa.

En tal sentido, el procedimiento de selección de contratistas para cumplir su finalidad debe estar regido por principios que fundamentan las actuaciones de la Administración Pública. Entre esos principios se encuentra en primer lugar, el principio de legalidad, así como los principios de honestidad, eficiencia, simplificación de trámites, planificación, igualdad, publicidad, competencia y transparencia.

² "Un procedimiento relativo al modo de celebrar determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas, consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (Pliego de condiciones), formulen las propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos principios igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones", p. 1.

En efecto, un procedimiento de selección de contratistas transparente se materializa con estricto apego a la normativa legalmente establecida con actuaciones objetivas e imparciales, sin trámites innecesarios y engorrosos, con igualdad de trato y condiciones para participantes y oferentes, con la publicidad de sus actos y fomentando la concurrencia para una real competencia que permita a la Administración evaluar el mayor número de ofertas posibles para seleccionar la más conveniente.

Por tanto, la transparencia de este procedimiento está vinculada con la observancia de otros principios que deben regir su actuación administrativa de acuerdo a la normas constitucionales y legales, de allí pues que el principio de transparencia no está cubierto por la sola selección de la oferta más económica, en ese sentido, la Exposición de Motivos del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas expone expresamente como *ratio legis* asegurar “precios justos y la calidad requerida”, asimismo, evidencia las deficiencias significativas en los procedimientos utilizados para las contrataciones públicas determinadas por la Contraloría General de la República en el Capítulo II referente a la Gestión en los Órganos y Entes del Poder Público en su Informe de Gestión correspondiente al Ejercicio Fiscal 2012, por lo cual ese órgano contralor exhortó a establecer los mecanismos de control interno pertinentes para garantizar el cumplimiento de las fases de los procedimientos de selección de contratistas en los principios de economía, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia y en cumplimiento de la normativa legal que regula las contrataciones.

Las contrataciones públicas, y en particular los procedimientos de selección de contratistas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras se encuentran regulados en Venezuela en el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas³ y la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas⁴, determinando el alcance y los límites a los cuales la Administración Pública debe apegarse al realizar un procedimiento de selección en los supuestos previstos en la referida normativa.

Ambas normativas procuran la salvaguarda del patrimonio público y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos de aplicación, fines éstos que entre otros interesan al Estado considerando que el sector público dispone del dinero proveniente de los presupuestos públicos, motivo por el cual debe garantizarse la transparencia en los procedimientos administrativos de selección para las adjudicaciones de los contratos erogados

³ Véase Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinaria de 19-11-2014.

⁴ Véase Gaceta Oficial N° 41.318 de 11-01-2018.

con esos recursos, para lo cual es necesario generar en esos procedimientos las adecuadas condiciones de competencia que garanticen el uso transparente y eficiente de los recursos públicos.

Por ello, la potestad administrativa para seleccionar y contratar a un contratista en los supuestos previstos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas está sujeta a un procedimiento determinado y preestablecido, en consecuencia, la Administración Pública debe contratar cumpliendo las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico vigente y sometida a los controles internos y externos en materia de contrataciones públicas, a través de esos controles debe garantizarse las mejores condiciones para el Estado y en específico, asegurar el cumplimiento de las condiciones objetivas en la selección de los contratistas para la mejor satisfacción de los intereses que gestiona la Administración como bien lo expresa el profesor emérito Brewer-Carías⁵.

Por ello, la Administración Pública debe respetar los principios contemplados en el artículo 2 del referido Decreto Ley, que entre otros objetos tiene por finalidad asegurar la transparencia de las actuaciones de los contratantes de acuerdo con su artículo 1, en concordancia con las disposiciones contenidas en la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

Siendo de esta forma, la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras requerida por el Estado debe realizarse a través de un procedimiento de selección de contratistas, salvo las excepciones legalmente previstas. Dicho procedimiento debe perseguir la mayor participación de participantes y oferentes que redunde en mayor transparencia y eficiencia en la erogación de recursos públicos, dejando el menor margen posible a la discrecionalidad de la Administración Pública contratante que debe seleccionar a los contratistas mediante procedimientos preestablecidos sin que medien prácticas de corrupción que no se corresponden con una buena gestión de gobierno.

En este orden de ideas, los procedimientos de selección de contratistas no constituyen un mero trámite que debe realizar la Administración Pública previamente a la celebración de los contratos regulados por el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas y la *ut supra* mencionada Ley Constitucional; sino que instituyen una garantía para los participantes y oferentes que intervienen en el referido procedimiento administrativo preparativo de la voluntad contractual.

⁵ Brewer Carías, Allan: Texto preparado para la exposición en el Seminario Retos de la Contratación Pública en Iberoamérica, Jornadas en Homenaje a Allan Brewer Carías, organizado por la Universidad del Rosario, Foro Iberoamericano de Derecho, 2017, p. 1.

No obstante, más allá de la realización del procedimiento, es la observancia del principio de transparencia como principio regente del procedimiento un elemento determinante para salvaguardar el patrimonio público y garantizar el manejo adecuado de los recursos públicos, así como para la existencia de mecanismos apropiados que permitan un procedimiento que respete los principios de planificación, publicidad, igualdad y competencia; principios éstos que deben inspirar el procedimiento para incrementar su transparencia, por ello, el presente trabajo versa sobre la importancia de la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas, en aras que cumplan su finalidad.

Por tanto, la Administración contratante debe evitar discrecionalidades, arbitrariedades y prevenir las prácticas de corrupción en los funcionarios públicos responsables de los procedimientos de selección de contratistas, dado que tales actuaciones son contrarias al principio la transparencia que debe regir su actuar y conllevar a la consecución de fines distintos a los legalmente establecidos.

Ahora bien, con relación a los diversos procedimientos administrativos de selección de contratistas aún con la entrada en vigencia de la Ley Constitucional en esta materia, antes identificada, el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas mantiene su vigencia, contemplando cuatro modalidades de contratación para efectuar la selección de contratistas; la primera de ella es el concurso abierto, diferenciado del resto de los procedimientos legalmente establecidos por la amplitud de su carácter público como se detalla en el presente trabajo, en virtud que el llamado a participar en este procedimiento es general, no estando dirigido a unos participantes en específico, sin limitantes en el número de interesados a participar, previsto de manera estructurada y reglada con mecanismos para garantizar la publicidad de los actos, la igualdad de trato y condiciones de los participantes y oferentes frente a la Administración Pública para una mayor concurrencia al procedimiento, ofreciendo superiores garantías de transparencia y con el menor margen posible a la discrecionalidad para el contratante.

Asimismo dentro de estas modalidades previstas en el Decreto Ley *ut supra* mencionado se contempla procedimientos más restrictivos, selectivos y menos abiertos como el concurso cerrado y la consulta de precios, en los cuales existe una preselección interna de los oferentes invitados a presentar las ofertas que no se realiza en acto público; en las referidas modalidades el mínimo legal de concurrencia de los oferentes está preestablecido legalmente, en efecto, la igualdad en el acceso al procedimiento para presentar ofertas está limitada, lo cual incide en la concurrencia y afecta la observancia plena del

principio de competencia, de esta forma la transparencia alcanza menos preeminencia como principio rector en este tipo de procedimientos.

Adicionalmente, está prevista legalmente la contratación directa como modalidad excepcional de selección, independientemente del monto de la contratación siempre y cuando se verifique la existencia de cualquiera de los supuestos cualitativos de procedencia establecidos en el artículo 101 del Decreto Ley, ésta modalidad al igual que las dos anteriormente mencionadas tampoco se caracteriza por la realización de actos públicos en el curso del procedimiento, el acceso para optar a una contratación directa no se encuentra normado, aunado que la competencia está reducida, pero la excepcionalidad debe motivarse adecuadamente dentro de los supuestos previstos legalmente.

Entonces, teniendo un ordenamiento jurídico que establece un mayor número de procedimientos de selección de contratistas menos públicos, cuya procedencia y aplicación es ampliada inclusive a través de actos administrativos de carácter sublegal, existiendo mecanismos de selección de contratistas que restringen la participación general de cualquier interesado, es de relevancia la observancia del principio de transparencia en estos procedimientos porque será determinante para que alcancen su finalidad.

Por tanto, es preciso revisar a luz del principio de transparencia cómo se realiza la preselección de los oferentes en el concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa, la calificación de los oferentes debe estar basada en la información de carácter público obtenida del Registro Nacional de Contratistas, o en su defecto del recientemente creado Registro Único de Contrataciones Públicas, dado que la existencia y utilización de registros internos por parte del contratante pudiera incidir negativamente en las condiciones de igualdad y afectar el acceso de nuevos oferentes que no se encuentren registrados en ellos pero que estén habilitados por el órgano competente para presentar ofertas y contratar con el Estado.

Es el Registro Único de Contrataciones Públicas el documento que habilita para participar en los procedimientos de selección y contratación con el Sector Público, las empresas que posean dicho registro deben tener acceso a los procedimientos de selección de estar calificadas para ello.

Visto lo anterior, la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas constituye un principio elemental que debe adoptar la Administración Pública contratante durante todo el procedimiento de selección e incluso durante la ejecución del contrato, sin embargo, puede constatarse que en la regulación de la legislación venezolana la intensidad o el grado de transparencia no es uniforme en todas las modalidades de contratación, en virtud de lo expuesto en párrafos precedentes, abriendo la puerta a desviaciones que

dan lugar a actos de corrupción por procedimientos carentes de publicidad que reducen la competencia y afectan la igualdad para optar a contratar con el Estado.

Ahora bien, la transparencia en la contratación pública y en especial en los procedimientos de selección de contratistas se afianzará en la medida que las condiciones de contratación sean conocidas por el mayor número de participantes y oferentes posibles, para ello imperiosamente se requiere una adecuada publicidad de esas condiciones, al igual que de los actos y del expediente de contratación.

Pero una adecuada publicidad no es suficiente para garantizar un procedimiento de selección transparente, la publicidad del procedimiento debe ir acompañada de condiciones de igualdad entre los participantes y oferentes, por lo cual todos deben ser tratados con reglas comunes que se aplican de manera uniforme.

Además observarse los principios de publicidad y de igualdad, un procedimiento de selección debe estar inspirado por el principio de competencia y para ello es necesario favorecer y no restringir la participación en el procedimiento de selección en pro de la transparencia.

El respeto a los referidos principios será determinante para que no existan dudas respecto de cómo se adjudica y en base a qué criterios ha sido seleccionada a la oferta con la primera opción, así como, la segunda y tercera opción para adjudicar el contrato.

Visto lo anteriormente expuesto en el presente trabajo de investigación, desde la doctrina y con una óptica analítica se revisará de manera detallada el principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, los principios vinculados a su materialización y los mecanismos apropiados para garantizar la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas, con el objeto de establecer las debilidades y fortalezas, considerando que Venezuela para cumplir los propósitos contenidos en el artículo II de la Convención Interamericana contra la Corrupción, convino en la aplicabilidad de medidas preventivas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer entre otros aspectos un sistema para la “adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas” de conformidad con el artículo III de la referida Convención.

Tomando en consideración además que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción introduce un conjunto de normas y medidas que debe aplicar los Estados Partes como Venezuela para reforzar sus regímenes

jurídicos y reglamentarios basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción en la contratación pública.

Asimismo la necesidad de abordar el tema de la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas tiene sustento en la importancia de adoptar lineamientos, normas y procedimientos en la legislación nacional que contribuyan a la materialización de contrataciones transparentes, visto que a pesar de la *ratio legis* del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas y otros instrumentos legales, se ha constatado deficiencias significativas en dichos procedimientos como lo ha informado la Contraloría General de la República en los Informes de Gestión 2015 y 2016, sucesivos a la entrada en vigencia del referido Decreto Ley, así como en los Informes anteriores, por lo que el presente estudio representa un aporte a la Administración Pública.

Ahora bien, revisado los *ut supra* identificados informes resulta incomprensible que los entes con fines empresariales queden excluidos de la aplicación de los procedimientos de selección de contratistas previstos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas de conformidad con el artículo 19 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, estableciendo que los regímenes de contratación de esos entes tendrán una regulación especial, resta esperar que una nueva regulación otorgue agilidad y eficiencia a los procedimientos de selección que realicen, sin que ello pueda constituir un menoscabo del principio de transparencia en su actividad contractual. Además, resulta ilógico que si la *ratio legis* de la norma es aligerar los procedimientos y mejorar la eficiencia en las contrataciones de estos entes no haya el constituyente establecido un plazo perentorio para que sea dictada la referida regulación.

En virtud de lo antes expuesto, en el desarrollo del presente trabajo se analiza las disposiciones de la precitada Ley Constitucional y su impacto en la transparencia de los procedimientos de selección de contratistas, normativa ésta que es de aplicación preferente y que coexistirá con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas hasta tanto sea derogado o se dicte una nueva Ley especial.

La presente investigación es de interés profesional en el escenario jurídico-político, económico y ético-moral actual en Venezuela, considerando que el Ministerio Público ha informado a la opinión pública en general sobre la investigación de la comisión de presuntos hechos de corrupción en materia de contrataciones públicas en entes estatales con fines empresariales (Caso: PDVSA, Petro Cedeño, Petro Piar y otros), por tanto, los conocimientos aquí

esbozados buscan afianzar la aplicación de mecanismos apropiados por parte la Administración Pública contratante que incrementen los niveles de transparencia de los procedimientos de selección de contratistas.

El establecimiento de mecanismos apropiados para prevenir la corrupción y reforzar la eficiencia gubernamental con la debida planificación debe ser la regla, evitando improvisaciones y discrecionalidades que pudiesen dar lugar a desviaciones administrativas en la selección del contratista que afecten el adecuado uso de los recursos públicos.

Por tanto esta investigación está dirigida los funcionarios públicos, en particular, a los abogados del área legal de las comisiones de contrataciones y, en general, a todas las personas que están de una u otra forma interesadas en la transparencia de la gestión pública en los procedimientos de selección de contratistas.

Dentro de este contexto esta investigación viene a estudiar jurídicamente la aplicación del principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en pro del establecimiento y mejoras de los mecanismos necesarios para garantizar su observancia, así como el porqué de su relevancia, constituyendo un aporte teórico y un antecedente bibliográfico documental de interés a quien desee profundizar e investigar sobre el tema.

Por otra parte, es importante desde lo social considerando que los fines esenciales del Estado y la función que deben cumplir los órganos y entes contratantes en el desarrollo del país estando inmersos en un entorno de complejidad y de continuos cambios legislativos que hacen necesaria la revisión permanente de los procesos inherentes a la administración de sus bienes y recursos a fin de garantizar la aplicación de los principios por los cuales deben regirse, entre ellos, el principio de transparencia, evitando así corrupción y despilfarro de recursos, que comprometa el patrimonio público.

En lo práctico, se generaría una oportunidad de constituir una herramienta útil para mejorar los métodos y técnicas en el diseño y sustanciación de los procedimientos de selección de contratistas que permitan a los profesionales del derecho en la Administración Pública fortalecer los mecanismos para garantizar el principio de transparencia en estos procedimientos.

Por consiguiente, estando el presente trabajo dirigido a abordar el principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratista, resulta pertinente examinar lo siguiente: ¿Cómo se caracteriza la transparencia como principio rector de los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela?

Aunado a lo anterior, otra interrogación que este trabajo pretende responder es ¿Qué principios garantizan la transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela?, asimismo se considera pertinente formular la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los mecanismos apropiados para garantizar la transparencia en la selección de contratistas en Venezuela?

En aras de dar respuesta a las referidas interrogantes en el curso de la investigación se analizará la relevancia administrativa del principio de transparencia identificando los principios que garantizan un procedimiento de selección de contratistas transparente y describiendo detalladamente los mecanismos garantes de la transparencia, lo cual será determinante para resolver la pregunta referente a ¿Cuál es la importancia de la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas en Venezuela?

De allí que se establezca como objetivo general de estudio analizar importancia del principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela; y como objetivos específicos: caracterizar la transparencia como principio rector de los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela; identificar los principios que garantizan la transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas en Venezuela; y describir los mecanismos apropiados para garantizar la transparencia en la selección de contratistas en Venezuela.

En cuanto a la metodología, el tipo de investigación es documental, Arias (2006) expresa que la investigación documental “es un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas” (p. 25). Para llevar a cabo de manera satisfactoria la investigación se requiere la definición de los requerimientos por medio de una documentación bibliográfica, que permiten darle soporte y mayor veracidad al estudio realizado y obtener nuevos conocimientos para el análisis del mismo.

Considerando la profundidad con la que se aborda la presente investigación, ésta se ubicó en un nivel descriptivo que según Arias (2006), “el propósito de éste nivel es el de interpretar realidades de hecho, incluye descripción, registro análisis e interpretación de la naturaleza actual, composición o procesos de los fenómenos” (p. 48). De acuerdo con esto, el nivel descriptivo consiste en la caracterización del fenómeno para establecer su estructura o comportamiento.

De acuerdo a Domínguez Amaros (2003) en este nivel de investigación “se preocupan primordialmente por describir algunas características fundamentales de conjunto homogéneos de fenómenos, utilizando criterios sistemáticos para destacar los elementos esenciales de su naturaleza” (p. 38).

La búsqueda de la información se realiza a través de la revisión documental, al respecto el manual de Universidad Pedagógica El Libertador UPEL (2014) sostiene que “se entiende por investigación documental, el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza con apoyo principalmente en trabajos previos, información y datos divulgados por medios impresos, audiovisuales o electrónicos” (p. 9).

Por eso, el proceso de este trabajo es fundamentado con una revisión bibliográfica, la cual consiste en conocer y explorar todos los términos y aspectos necesarios con el fin de ampliar los conocimientos del investigador para poder realizar la evaluación y análisis de la información obtenida.

En este orden de ideas la Universidad Nacional Experimental “Rómulo Gallegos” (UNERG, 2008), afirma: “La revisión bibliográfica constituye la etapa del método científico a través del cual el investigador reúne los antecedentes teóricos e investigaciones anteriores existentes sobre un problema dado” (p. 61).

Una vez recopilada la información es clasificada, ordenada y luego procesada sistemáticamente, a fin de proporcionar información objetiva, técnica y confiable, por último se procede al análisis e interpretación de los resultados. El análisis es definido por Tamayo y Tamayo (2003), como aquel que “permitirá clasificar y reclasificar el material recogido desde los diferentes puntos de vista hasta que se opte por el más preciso y representativo, mientras que la interpretación es proporcionada por los investigadores dándole significado a los datos obtenidos” (p. 104).

Esta interpretación se realiza a través de un análisis cualitativo y descriptivo denominado etapa de Análisis Documental, éste no es lo mismo que la evaluación documental, el análisis podría ser más metodológico en la medida que comprendamos su naturaleza, y nos permitirá comprender mejor la naturaleza de la información de los documentos, de acuerdo a Tamayo y Tamayo (2003) “es aquella etapa en la cual se determina los componentes de un documento” (p. 77), estos componentes pueden ser: las tareas o actividades que los producen, los conocimientos que encierran o representan, las responsabilidades que conllevan, la información contenida, la estructura física del documento.

Esta etapa se efectúa mediante observación y estudio, y constituye la base fundamental para lograr una evaluación real del valor informativo de los documentos, por cuando es imposible medir o valorar un trabajo sin conocer previamente que es y en qué se diferencia de los demás.

I. CARACTERIZACIÓN DE LA TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN VENEZUELA

El principio de transparencia es un pilar fundamental de todo procedimiento de selección de contratistas, estructurante, transversal e instrumental directamente relacionado con los principios de planificación, igualdad, competencia y publicidad. La transparencia debe garantizarse en todas las fases del procedimiento administrativo de selección de contratistas. Es través de ese procedimiento como institución central del derecho administrativo y foro por antonomasia para la obtención de actos administrativos que expresa la Administración Pública su voluntad contractual.

Siendo la transparencia fundamental en la actuación contractual de la Administración Pública y considerando que cuando se selecciona a un contratista para ejecutar un contrato, la formalización del contrato implica una obligación contractual que conlleva la erogación de pagos por la contraprestación a cargo del contratista, en tal sentido, debido a la importancia económica de los contratos celebrados con recursos públicos la transparencia tiene especial relevancia y efectos, tomando en cuenta además que en los procedimientos de selección de contratistas pueden tener lugar prácticas de corrupción que afecten el cumplimiento de la finalidad del procedimiento.

Ahora bien, la transparencia no constituye un fin en sí misma, su finalidad es la selección del contratista más conveniente a los fines del Estado para el correcto uso del patrimonio público. Por tanto, es la eficiencia en el gasto público el objetivo que se busca con la materialización del principio de transparencia. En consecuencia, no se trata de un principio formal, además puede contribuir con otros objetivos como la integridad y prevenir la corrupción.

Por tanto, es la transparencia un incentivo y garantía de la responsabilidad administrativa en la selección de contratistas a través de los procedimientos legalmente establecidos a tales fines, en la medida que dichos procedimientos con la planificación adecuada contemplen mecanismos idóneos para garantizar la igualdad, publicidad y competencia.

1. Atributos del principio de transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas

En materia de contrataciones públicas, la transparencia se manifiesta desde el momento que el ordenamiento jurídico establece como regla la obligatoriedad de realizar procedimientos de selección de contratistas previa adjudicación de un contrato, y sólo excepcionalmente contempla la posibilidad de realizar adjudicaciones directas. Siendo de esta forma, la transparencia debe direccionar el actuar de la Administración Pública, tomando en consideración que la inobservancia de los procedimientos legalmente aplicables pudiera dar lugar a la nulidad del contrato adjudicado con las consecuencias de orden administrativo y económico que ello acarrea.

En efecto, el principio de transparencia es el eje transversal de los demás principios que rigen la actividad contractual de la Administración Pública, por lo cual, su concreción constituirá el correcto actuar de la Administración.

En tal sentido, la Administración Pública debe garantizar la transparencia de sus procedimientos de selección a lo interno, para lo cual resulta imprescindible la igualdad de trato y condiciones de contratación para todos los oferentes sin distinción; asimismo, debe velar porque la selección de la oferta tenga lugar bajo criterios objetivos, sin que haya cabida a la subjetividad de ningún funcionario en la decisión de selección; asimismo, se hace necesario que se controle el cumplimiento íntegro de lo contratado.

Pero no basta la transparencia material a lo interno de la Administración Pública; es menester que la transparencia del procedimiento se exteriorice, es decir, se manifieste hacia afuera, para hacerla visible al control social de los ciudadanos, informando verazmente que se contrató, con quién se contrató, por cuánto y además cómo se contrató el suministro de un bien, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra; estas son las particularidades de un procedimiento transparente. De esta forma la transparencia formal del procedimiento está estrechamente vinculada con el acceso a la información y la publicación de datos.

Así las cosas, la transparencia se encuentra:

i) *En la fase preparatoria del procedimiento de selección de contratistas:* La transparencia exige que el mayor número de interesados tenga acceso a la información necesaria para presentarse en el procedimiento y conocer con anticipación las condiciones de contratación establecidas para la preparación y presentación de sus ofertas.

ii) *En la sustanciación del procedimiento*: Es imprescindible que impere igualdad de trato y de condiciones para todos los oferentes, sin favoritismo, dando transparencia al procedimiento. Por tanto, todos tienen derecho a solicitar las aclaratorias que estime pertinente al pliego o condiciones de contratación y todos deben ser informados de las repuestas a dichas solicitudes.

Asimismo, los oferentes deben tener acceso al expediente de la contratación y conocer de manera motivada de la causas de su descalificación o rechazo de la oferta. Igualmente, necesariamente debe motivarse el informe de recomendación con las razones legales, técnicas y financieras que determinan las ofertas con la primera, segunda y tercera opción para la adjudicación del contrato, el cual dada su naturaleza es de carácter público. La transparencia favorece la igualdad y competencia sana y efectiva entre los participantes, permitiendo a todos disponer de iguales oportunidades para formular sus ofertas, las cuales deben ser evaluadas en igualdad de condiciones.

iii) *En la adjudicación*: El contrato licitado debe ser adjudicado por la autoridad competente de forma motivada, razonada. La decisión que adopte la Administración debe ser de conocimiento público y por tanto debe constar en el expediente de la contratación.

En este orden de ideas, es menester destacar que la transparencia como principio rector de los procedimientos de selección de contratistas en Venezuela está estrechamente vinculada con la aplicación del principio de igualdad, publicidad y competencia en los referidos procedimientos; en efecto, la inobservancia injustificada de cualquiera de estos principios afecta la transparencia de la contratación. En ese sentido, Roberto Dromi en su obra *La Licitación Pública* sostiene: “Se entiende entonces que la transparencia, como principio rector de la licitación pública, abarca aspectos del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control” (p. 70).

Y es que la transparencia busca la eficiencia del contrato porque al utilizar reglas de selección objetivas, igualdad de oportunidades y condiciones para los participantes y oferentes, estableciendo adecuadas condiciones para participar en los procedimientos y dando publicidad a los actos administrativos que no ameriten ser reservados en el curso de los procedimientos incrementan las posibilidades de una adecuada selección del contratista lo cual repercute directamente en la eficiente ejecución del contrato.

Aunado a lo anterior, la transparencia persigue la mayor claridad en la disposición y uso de los recursos públicos, lo cual implica que la selección de un contratista debe caracterizarse por ser objetiva, con trato imparcial para los participantes y oferentes, ajustada a derecho y ampliamente divulgada para estimular la mayor concurrencia al procedimiento.

Por otra parte, es preciso señalar que existen esfuerzos para reforzar la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas con la simplificación de trámites administrativos para participar; lo cual puede repercutir significativamente en la mayor concurrencia de participantes y en consecuencia, en la presentación de más ofertas para evaluar.

Ahora bien, es preocupante que en la actualidad exista multiplicidad de normas y de actos administrativos que regulan los procedimientos de selección de contratistas en Venezuela, cuando dadas las desviaciones detectadas en auditorías realizadas por la Contraloría General de la República según Informes de Gestión antes citados (previos a la entrada en vigencia de la Ley Constitucional dictada en esta materia), es preciso desarrollar e implementar mecanismos de control interno en los órganos y entes contratantes que coadyuven a la aplicación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Además, se requiere una política clara y unificada en la materia, con normas que sirvan de guía para una adecuada gestión y ejecución de los recursos públicos, a los fines que la gestión contractual de la Administración pueda ser efectivamente controlada, evaluada y genere mayor transparencia; de allí pues que, con la creación del Sistema Integrado de Contrataciones del Estado previsto en los artículos 3, 4 y 5 de la referida Ley Constitucional, existe la expectativa que pueda avanzarse administrativamente en ese sentido.

2. Modulación o limitaciones a la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas

El principio de transparencia condiciona y limita la capacidad de la potestad adjudicadora de la Administración; el contratante no es libre de seleccionar al contratista de forma discrecional, así como tampoco puede modificar las especificaciones técnicas de forma sobrevenida sin notificar a los participantes; tampoco puede descalificar una oferta sin fundamentación en la Ley o en el pliego o condiciones de contratación.

No obstante, aun cuando legalmente hay disposiciones que limitan la publicidad, igualdad y competencia en los procedimientos de selección, la Administración contratante debe garantizarse un procedimiento transparente,

sin que ello implique el establecimiento de procedimientos engorrosos, con trámites y formalidades no esenciales.

En los casos que la ley admite limitaciones o inclusive la excepción absoluta del principio de publicidad, como en las contrataciones directas, el principio de transparencia exige una interpretación restrictiva de los supuestos de procedencia de ese tipo de procedimientos de selección de contratistas. En los concursos cerrados y consultas de precios, la normativa venezolana no excluye totalmente la publicidad, como se examina en el Capítulo III.

Ahora bien, legalmente está previsto el llamado público a participar en los concursos abiertos; entonces, el principio de transparencia ha de considerarse para fijar una adecuada publicidad de ese acto, a los fines que el mayor número de interesados tenga acceso a ese llamado para participar y concurra al procedimiento.

El principio de transparencia tiene cierta modulación o limitación en el principio de proporcionalidad, lo cual implica que cada mecanismo que se adopte debe ser estrictamente necesario y adecuado para alcanzar el fin último del procedimiento, la selección de contratistas que permita la mayor eficiencia del gasto público, y eso se logra garantizando la mayor concurrencia posible.

En consecuencia, debe existir proporcionalidad en los requisitos exigidos para participar y el objeto del contrato, entre la complejidad de la especificaciones técnicas del contrato y plazo para presentar ofertas, por ejemplo.

La proporcionalidad está asociada a una buena administración y aplica para subsanar defectos meramente formales o materiales en las ofertas, cuya aclaración se deduzca de la propia documentación aportada por el participante y oferente.

Además, es preciso señalar que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas promueve la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción. Por su parte, la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas estimula la participación equilibrada de todos los agentes económicos en la inversión y justa distribución de recursos destinados a las compras públicas, lo cual constituye una limitación positiva al principio de igualdad que debe aplicarse bajo los parámetros legalmente establecidos.

Asimismo, hay contrataciones que por su objeto excluyen la competencia, lo cual sucede con frecuencia en las adquisiciones de bienes (repuestos) para equipos especializados de determinada empresas fabricantes; sin embargo, la

Administración deberá motivar razonadamente la exclusión de la competencia en esos casos.

3. Finalidad de un procedimiento administrativo de selección de contratista transparente

Como se ha venido señalando, la transparencia no es un fin en sí misma; a través de los procedimientos de selección de contratistas transparentes se busca reducir los niveles de corrupción existente en la Administración Pública, mejorar la rendición de cuentas, incrementar la calidad de gestión y reforzar la eficiencia en el sistema económico para el bien común de la sociedad.

Ahora bien, la Administración como contratante arguye en las formalidades del procedimiento o en la urgencia en atender requerimientos perentorios para evadir la aplicación de la normativa aplicable para la selección de contratistas en razón de la cuantía del contrato a adjudicar. No obstante, solo se trata de retórica teórica porque una gestión pública eficaz y eficiente no se contraponen con una gestión apegada a la legalidad y transparente en su actuación.

Y es que la adecuada aplicación del principio de transparencia tiene efecto directo en la concurrencia de oferentes al procedimiento de selección. Por otra parte, los datos publicados serán transparentes en la medida que el procedimiento de selección del cual provienen sea materialmente transparente.

El objetivo último de la transparencia como principio es lograr la eficiencia en el gasto público, lo cual se logra a través de un proceso de selección de contratista de carácter público, con una alta concurrencia de oferentes que permita a la Administración Pública contratante evaluar un número considerable de ofertas dentro de una competencia real y efectiva en un plano de igualdad de condiciones para todos los oferentes dentro del procedimiento de selección de contratistas.

II. PRINCIPIOS QUE GARANTIZAN LA TRANSPARENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN VENEZUELA

1. Naturaleza jurídica del principio de transparencia

Los principios como fuente del derecho son pilares fundamentales en todo ordenamiento jurídico. Los principios que rigen la actividad administra-

tiva y en particular los procedimientos administrativos como los procedimientos de selección de contratistas, delimitan su contenido y su finalidad; asimismo, constituyen las directrices que definen su esencia y justifican su existencia dentro del ordenamiento jurídico. Por tanto, doctrinariamente se ha considerado que los principios, y entre ellos el principio de transparencia, cumplen tres funciones:

i) *Legislativa*: Esto implica que el legislador en el proceso de creación de las normas jurídicas en materia de contrataciones públicas y particularmente de los procedimientos de selección de contratistas debe conocer los principios que rigen esa función administrativa y en su desarrollo normativo debe estar inspirado en esos principios para poder positivizarlos. Por tanto, las normas que se dicten en esta área deben estar inspiradas en el principio de transparencia y demás principios relacionados, evitando la promulgación de normativas que vulneren este principio.

ii) *Interpretativa*: Las normas jurídicas debe ser interpretadas con sujeción a los principios que inspiran su creación, sin que los operarios jurídicos puedan desconocerlos. En tal sentido, cuando la unidad usuaria, la unidad contratante, las comisiones de contrataciones y la máxima autoridad del contratante apliquen la normativa establecida para ejecutar los procedimientos de selección de contratistas, deben hacerlo observando el principio de transparencia y sus limitaciones deben ser interpretadas de manera restrictiva.

iii) *Integradora*: El principio de transparencia como fuente de derecho tiene aplicación subsidiaria, supletoria en los procedimientos de selección de contratistas. En consecuencia, de haber un vacío normativo por no existir una norma jurídica que regule determinados aspectos del procedimiento, el operario jurídico debe inspirarse en el principio de transparencia como principio rector del procedimiento, lo cual garantiza la hermética jurídica.

Ahora bien, los procedimientos administrativos de selección de contratistas son procedimientos especiales que desarrolla la Administración Pública con sujeción a los principios que rigen la función pública y los principios establecidos en la normativa especial que rige estos procedimientos.

El principio de transparencia forma parte de los principios contenidos en el artículo 141 de la Constitución de la República de Venezuela e igualmente está previsto como un principio que debe regir la actividad contractual del Estado. Siendo de esta forma, el principio de transparencia debe inspirar la creación de la normativa que regula la actividad contractual del Estado; los

operarios de la Administración Pública (unidades contratantes, unidad usuaria, comisión de contrataciones y máxima autoridad) deben aplicar las normas con observancia del principio de transparencia y, en caso de presentarse una laguna normativa, deben fundamentar su actuación en el principio de transparencia.

En consecuencia, el principio de transparencia es un principio que debe instrumentar los procedimientos diseñados por el legislador para seleccionar al contratista con la oferta más favorable para contratar con el Estado. En ese sentido, el principio de transparencia está relacionado con los principios de igualdad, publicidad y competencia para que los procedimientos sean accesibles para la participación del mayor número de contratistas que posea las capacidades legales, técnicas y financieras para cumplir con el objeto de la contratación.

Asimismo, el principio de transparencia se conjuga con la selección objetiva del contratista, en una selección transparente no hay cabida para la subjetividad, el favoritismo o parcialidad a favor de un participante u oferente; por ello, las condiciones de contratación que determinan la escogencia del contratista deben ser reglas claras, precisas, completas y objetivas.

Dicho lo anterior, es oportuno expresar que el principio de transparencia es fundamental contra las desviaciones de poder y prácticas de corrupción; la selección del contratista está reglada, entre otras razones, con la finalidad de evitar tráfico de influencias y el concierto con los oferentes, que pueda causar la selección de un contratista que no cumpla con las condiciones requeridas para ejecutar el contrato, lo cual puede derivar en una afectación del patrimonio público.

Por tanto, es imprescindible que en los procedimientos de selección de contratistas regidos por el principio de transparencia predomine su carácter público, que conlleve al control de los ciudadanos y de los órganos fiscales, para garantizar una eficiente inversión de los recursos públicos. Los procedimientos en los cuales no está prevista la publicidad de la convocatoria a participar, la realización de actos públicos para la presentación y evaluación de ofertas deben estar limitados a supuestos cualitativos en razón de la naturaleza del contrato; su aplicación debe ser excepcional y, como tal, debe motivarse suficientemente su procedencia en aras de preservar la transparencia.

Ahora bien, se trate de un procedimiento de selección a través de un concurso público o de un procedimiento más restrictivo como el concurso cerrado o de una consulta de precios e inclusive en la excepcional contratación directa, el contratante debe sustanciar el procedimiento conforme el principio de transparencia y, por ende, en su actuación debe observar necesariamente las

reglas de selección objetiva, la publicidad de sus actos, la igualdad de condiciones para los participantes y oferentes, la motivación de sus actos y cumplimiento de las normas instituidas legalmente para tramitar cada procedimiento.

2. Fundamentación legal del principio de transparencia

En primer lugar, hay que destacar que la transparencia está consagrada constitucionalmente como un principio rector de la actuación de la Administración Pública. El ejercicio de la función pública, además de estar fundamentado en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas y responsabilidad, debe caracterizarse por ser transparente, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, de conformidad con el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Venezuela es Estado Parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada en fecha 02-06-1997, cuyos propósitos obligan a promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; así como promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes, a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Ahora bien, el Decreto Ley que reforma la Ley contra la Corrupción, cuya publicación es posterior a la entrada en vigencia de la Constitución Bolivariana y a la ratificación de la Convención Interamericana *ut supra* identificada, contempla el establecimiento de normas que rijan la conducta que deben asumir las personas sujetas a la misma, con la finalidad de salvaguardar el patrimonio público, garantizar el manejo adecuado y transparente de los recursos públicos, con fundamento en los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y corresponsabilidad; asimismo, prevé la tipificación de los delitos contra la cosa pública y las sanciones que deberán aplicarse a quienes infrinjan estas disposiciones y cuyos actos, hechos u omisiones causen daño al patrimonio público, conforme lo dispuesto en el artículo 1 del referido Decreto Ley.

En este orden de ideas, es preciso señalar que los funcionarios y empleados públicos están en la obligación de sustanciar los procedimientos (selección de contratistas) y demás trámites administrativos procurando su simpli-

ficación y respetando entre otros principios, el principio de transparencia, establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁶.

Asimismo, es necesario destacar que la transparencia es un principio rector de los deberes y conductas de las servidoras y los servidores públicos respecto a los valores éticos que deben regir su actuación. Por tanto, el Código de Ética exige de toda servidora o servidor público la ejecución diáfana de los actos de servicio y el respeto del derecho de toda persona a conocer la verdad sin omitirla ni falsearla, en observancia de las garantías establecidas en el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁷.

Igualmente, Venezuela ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que desarrolla y consagra una serie de mecanismos y obligaciones desde una perspectiva integral y multidisciplinaria, asumiendo entre otras, la obligación de adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, con el objeto de prevenir la corrupción, entre otros fines⁸.

La referida Convención es el primer y único instrumento internacional universal aprobado para abordar la corrupción a nivel mundial. Su ámbito de aplicación comprende la prevención, penalización y cooperación internacional en los casos que los actos de corrupción rebasen las fronteras nacionales y alcancen niveles transnacionales como recientemente ha sido noticia comunicacionalmente pública y notoria con las contrataciones de la empresa privada Odebrecht en Brasil y otros países de América Latina. Asimismo, contempla la recuperación de activos y bienes obtenidos como consecuencia de actos de corrupción, y finalmente establece mecanismos de implementación y seguimiento para promover y revisar la instrumentación de las disposiciones de la Convención.

En tal sentido, el artículo 9 de la referida Convención prevé las reglas mínimas que Venezuela y los demás Estados Partes deben seguir para prevenir la corrupción en materia de contrataciones públicas. Por tanto, dispone que los sistemas de contratación pública estén fundamentados en los principios de transparencia, competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones que sean eficaces para prevenir la corrupción.

⁶ Artículo 16 del Decreto Ley contra la Corrupción.

⁷ Numeral 10 del artículo 4 del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos.

⁸ Véase Gaceta Oficial N°38.192, de 23-05-2005.

De conformidad con las disposiciones de la Convención, la transparencia implica el manejo claro de los recursos del erario de los Estados, el cual debe hacerse con eficacia y honradez.

Por su parte, la competencia se refiere a que la Administración Pública que se encargue de los procesos de contratación abrirá la posibilidad de participación a cualquier participante u oferente que desee participar en ella, con el fin de poder seleccionar la oferta con las mejores condiciones posibles: Precio, tiempos de entrega, calidad de los materiales y servicios, generación de fuentes de empleo, oportunidad, entre otras.

Con relación a los criterios objetivos para la toma de decisiones, la Convención busca establecer un margen de igualdad entre los participantes y oferentes que pretendan celebrar algún contrato con el Estado. En tal sentido, para que la Administración pueda hacer la mejor selección de contratantes, requiere establecer los mismos requisitos y condiciones, evitando favorecer sólo a uno, y proporcionar a los interesados igual acceso a la información relacionada con dichos procedimientos.

Adicionalmente, la Convención prevé que el acceso a la información se facilitará en la medida en que ésta sea pública, accesible y publicitada a través de los mecanismos de difusión con que cuente el Estado, haciendo uso de las mejores tecnologías que le permitan alcanzar el mayor grado de publicidad informativa posible.

Asimismo, la Convención contempla la rectoría del principio de eficacia, entendida como la capacidad de lograr determinados efectos, se halla como principio convencional que obliga a los Estados miembros no sólo a adoptar los mejores mecanismos en sus procesos de contratación pública para evitar la corrupción, sino a que ésta efectivamente pueda evitarse.

Otros principios y reglas que rigen la Convención y que deben observar los Estados Partes como Venezuela en torno a estos procesos públicos de contratación, son: i) Publicidad y publicación de información de manera pronta y oportuna, ii) Formulación previa de condiciones de participación, iii) verificación, iv) Mecanismos eficaces que permitan a los participantes y oferentes informarse a los procedimientos públicos de selección de contratistas, v) Elección de funcionarios adecuados y vi) Aplicación de medidas o sanciones que eviten y prevengan la corrupción.

Siguiendo con la revisión del marco normativo, siendo la transparencia un principio en cual debe fundamentarse el ejercicio de la función pública, el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal dispone que el Sistema Nacional de Control Fiscal tiene como objetivo fortalecer la capacidad del Estado para ejecutar

eficazmente su función de gobierno, lograr la transparencia y la eficiencia en el manejo de los recursos del sector público y establecer la responsabilidad por la comisión de irregularidades relacionadas con la gestión de las entidades aludidas en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esa Ley.

Por consiguiente, el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, normativa especial que regula los procedimientos de selección de contratistas en Venezuela, contempla en el artículo 1, entre otros fines, la preservación del patrimonio y asegurar la transparencia de las actuaciones de los contratantes sujetos a su aplicación. Asimismo, expresamente establece el artículo 2 del referido Decreto Ley que sus disposiciones se desarrollarán respetando los siguientes principios: “economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y simplificación de trámites; y deberán promover la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción”.

Por otra parte, en fecha 11-01-2018, la Asamblea Nacional Constituyente en funciones aprobó la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, que, conforme al artículo 1, tiene por objeto el establecimiento de normas básicas de conducta para la Administración Pública en todos sus niveles que promuevan la honestidad, participación, celeridad, eficiencia y transparencia en los procesos de contratación y adquisición de bienes, servicios y obras públicas.

Por otro lado, a nivel regional los siguientes estados han avanzado en la promulgación de normativas en materia de transparencia y acceso a la información pública: Lara (Ley Estatal de Acceso a la Información Pública), Miranda (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública), Anzoátegui (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública) y Nueva Esparta (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

De la misma forma, algunos municipios han aprobado ordenanzas; entre ellos se encuentran los municipios San Diego, estado Carabobo; Baruta y los Salias, estado Miranda; Campo Elías, estado Mérida; y Maneiro, estado Nueva Esparta. Estas normativas son, en términos generales, completas y contienen regulaciones sobre las sanciones a aplicar a los funcionarios públicos que se abstengan de dar la información pública, estándares para publicación proactiva de la información en las páginas web gubernamentales, normas para la reserva de información, y el tratamiento de las peticiones, entre otras, en aras de garantizar la transparencia en la gestión pública.

3. Principios generales que rigen los procedimientos de selección de contratista

Los procedimientos de selección de contratistas deben fundamentarse en los principios que rigen la actividad administrativa contemplados en el artículo 141 de la Constitución y los procedimientos administrativos en general previstos en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Ahora bien, la presente investigación examina el principio de legalidad y los principios generales previstos en el artículo 2 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

A. Principio de legalidad

Este principio es la base que fundamenta al Estado de Derecho; por tanto, la Administración Pública podrá actuar siempre y cuando el ordenamiento jurídico habilite su actuación para determinados fines y, en los casos que no le esté expresamente autorizado, se entenderá que lo tiene prohibido; esto, en sentido contrario a lo que acontece con los particulares, a quienes sólo les está prohibido aquello que taxativamente determina la norma jurídica que es una conducta prohibida o sancionada. En consecuencia, es la Ley la génesis y terminación de las facultades de la Administración.

En Venezuela, la Constitución y la Ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen de conformidad con el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así las cosas, la Administración Pública carece de prerrogativas si éstas no están expresamente determinadas en las normas jurídicas; en tal sentido, solo podrá celebrar contratos de prestación de servicio, suministro de bienes y ejecución de obras previo cumplimiento de los procedimientos administrativos establecidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas; y aplicar cuando corresponda en forma supletoria las disposiciones de la Ley que regula la materia de procedimientos administrativos⁹. Por tanto, ninguna actuación administrativa es válida si se aparta de lo lícito y de lo jurídico.

En consecuencia, los procedimientos de selección de contratistas son garantía de la legalidad para que la decisión administrativa sea oportuna y lo más correcta posible. Por tanto, el pliego o condiciones de contratación debe elaborarse conforme a la normativa aplicable. La Administración no puede

⁹ Artículo 7 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

contratar con quien quiera sino que debe ajustarse para que la selección del co-contratante esté basada en criterios objetivos, cumpliendo éste con los requisitos de idoneidad legal, técnica y financiera.

La Administración Pública no puede aplicar el procedimiento de selección discrecionalmente; conforme al principio de legalidad, corresponde utilizar el procedimiento que sea aplicable según los supuestos cuantitativos o cualitativos establecidos legalmente.

Además, el deber de la Administración, como contratante, de motivar la selección del contratista es garantía de legalidad en el procedimiento, cuyas actuaciones deben ser recogidas en el expediente de la contratación.

B. Principios de economía y eficiencia

Estos dos principios están estrechamente relacionados. El principio de economía persigue que los procedimientos de selección de contratistas no sean el resultado de la improvisación y el desorden; estos procedimientos deben obedecer a una planificación de la Administración contratante para satisfacer determinadas necesidades previamente identificadas, evaluadas, programadas y presupuestadas. En tal sentido, inspirada por este principio, la Administración debe cumplir las fases y actos estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la oferta más favorable a sus intereses.

De esta forma, los procedimientos de selección de contratistas deben realizarse oportunamente, procurando cumplir con los lapsos de los procedimientos sin tener que recurrir a su ampliación, evitando retardos que pueden perjudicar el funcionamiento del contratante, y actuando con celeridad, sin formalidades no esenciales y sin que ello afecte la observancia de las garantías de los participantes y oferentes.

Asimismo, conforme a este principio, la Administración debe asegurarse de contar con la disponibilidad presupuestaria antes de iniciar el procedimiento de selección de contratistas y, de igual forma, una vez seleccionada la oferta, ésta no podrá ser modificada por reconsideración de precios sin que se cumplan los requisitos establecidos previamente al inicio en el pliego, condiciones de contratación o el contrato.

Por su parte, el principio de eficiencia busca la racionalización de los procedimientos de selección, con medidas de simplificación de procesos en atención a las necesidades de la Administración, lo cual coadyuva en la obtención de mejores resultados con la menor inversión posible, en términos de tiempo y recursos.

En ese sentido, la Administración ha optado por la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de selección para aumentar la eficacia de los procedimientos, mejorar el acceso para los participantes y oferentes, así como para brindar una mayor capacidad de elección a la Administración contratante.

La eficiencia está asociada a la selección del procedimiento más favorecedor de la concurrencia y que establezca las mayores garantías de aplicación del principio de igualdad entre los participantes y oferentes; es un procedimiento abierto, en el que pueden presentarse todos aquellos participantes que reúnan los criterios de capacidad legal, técnica y financiera, así como las solvencias requeridas para calificar y presentar oferta, sin preselecciones previas que limiten su participación y presentación de ofertas.

Asimismo, el adecuado diseño del pliego o condiciones de contratación favorece el establecimiento de un procedimiento de selección eficiente; por ello, es necesaria la planificación interna del contratante orientada a la elaboración anticipada de la referida documentación.

C. Principio de honestidad

Este principio tiene fundamento constitucional en el artículo 141 de la Constitución, y forma parte de los principios que debe respetar la Administración en el desarrollo de las disposiciones del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Los miembros de comisión de contrataciones, la unidad contratante, la máxima autoridad del contratante, en las contrataciones con recursos públicos, como funcionarios o empleados públicos que son, se regirán por el principio de honestidad, conforme al artículo 6 del Decreto Ley contra la Corrupción. Este principio debe inspirar las actuaciones de los funcionarios responsables del procedimiento de selección de contratistas; en tal sentido, sus actuaciones deben ser imparciales, sin favorecer a ningún participante u oferente durante el procedimiento de selección de contratistas.

En tal sentido, los funcionarios responsables deben obrar conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico aplicable, sin desconocer el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses; asimismo, no deben incurrir en prácticas de corrupción.

D. Principio de simplificación de trámites

Este principio está estrechamente relacionado con el principio de celeridad y de eficacia que rigen la actividad administrativa en general. La simplificación se materializa con la revisión, simplificación, supresión y modificación de los parámetros que configuran el procedimiento administrativo para dar celeridad, eficiencia y eficacia a la actuación administrativa, contribuyendo en el establecimiento de procedimientos menos complejos.

La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones, está contemplada como una medida necesaria para aumentar la transparencia en la Administración Pública, en aras de prevenir la corrupción de conformidad con el literal b) del artículo 10 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

La aplicación de este principio en los procedimientos administrativos y, en particular, en los de selección de contratistas tiene por objeto:

i) *Disminución de cargas administrativas*: Reducir o eliminar documentos, trámites y procedimientos administrativos, a los fines de que sólo se impongan a los participantes y oferentes las cargas estrictamente necesarias y pertinentes; en tal sentido, la Administración debe abstenerse de exigir requisitos no establecidos expresamente por la normativa legal. Asimismo, la Administración podrá utilizar formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza del acto lo haga posible.

En este sentido, de conformidad con el artículo 4 de la Resolución Conjunta N° 004/2018 y 012/2018, mediante la cual se establecen medidas para la promoción de las pequeñas y medianas industrias, y sujetos del nuevo tejido productivo, en el acceso al sistema de Contrataciones Públicas, el Ministerio con competencia en planificación promoverá la redacción de formularios o modelos de pliegos, invitaciones, convocatorias y demás instrumentos contentivos de las reglas específicas del procedimiento, a fin de asegurar la unidad y armonización de criterios.

ii) *Racionalización y agilización del procedimiento administrativo*: Ordenar el procedimiento administrativo conforme a un criterio razonable del tiempo, del costo y de la norma, a fin de que sea más ágil y económico. En tal sentido, se prohíbe el fraccionamiento en varios contratos para la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o la adquisición de bienes, con la finalidad

de realizar procedimientos de menor cuantía, y así evadir controles y principios aplicables a los procedimientos abiertos de mayor cuantía¹⁰.

Igualmente, para agilizar la contratación, está previsto que, declarado desierto un concurso abierto, podrá procederse por concurso cerrado. Cuando el procedimiento declarado desierto fuera un concurso cerrado, podrá procederse por una consulta de precios; y si ésta resulta desierta, podrá realizarse un procedimiento de contratación directa¹¹.

4. Principios garantes de la transparencia en los procedimientos administrativos de selección de contratistas

El principio de transparencia está asociado con otros principios que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas; por tanto, la inobservancia y el establecimiento de reglas inspiradas en esos principios contribuye a una mayor transparencia en los procedimientos. Por ello esta investigación identifica y analiza los referidos principios, a saber:

A. Principio de planificación

Es un principio rector de las contrataciones públicas en Venezuela y se manifiesta en la fase previa al inicio del procedimiento de selección de contratistas. El contratante debe determinar previamente el tipo de procedimiento de selección aplicable de acuerdo a la cuantía o naturaleza de la contratación, las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación.

Toda contratación debe planificarse. Esa es la regla y como tal debe ser programada de conformidad con el proyecto de presupuesto del contratante y dicha programación debe remitirse al Servicio Nacional de Contrataciones, de conformidad con el artículo 38 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Ahora bien, cuando se trate de contrataciones directas no programadas, realizadas con ocasión a emergencias comprobadas, debe motivarse suficientemente y remitirse al órgano de control interno, a los

¹⁰ Artículo 57 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

¹¹ Artículo 114 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

finés previstos en el artículo 102 del referido Decreto Ley. A mayor planificación, menor improvisación y mayor transparencia en el uso e inversión de los recursos públicos¹².

La planificación de los procedimientos de selección de contratistas es necesaria para conseguir los objetivos estratégicos trazados por el contratante, disminuye el número de procedimientos declarados desiertos y las excepcionales contrataciones directas por adquisiciones urgentes.

Observando el principio de planificación, la Administración podrá cumplir con el principio de economía, porque la planificación permite establecer la duración del objeto contractual, precisando el precio real de bienes, servicios y obras a contratar, lo cual facilita la evaluación de las ofertas y la selección, contribuyendo a que la Administración no tenga que pagar ni más ni menos de lo que corresponde por la ejecución del contrato.

B. Principio de igualdad

Este principio es de carácter finalista y no meramente formal, en virtud de que tiene por objetivo generar más concurrencia y competencia en los procedimientos de selección de contratistas, contribuyendo a una mayor eficiencia de la inversión pública.

La igualdad se erige en la obligación de la Administración de no tratar de manera diferente situaciones similares, sin justificación suficiente. Asimismo, las condiciones de contratación deben ser aplicadas a todos los participantes y oferentes de la misma manera sin que medie discriminación o favoritismo, por lo cual su actuación debe ser imparcial¹³.

Ahora bien, la aplicabilidad de este principio no solo implica el establecimiento de condiciones no discriminatorias para presentarse como participante u oferente en el procedimiento de selección de contratistas, sino que la Administración debe adoptar medidas necesarias para su participación, en

¹² Brewer Carías, Allan: "Todos los contratos celebrados por la Administración, cuando impliquen compromisos financieros y, por tanto, gastos, para poder celebrarlos, debe haberse previsto dicho gasto en el presupuesto anual. La previsión constitucional venezolana de que no se hará del Tesoro gasto alguno no previsto en la Ley de Presupuesto, se aplica a cualquier gasto originado en cualquier actividad administrativa, incluso a su actividad contractual". *Contratos Administrativos*, 1992, p 45.

¹³ Artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que "La actividad administrativa se desarrollará con arreglo a principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad. Las autoridades superiores de cada organismo velarán por el cumplimiento de estos preceptos cuando deban resolver cuestiones relativas a las normas de procedimiento".

aras de la transparencia; la Administración, respetando el principio de igualdad, abre la competencia en los procedimientos de selección y controla la imparcialidad, evitando el favoritismo y arbitrariedad por parte de la propia Administración.

En Venezuela, el principio de igualdad tiene su fundamentación en el artículo 21 de la Constitución Bolivariana de Venezuela; en efecto, todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación; por tal motivo, la actividad contractual de la Administración Pública debe regirse por esa igualdad de oportunidades¹⁴ y derechos para los interesados en contratar con el Estado, y participar en su desarrollo convencional, lo que también es conocido como democratización contractual.

Ahora bien, este principio no es absoluto¹⁵, y el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas establece medidas de promoción de desarrollo económico que en algunos casos constituyen preferencias para oferentes regionales y pequeñas y medianas empresas (PYMES), así como para cooperativas, en los procedimientos de selección de contratistas. No obstante, este tipo de preferencias deben ser generales, impersonales y motivadas legalmente; tales preferencias, relacionadas con el Valor Agregado Nacional y las PYMES, están previstas en el artículo 15 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

Es preciso indicar que la exigencia de determinada capacidad financiera puede constituir una limitación para la participación de las PYMES en los procedimientos de selección. En ese sentido, los requisitos deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato.

Ahora bien, el Ejecutivo Nacional, mediante Resolución Conjunta de los Ministerios con competencia en planificación, economía y finanzas, estableció

¹⁴ Para Brewer Carías, los mecanismos selección de contratistas “están fundamentados en los siguientes principios: en primer lugar, el principio de la igualdad de las posibilidades, de manera que abierta una licitación o un concurso, puedan los particulares, en pie de igualdad, licitar o postular sus ofertas; y por otra parte, el principio del respeto a las bases de la licitación, que es la garantía, precisamente, de esa igualdad entre los contratistas. Las ventajas de un sistema de licitación o de concursos públicos o privados consisten en que, por una parte, se tiende a eliminar el favoritismo que pueda ser llevado adelante por algún funcionario público y, por la otra, establece la posibilidad de que se obtengan ventajas y mejores precios en la celebración de los contratos gubernamentales”.

¹⁵ Roberto Dromi en su obra *La Licitación Pública*: “toda ventaja concedida por el licitante a favor de un licitador, que simultáneamente no haya sido efectuada en beneficio de los demás oferentes, lesiona y restringe el principio de igualdad, viciando de nulidad los actos del procedimiento y aun el contrato que luego formalice”, p. 138.

medidas de preferencia para la promoción de las pequeñas y medianas industrias, así como para incentivar a los sujetos del nuevo tejido productivo en el acceso a las contrataciones públicas, en aras de una participación equilibrada de todos los actores económicos. En tal sentido, se simplificó su proceso de inscripción en el Registro para contratar con el Estado; asimismo, se estableció la posibilidad de convocar ruedas de negocios y compras descentralizadas, habilitando a los contratantes a celebrar acuerdos, alianzas y contratos para la contratación directa de estos actores económicos.

Aunado a lo anterior, la Resolución Conjunta establece como medida de preferencia un margen de ventaja de 25% del precio a favor de este tipo de participantes, así como el otorgamiento de anticipos que no superen el 80% del precio total del contrato, entre otras preferencias relacionadas con el pago a este tipo de actores económicos.

Por otra parte, resulta inarmónico a la luz del principio de igualdad cuando el legislador exceptúa de requisitos que deben cumplir los participantes y oferentes nacionales a participantes y oferentes sin domicilio ni filiales en Venezuela de conformidad con lo dispuesto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contrataciones Públicas, como sucede en los procedimientos en los que se requiere calificación de las personas naturales y jurídicas nacionales pero no así para las extranjeras, de conformidad con el artículo 49 del referido Decreto Ley. No obstante, la entrada en vigencia de la novísima Ley Constitucional en esta materia da por terminado ese desequilibrio, considerando que para participar en los procedimientos de selección y contratación, sin distinción del domicilio del oferente, será necesaria la presentación del Registro Único de Contrataciones Públicas.

En este orden de ideas, es necesario referirse a la segunda parte de la disposición contenida en el artículo 9 de la Ley Constitucional *ut supra* identificada, en virtud que establece con precisión la oportunidad de la exigencia del comprobante de inscripción en el Registro necesario para participar en los procedimientos de selección y adjudicación (Registro Único de Contrataciones Públicas), el cual será emitido de manera indefinida, pero el interesado deberá emitir para cada proceso una declaración en la cual confirme que la información en él contenida sigue siendo correcta¹⁶.

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones públicas dictado en 2008¹⁷, así como la Ley de Contrataciones Públicas dictada en

¹⁶ Artículo 14 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

¹⁷ Artículo 29 del Decreto N° 5.929, de 11-03-2008, publicado en Gaceta Oficial N° 38895 de 25-03-2008.

2009¹⁸, establecían la obligación de inscripción en el Registro Nacional de Contratistas para presentar ofertas; en tal sentido, el contratante verificaba el cumplimiento del requisito únicamente al momento de la calificación legal sin comprobar el estatus de la inscripción al momento de otorgar la adjudicación.

Como consecuencia de lo anteriormente indicado, la Contraloría General de la República ha constatado en auditorías realizadas en el año 2016 la adjudicación de contratos a empresas inhabilitadas para contratar con el Estado por no estar inscritas en el Registro Nacional de Contratistas desde el año 2014, por lo cual es pertinente que, adjudicado un contrato, existan mecanismos de control a nivel de medios electrónicos interoperativos que emitan notificaciones a los órganos de control que permitan tomar los correctivos y establecer las sanciones administrativas a que hubiera lugar¹⁹.

Ahora bien, el Decreto con Rango, Valor y Ley de Contrataciones Públicas vigente contempla en su artículo 47 que los potenciales oferentes están en la obligación de inscribirse en este registro para contratar con el Estado y las organizaciones de base del Poder Popular, cuando manejen fondos públicos. Así mismo, establece como requisito la calificación de los contratistas en todas las modalidades permitidas por la Ley, por parte del Registro Nacional de Contratistas, para contratos de bienes y servicios cuyo monto sea superior a 4.000 UT, y para contratos de ejecución de obras con montos superiores a 5.000 UT. La calificación durará un año, debiendo ser renovada.

Con la entrada en vigencia de la Ley Constitucional antes referida, queda taxativamente regulado que el Registro Único de Contrataciones Públicas solo podrá ser solicitado por el contratante como requisito para la participación en procesos de selección de contratistas y al momento de la adjudicación del contrato, sin que pueda ser exigido en otras etapas de la contratación o de la ejecución del contrato.

Asimismo, es conveniente resaltar que el contratante podrá solicitar a los participantes los documentos justificativos que demuestren el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos para participar en el procedimiento de selección, pero no podrá requerirles documentos justificativos que hayan sido consignados o exhibidos para obtener el comprobante de inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas. Tampoco podrán ser exigidos al interesado documentos justificativos o probatorios en la medida en que la información en ellos contenida haya sido satisfecha al obtener la

¹⁸ Artículo 29 de la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en Gaceta Oficial 39.165 de 24-04-2009.

¹⁹ Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2016, p. 71.

inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas, o dicha información pueda ser obtenida por el contratante accediendo directamente a una base de datos administrada por un órgano o ente público, simplificando de esta forma los trámites para acceder a los procedimientos de selección y estableciendo condiciones igualitarias para todos los interesados en participar.

Igualmente, el contratante debe facilitar a todos los participantes y oferentes la mayor información sobre el desarrollo del procedimiento de selección, especialmente las actuaciones de la comisión de contrataciones y unidad contratante que resultan determinantes para la selección de la oferta con la primera opción para el otorgamiento de la adjudicación del contrato; es una medida que contribuye a mejorar la objetividad y transparencia del procedimiento y, por tanto, salvaguarda el principio de igualdad de todos los participantes y oferentes es el curso del procedimiento.

C. Principio de publicidad

Su observancia garantiza la posibilidad que todos aquellos que tengan interés en contratar con el Estado, tengan acceso público a todos los documentos relacionados con el procedimiento de selección de contratistas iniciado con el llamado a participar para la calificación o para la presentación de ofertas, hasta el acto de evaluación de ofertas y de la selección para la adjudicación del contrato. Este principio no solo abarca el procedimiento de selección de contratistas sino que comprende además aspectos contractuales relacionados con el contrato adjudicado, las condiciones en que fue suscrito e incluso su administración, dando a quienes participaron y al público en general la posibilidad de conocer todos esos datos, para así lograr el fin último de este principio, la transparencia que fortalece a la moralidad pública.

Este principio sirve de medio para garantizar la captación de ofertas con un doble objetivo: promover la concurrencia y fiscalizar a la Administración.

La publicidad y el acceso a la información referente a los procedimientos de selección de contratistas es un presupuesto de la transparencia administrativa de estos procedimientos. Los particulares frente a la Administración Pública tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer los actos definitivos que se adopten sobre el particular.

Por mandato expreso del artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “no se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”. La publicidad implica el deber de los funcionarios públicos de suministrar la información necesaria a los interesados de tal forma que puedan

adoptar la decisión de participar o no en un procedimiento. Todos los interesados deben disponer de iguales oportunidades. Todas las condiciones y procedimientos deben elaborarse de forma clara, precisa e inequívoca en el pliego, con el fin que los interesados en participar puedan comprender su alcance e interpretarlo de la misma forma, garantizando además que las ofertas que se presenten respondan a sus criterios.

Además la publicidad es fundamental para que proceda la igualdad de oportunidades y la correcta actuación administrativa. Este principio implica el acceso a la información acerca del procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, respetando el equilibrio que debe existir entre el acceso a la información y la protección de datos.

Ahora bien, como Estado Parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Venezuela está obligada a dictar medidas que fomenten la difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los participantes y oferentes potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas.

Además, para declarar confidenciales los documentos contenidos en el expediente de la contratación conforme el artículo 15 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, se requiere cumplir con las formalidades exigidas en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; en consecuencia la declaratoria de confidencialidad debe hacerse de forma motivada.

Todo acto administrativo se presume de carácter público; en ese sentido, la Administración debe garantizar la mayor publicidad de los actos inherentes al procedimiento de selección de contratistas; a mayor publicidad se reducen las posibilidades de desviaciones administrativas y prácticas de corrupción.

Con la entrada en vigencia de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, se da preferencia al uso de medios de información y comunicación electrónicos para dar publicidad a los pliegos y condiciones de contratación, expedientes, presentación de ofertas, entre otros, todo ello de conformidad con el artículo 12 de la referida normativa.

Actualmente existe la tendencia a instrumentar el principio de transparencia a través del uso de medios de información y comunicación electrónicos que en España se conoce como el perfil del contratante. Es un sistema electrónico de publicidad a través del internet gratuito y de fácil acceso para que la Administración Pública, en su condición de contratante, difunda información

relacionada con su actividad contractual, promoviendo la concurrencia entre los interesados.

No obstante lo anteriormente expuesto, como limitante al principio de publicidad, hay que considerar que, en fecha 21-12-2010, se publicó en la Gaceta Oficial de la República N° 39.578, providencia administrativa N° 009 dictada por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUS-CERTE), organismo adscrito al Ministerio con competencia en Ciencia y Tecnología, que contiene la Clasificación y Tratamiento de la Información en la Administración Pública, la cual establece que toda información generada no podrá ser publicada o revelada al público en general sin la previa autorización debida y formal de la unidad responsable de la imagen institucional o de la máxima autoridad de cada organismo. En efecto, no se establece el principio de máxima publicidad en el marco legal relacionado con el acceso a la información. La limitación al principio constituye la regla, y no la excepción, en este acto administrativo que viene a normar un derecho constitucional consagrado constitucionalmente en los artículos 28, 57, 58 y 143 de la Constitución.

Esta normativa limita más el acceso a la información al otorgar la potestad a los organismos para catalogar una información como confidencial si posee importancia política o podría afectar su imagen pública, por lo cual no estarían en la obligación de divulgarla.

La normativa de Clasificación y Tratamiento de la Información en la Administración Pública se articula con la creación del Centro de Estudio Situacional de la Nación (CESNA); encargado de analizar todas las informaciones que provengan del Estado y de la sociedad sobre cualquier aspecto de interés nacional, para declararla de carácter reservado, clasificado o de divulgación limitada.

Por otra parte, actualmente en la Asamblea Nacional existe un Proyecto de Ley Orgánica de Transparencia, Divulgación y Acceso a la Información Pública cuya *ratio legis* se fundamenta en que el Estado está en la obligación de promover una cultura de transparencia en la sociedad y en el sector público, de actuar con debida diligencia en la promoción del acceso a la información, de identificar a quienes deben proveer la información, y de prevenir los actos que lo nieguen y sancionar a sus infractores.

D. Principio de competencia

Este principio tiene una doble finalidad: proteger los intereses económicos de la Administración Pública, a través de la mayor competencia posible, y garantizar la igualdad de acceso a los procedimientos de selección de contratistas. De esta forma, la Administración contratante podrá disponer para su

evaluación de “múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su comportamiento”²⁰, como bien sostiene el jurista argentino Agustín Gordillo.

En tal sentido, la concurrencia de varios participantes y la presentación de diferentes ofertas en los procedimientos de selección de contratistas permiten a la Administración Pública evaluar distintas ofertas antes de otorgar la adjudicación del contrato. Ahora bien, el alcance de este principio, al igual que de los dos últimos principios anteriormente descritos, depende del tipo de procedimiento realizado, sin que la Administración esté obligada a situarse necesariamente en el mínimo de participantes requeridos para la procedencia de determinado procedimiento de selección. Para el concurso cerrado, la Administración puede seleccionar al menos cinco participantes pero no hay ninguna limitante para que el número de participante a concurrir sea mayor al mínimo requerido.

Ahora bien, en el concurso abierto la concurrencia de participantes es mayor que en el concurso cerrado y la consulta de precios; no están previstas preferencias regionales que pudiesen limitar la participación de empresas de otras regiones, y la convocatoria a participar es a través de un llamado público, sin que exista una preselección de los participantes a convocar.

Un mecanismo previsto para garantizar este principio es el rechazo de las ofertas que sean presentadas por personas distintas, si se comprueba la participación de cualquiera de ellas o de sus socios, directivos o gerentes en la integración o dirección de otro oferente en el procedimiento; ello, a los fines de evitar el monopolio de las contrataciones en manos de grupo de particulares.

Va con ello dicho que el principio de transparencia en la gestión pública, exigido por las normas y principios para la prevención de la corrupción administrativa, sólo se ve servido por el pedido de ofertas efectuadas de manera abierta al universo de posibles oferentes, considerando además que la transparencia implica mayor confianza institucional que pudiese repercutir significativamente en una mayor concurrencia de participantes y oferentes evitando que los procesos sean declarados desiertos por falta de presentación de una oferta válida.

De lo anteriormente expuesto se desprende indefectiblemente la relevancia de la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas y la necesidad de contar en la legislación que regula la materia con mecanismos

²⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 2 La Defensa del Usuario y el Administrado, Capítulo XII La Licitación Pública. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2014, p. XII.17, 491.

suficientemente idóneos y eficaces para garantizar un procedimiento de selección transparente, en aras de la preservación del patrimonio público y de la erradicación de prácticas de corrupción administrativa en la selección de contratistas, que no conlleven a la escogencia de la oferta más favorable para la Administración Pública y que en definitiva afectan el interés general del Estado porque resulta disminuida la calidad y oportunidad en la ejecución de los contratos adjudicados destinados al bien común por su uso colectivo como hospitales, escuelas, carreteras y vías en general, limpieza de áreas públicas, suministro de bienes para el funcionamiento de oficinas públicas, entre otras.

En definitiva, el procedimiento de selección ha de estar presidido por el principio de transparencia, con el objetivo de garantizar que la selección del contratista se realice siempre que su oferta objetivamente resulte más ventajosa en conjunto, en un proceso con la publicidad adecuada que facilite la libre competencia e igualdad de trato y condiciones. Dicho lo anterior, resulta necesario que se desarrolle suficientemente en la legislación venezolana el principio de selección objetiva del contratista, en virtud de su relación directa con la transparencia en los procedimientos.

La Constitución de 1999, como hemos visto anteriormente, en el artículo 141 consagra los principios que rigen la actividad administrativa del Estado, como principios de rango constitucional; no obstante, a pesar de que el constituyente no se haya referido a la selección objetiva como principio de rango constitucional, la selección de los contratistas se constituye en el ejercicio verdadero de la función administrativa del Estado, por satisfacer el interés general, obedeciendo exclusivamente a una decisión neutral de una administración imparcial, sujeta única y exclusivamente al interés general.

Por tanto, es objetiva la selección cuando en la escogencia se elija el ofrecimiento más favorable a la Administración contratante y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezca la Administración en los pliegos o condiciones de contratación deben ser objetivos.

En los procedimientos, la selección objetiva aplica tanto en el concurso abierto como en la contratación directa, porque en ambos procedimientos la finalidad debe ser la escogencia de la oferta más favorable, la cual adquiere tal calidad mediante la relación de sus aspectos técnicos y económicos; ello significa que la mejor propuesta no es necesariamente la más económica, aunque el precio es un factor importante.

En consecuencia, la selección objetiva es determinante para que la Administración logre procedimientos como el concurso abierto más transparentes

y accesibles a la participación de cualquier interesado, que con base en el principio de publicidad genere mayor confianza, incrementado la confiabilidad en las actuaciones de la Administración contratante.

III. MECANISMOS APROPIADOS PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN VENEZUELA

En este punto de la investigación se describen los mecanismos administrativos elementales para preservar la transparencia en la selección objetiva del contratista. Algunos de estos elementos se encuentran regulados en la normativa venezolana; otros inexplicablemente han sido suprimidos; asimismo, hay varios que se encuentran en vía de desarrollo normativo.

Es preciso señalar que los mecanismos que aquí se detallan para garantizar la transparencia no están reñidos con una gestión eficiente y tampoco son un obstáculo para la simplificación de trámites cuando sea posible, en el curso de los procedimientos de selección de contratistas; asimismo, muchos de estos mecanismos, como veremos a continuación, tienen su fundamento en el artículo 9 referido a la “Contratación pública y gestión de la hacienda pública” de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

1. En la fase previa al procedimiento de selección

Esta fase es determinante del procedimiento de selección, pues define las necesidades que precisa cubrir el contratante a través de un tercero (contratista) y los requerimientos con los que considera van a cubrirse de forma eficaz y eficiente esas necesidades. Para ello, el contratante debe realizar su formulación presupuestaria, que consiste en presupuestar las obras, servicios y adquisición de bienes a contratar en cada ejercicio fiscal, con base en su planificación y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. Aprobado el presupuesto, pueden iniciarse con anticipación los procedimientos de selección de contratistas para evitar que el retardo en su inicio ocasione un perjuicio al contratante. Asimismo, debe la unidad usuaria realizar el requerimiento de la contratación a la unidad contratante o comisión de contrataciones, dependiendo del tipo de procedimiento que corresponda aplicar.

La solicitud de la unidad usuaria debe realizarse por escrito y debe incorporarse al expediente de la contratación como parte integrante del mismo; en tal sentido, la Administración debe justificar las necesidades (bienes, servicios u obras) que se pretenden cubrir con el procedimiento conforme al presupuesto aprobado.

La unidad usuaria, concedora de la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios requeridos por el contratante, debe determinar las especificaciones técnicas contentivas de la especialidad, experiencia, los recursos técnicos y humanos que debe poseer el oferente seleccionado para ejecutar el contrato, en virtud del objeto del contrato y su duración. Cuando existan reglamentaciones técnicas obligatorias, éstas serán exigidas como parte de las especificaciones técnicas.

Asimismo, el contratante debe elaborar el presupuesto base, que es una estimación de los costos que se generan por las especificaciones técnicas requeridas para la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios. El presupuesto base será informado a los participantes y formará parte integrante del pliego y podrá establecerse como criterio de rechazo de la oferta. Para su elaboración, se considerarán todos los tributos correspondientes a su objeto y podrá mantenerse reserva de la estructura de costos. El presupuesto base da una idea de la posibilidad de cumplir las metas con la disponibilidad presupuestaria o reducirlas hasta igualarla.

Ahora bien, antes de comprometer la erogación de recursos como consecuencia de los gastos ocasionados por la ejecución de un contrato de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios, la unidad contratante o la comisión de contrataciones, dependiente del tipo de procedimiento de selección aplicable, debe solicitar a su unidad de presupuesto que certifique si existe una partida presupuestaria con fondos disponibles para imputarán los gastos de la contratación a realizar.

En tal sentido, el contratante podrá adjudicar la totalidad de la actividad objeto de contratación, dentro de un mismo ejercicio fiscal, al otorgar el contrato por el componente con disponibilidad presupuestaria, y el resto quedará condicionado a la obtención de los recursos presupuestarios necesarios para la culminación del resto de la actividad adjudicada, previa suscripción de los contratos respectivos.

El contratante no puede otorgar la adjudicación hasta tanto se cuente con la disponibilidad presupuestaria correspondiente²¹, tomando en cuenta los lapsos de los procedimientos de selección de contratistas señalados en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

En esta fase, el contratante debe preparar el pliego o condiciones de contratación que comprende el conjunto de cláusulas, redactado por la Administración, especificando el suministro, obra o servicio que se licita, estableciendo

²¹ Artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

las condiciones del contrato a celebrarse y los trámites a seguir en el procedimiento de selección del contratista.

Visto lo anteriormente expuesto, esta fase es fundamental, dado que en ella se determina el procedimiento de selección aplicable y las condiciones de contratación.

A continuación, los mecanismos considerados apropiados para garantizar la transparencia en esta fase y que repercuten estructuralmente en la materialización transparente de un procedimiento de selección de contratista.

A. Programación de los procedimientos de selección de contratistas

En Venezuela todo contratante debe elaborar una programación de la adquisición de bienes, prestación de servicio y ejecución de obras en los términos establecidos por el Servicio Nacional de Contrataciones en su condición de autoridad técnica en materia de contrataciones públicas, asimismo, debe remitir e informar cualquier modificación de la programación a dicha autoridad, conforme está previsto en normativa legal aplicable²². Dicha programación debe estar a disposición del público por disposición expresa del artículo 39 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

La programación debe contener datos mínimos como el tipo de procedimiento de selección, el objeto de la contratación, el monto estimado de la contratación, la fecha estimada de inicio del procedimiento y la unidad usuaria.

La programación anticipada de los procedimientos de selección y su divulgación permite a los interesados en contratar con el Estado planificar su posible participación en dichos procedimientos, lo cual pudiera ampliar la presentación de ofertas más idóneas, incide en una mayor participación y mejora la competencia, repercutiendo significativamente en la realización de un procedimiento de selección transparente. Al conocer los potenciales participantes la programación de los procedimientos que tiene previsto realizar el contratante podrán tomar previsiones para planificar su concurrencia, adecuando sus recursos y medios para presentarse en el procedimiento, previo estudio del objeto de la contratación y contando con tiempo suficiente para contactar proveedores, gestionar financiamientos, realizar alianzas comerciales, capacitar personal para mejorar su capacidad profesional y técnica, entre otros.

²² Artículo 38 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

En los procedimientos cuyo objeto de contratación es complejo los participantes ameritan tiempo suficiente para presentar sus ofertas, lo cual puede constituir una limitante para la participación de nuevas empresas del ramo y a su vez representa un beneficio para las empresas que han ejecutado con anterioridad el contrato a licitar. Tener acceso a la programación con anticipación aminora ese tipo de ventajas y favorece la transparencia en el procedimiento que se inicie para seleccionar al contratista.

Si bien resulta utópico garantizar que todos los participantes se encuentren en absoluta igualdad de condiciones para la presentación de sus ofertas considerando que la capacidad técnica y financiera de cada uno marca una distinción razonable, no es menos cierto que la divulgación de la programación permite a todos los interesados planificar sus ofertas con suficiente antelación.

Este mecanismo debe mantenerse y fortalecer en el ordenamiento jurídico venezolano. Para ello el contratante debe dar a la programación de sus procedimientos la adecuada publicidad, no basta establecer el carácter público de la programación, menos aun cuando se condiciona el acceso a esa información previo pago, cuando existen medios electrónicos para su publicación masiva y gratuita como la página web del Servicio Nacional de Contrataciones y la página web del contratante previa aprobación del presupuesto, lo cual afianza la transparencia de los procedimientos sin afectar la economía y eficiencia de la gestión del contratante.

En España Carbonero Gallardo, ha respaldado este mecanismo para mejorar la eficiencia de los procedimientos de selección, afirmando que la contratación de una Administración puede y deber ser planificada a tiempo, pues la mayoría de sus necesidades se conocen con suficiente antelación y son periódicas²³. Este mecanismo favorece la planificación interna del contratante, así como, la competencia, la igualdad y la publicidad de los procedimientos de selección de contratistas fortaleciendo su transparencia.

Hasta ahora en Venezuela, la regla es que los procedimientos de selección de contratistas deben estar previamente programados, salvo que se trate de una excepcional contratación directa como consecuencia de una emergencia comprobada, no previsible, por lo cual debe motivarse suficientemente.

²³ CARBONERO GALLARDO, José Miguel, "Hacia la eficiencia en la contratación Pública...", cit., CUNAL, 2012, p. 164.

B. Conformación, certificación y publicación de las comisiones de contratación pública

El procedimiento de selección de contratista como procedimiento administrativo especial en cuya sustanciación los responsables deben analizar y evaluar aspectos legales, técnicos y financieros, su tramitación debe estar a cargo de un cuerpo colegiado multidisciplinario debidamente capacitado en las referidas áreas, tomando en cuenta que el informe de recomendación o la opinión que emita, según el procedimiento que se trate, servirá de fundamento para otorgar la adjudicación del contrato y por ende, implicará un compromiso contractual que asume la Administración²⁴.

En la legislación venezolana está contemplada la obligatoriedad de constituir comisiones de contratación, sus miembros están considerados funcionarios o empleados públicos, según la naturaleza jurídica del contratante, y se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley contra la Corrupción en virtud que su actuación puede comprometer el patrimonio público²⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto, los miembros de la comisión de contrataciones están obligados a presentar la declaración jurada de patrimonio para dar a conocer al órgano contralor (Contraloría General de la República) su situación patrimonial antes y después de ser designado para cumplir tales funciones, a los fines que éste pueda realizar el procedimiento de verificación patrimonial²⁶.

Seguidamente se detalla cómo debe estar conformada una comisión de contrataciones, por qué debe certificarse y cuáles son sus funciones, así como su vinculación con la selección objetiva de la oferta más conveniente y el principio de transparencia que rige los procedimientos de selección ejecutados por la comisión.

a. Creación y conformación de las comisiones de contrataciones

El contratante debe constituir una o varias comisiones de contrataciones, que podrán ser permanentes o temporales atendiendo a la especialidad, cantidad y complejidad de la obra a ejecutar, la adquisición de bienes y la prestación de servicios²⁷. Sin embargo, a pesar que esta disposición se ha mantenido

²⁴ Numeral 4 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

²⁵ Literal b) del numeral 3, del artículo 3 del Decreto Ley contra la Corrupción.

²⁶ Artículo 23 del Decreto Ley contra la Corrupción.

²⁷ Artículo 14 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

en las distintas reformas y nuevas leyes dictadas en materia de contrataciones públicas en actuación fiscal realizada en las empresas del Estado como Venetur Valencia, C.A., Venetur Puerto La Cruz C.A., y Venetur Maracaibo C.A., se determinó la inexistencia de comisión de contrataciones para los períodos objeto de auditoría por parte de la Contraloría General de la República²⁸.

Las comisiones estarán integradas por un número impar de miembros principales con sus suplentes, de calificada competencia profesional y reconocida honestidad, designados por la máxima autoridad del contratante preferentemente entre sus empleados o funcionarios, quienes serán solidariamente responsables con la máxima autoridad, por las recomendaciones que presenten y sean aprobadas. Las designaciones de los miembros de las comisiones de contrataciones, se realizarán a título personal y deberán ser notificadas al Servicio Nacional de Contrataciones dentro de los cinco días siguientes, una vez dictado el acto.

En las comisiones de contrataciones estarán representadas las áreas jurídica, técnica y económico financiera e igualmente se designará un secretario con su suplente, con derecho a voz, más no a voto. Considerando el volumen de los procesos que desarrolle la comisión de contrataciones, se deberá definir en los contratantes una unidad de apoyo a la comisión para las actividades de la Secretaría.

Las comisiones se constituirán válidamente con la presencia de mayoría de los miembros que representan a las tres áreas que la integran. Asimismo, las decisiones y recomendaciones serán tomadas con el voto favorable de la mayoría. Dado que se trata de un órgano asesor multidisciplinario, el miembro que disienta de la decisión o recomendación adoptada por la mayoría podrá manifestarlo a los fines que conste en el acta de sesión que debe elaborar el secretario, a los fines de dejar constancia de las razones que justifican su posición.

Los miembros de la comisión deben proceder con objetividad e imparcialidad en todas las decisiones que le corresponda tomar y en los asuntos, en los que deba intervenir, cumplimiento de esta forma con un deber establecido en el numeral 6 del artículo 5 del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos.

La comisión tiene entre otras funciones, velar porque los procedimientos de contratación se realicen de conformidad con lo establecido en la legislación vigente que rige la materia, cuando ello fuera aplicable y con la normativa

²⁸ Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2016, pp. 176 y 177.

interna de cada contratante, asimismo, es responsable de recibir, abrir, analizar, los documentos relativos a la calificación de los oferentes; examinar, evaluar y comparar las ofertas recibidas, a cuyo efecto podrá designar o hacer que la unidad usuaria o unidad contratante proponga grupos de evaluación interdisciplinarios o recomendar la contratación de asesoría externa especializada en caso que la complejidad del objeto de la contratación lo requiera.

Asimismo, la comisión podrá descalificar participantes o rechazar ofertas de conformidad con lo establecido en la normativa, en el pliego o en las condiciones de la contratación. En este sentido, para una mayor transparencia en el procedimiento es preciso que a los fines de favorecer la concurrencia y la seguridad jurídica, la comisión vele porque el pliego o condiciones de contratación contenga de manera expresa las causales de descalificación en los concursos abiertos y el rechazo de las ofertas en todos los procedimientos, causales que deben ser interpretadas de forma restrictiva en virtud que la exclusión de un oferente incide en la competencia.

Otra de las responsabilidades de la comisión de contratación es determinar con fundamento en el informe de grupo evaluador, las ofertas que en forma integral, resulten objetivamente más favorables a los intereses del contratante, visto los requisitos contenidos en el pliego o condiciones de contratación, emitiendo la recomendación correspondiente.

Igualmente, es importante resaltar que independientemente que la opinión de la comisión de contrataciones no sea vinculante ni tenga carácter aprobatorio, esta podrá conocer de los actos motivados que se someta a la máxima autoridad del contratante para proceder por contratación directa como modalidad excepcional de selección de contratistas, en contrataciones por cuyo monto lo procedente sea un procedimiento ordinario.

Considerando las funciones antes señaladas es pertinente garantizar su actuación honesta e imparcial. Para ello es preciso que su actuación se encuentre reglada, sus actos y decisiones tengan carácter público y sean debidamente motivados²⁹. Por tanto, es recomendable que cada actuación de la comisión conste en un acta para su archivo en el expediente de la contratación respectiva.

La comisión de contratación debe facilitar a todos los participantes y oferentes la mayor información sobre el desarrollo del procedimiento de selección, es una medida que contribuye a mejorar la objetividad y transparencia del procedimiento y por consecuencia, a salvaguardar el principio de igualdad.

²⁹ Artículos 15 y 16 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

En este orden de ideas, el artículo 18 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas establece el deber de los miembros de la comisión de guardar reserva de la documentación presentada, así como de los informes, opiniones y deliberaciones que realicen con ocasión a los procedimientos que sustancien. Ahora bien, toda esa información debe formar parte del expediente de contratación que tiene carácter público, es factible que parte de esa información se encuentre protegida por derechos de propiedad intelectual o industrial (secreto técnicos o comerciales contenidos en la oferta) o por resguardo de datos personales pero la transparencia se opone a la reserva de información sin que medie la debida motivación que así lo justifique.

Todo lo referente a las causales de inhibición, disentimiento, falta absoluta o temporal de sus miembros debe regirse por lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, contenido en el Decreto Presidencial N° 6.708 de fecha 19-05-2009, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 19.181, de la misma fecha, que se encuentra vigente en todo y en cuanto no colide con la normativa especial dictada con posterioridad³⁰.

Ahora bien, es imperioso que los participantes y oferentes en aras de evitar conflictos de interés puedan solicitar la inhibición a cualquier miembro de la comisión en caso de estar incurso en las causales previstas en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que tiene aplicación supletoria en los procedimientos de selección de contratistas³¹.

Ningún miembro de la comisión de contrataciones podrá celebrar contrato alguno con el contratante, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro u otra, conforme lo dispuesto en el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en resguardo de la transparencia de los procedimientos de selección y por lo cual, es necesario garantizar la imparcialidad de los miembros de la comisión.

La transparencia de un procedimiento de selección puede lesionarse en los casos como los detectados por la Contraloría General de la República en la actuación fiscal en el Servicio Autónomo de Altos Estudios "Dr. Arnoldo Gabaldón", en los que determinó la configuración de conflictos de intereses, durante el período 2011 y primer trimestre de 2012, en virtud que el referido Servicio emitió veintisiete órdenes de compras por concepto de materiales y útiles de limpieza, a favor de una empresa en la cual su presidente y accionista del 50%, tiene vínculo de afinidad de primer grado con la Directora de Gestión

³⁰ Artículo 18, 19, 20, 21 y 22 de Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

³¹ Artículo 7 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Administrativa, a quien le compete la aprobación, la coordinación y la supervisión de tales adquisiciones. Esta misma situación fue verificada por el órgano contralor en la contratación de los servicios profesionales de consultoría y reorganización integral de una asociación civil, en la cual el gerente ejecutivo es cónyuge de la jefa de la oficina de compras, adscrita a dicha dirección³². Quedando en entredicho la imparcialidad y selección objetiva del contratista por parte de los funcionarios responsables de la contratación.

En virtud de lo anterior, cabe destacar que los miembros de la comisión como servidores públicos están en la obligación de rehusar con firmeza inequívoca el mantenimiento y relaciones o de intereses, con persona u organizaciones, que sean incompatibles con sus cargos y con las atribuciones y funciones que le estén asignadas, por mandato expreso del numeral 5 del artículo 5 del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos. De no cumplir con el referido deber se presenta un conflicto de intereses que puede comprometer la objetividad e imparcialidad en el curso del procedimiento, lo cual repercute directamente en la transparencia del procedimiento.

Es contrario a la transparencia como principio rector del actuar de los servidores públicos que éstos intervengan en la toma de decisiones, acto, contrato o resolución de asuntos en los que tenga interés de naturaleza particular directo o indirecto; del que pueda resultar algún beneficio personal, por ello el numeral 1 del artículo 6 del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos, prohíbe expresamente dicha conducta.

Ahora bien, la prohibición antes comentada, en pro de la transparente sustanciación de los procedimientos de selección de contratistas menos públicos y poco competitivos (concurso cerrado, consulta de precio y contratación directa) debe extenderse a los miembros de la unidad contratante, definida en el numeral 3 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, como la unidad responsable de sustanciar los procedimientos de selección de contratistas a través de consulta de precios y contratación directa. Asimismo, resulta conveniente que el contratante haga público los integrantes de la unidad contratante encargados solicitar y analizar las ofertas, preparar informes de recomendación, entre otras actividades relacionadas con los referidos procedimientos, de esta forma los oferentes podrán recusarlos en caso de considerar que media un conflicto de intereses que afecta la imparcialidad de estos funcionarios, lo cual puede incidir negativamente en la transparencia del procedimiento.

Finalmente, Venezuela como Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción debe adoptar las medidas para reglamentar las

³² Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2014, p. 52.

cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, de conformidad con el literal e) del numeral 1 del artículo 9 de la referida Convención.

b. Certificación de los miembros de la comisión

Los miembros de las comisiones de contrataciones, deberán certificarse en materia de contrataciones públicas por ante el Servicio Nacional de Contrataciones. Es necesario garantizar la formación técnico-jurídica del personal que interviene en las diferentes fases del procedimiento de selección de contratistas, es imprescindible para obtener mayor transparencia en los procedimientos.

De conformidad con la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, los Estados Partes como en el caso de Venezuela, deben adoptar la normativa necesaria que permita tener al mejor personal capacitado en el manejo y operaciones de las contrataciones públicas. En ese sentido, la Administración Pública venezolana tendrá que seleccionar al personal encargado de los procedimientos de selección de contratistas de acuerdo con perfiles técnicos especializados y capacitarlos permanentemente. Y en el caso que no se conduzcan con honradez en el ejercicio de sus funciones, serán sujeto pasivo de las sanciones que fije el orden jurídico en materia contra la corrupción³³.

Con la formación adecuada se dotará a los responsables de la contratación de los conocimientos, experiencia y de la calificación profesional necesaria para evitar riesgos para la integridad del procedimiento de selección y para lo cual es preciso que su formación especializada no sólo sea limitada al área contratación pública, sino que debe incluir aspectos como la gestión de proyectos y de riesgos económicos.

Sin embargo, en Venezuela no abundan las ofertas académicas para la formación de especialistas en materia de contratación pública, salvo los cursos que en esta materia dicta el Servicio Nacional de Contrataciones, el curso sobre “Contrataciones Públicas” y sobre “Comisiones de Contratación” cuyas horas académicas de duración han sido disminuidas de 16 a 08 horas y los cursos que dicta la Contraloría General de la República sobre la “Ley de Contrataciones Públicas” con una duración de 24 horas, sobre el “Análisis de Precios Unitarios en Contratos de Obras Públicas para edificaciones y vialidad”

³³ Literal e) del numeral 1 del artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

con una duración de 32 horas y sobre “El ejercicio del control fiscal en las contrataciones públicas” con una duración de 16 horas, que ayudan a mitigar la falta de especialización en el área de contratación pública.

En tal sentido, es propicio que el Estado venezolano promueva la creación de ofertas académicas en esta materia que permita cumplir con la disposición de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en cuanto a la formación y capacitación del personal encargados de los procedimientos de selección de contratistas y en general, de las contrataciones públicas.

La capacitación del personal encargado de las contrataciones públicas es una medida necesaria para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción conforme las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

c. Publicación

El Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas antes identificado, aplicable en todo lo que no colide con la normativa legal dictada con posterioridad a su entrada en vigencia, establece claramente en el artículo 15, la obligatoriedad de publicar la creación y conformación de las comisiones de contratación que pertenezcan a los órganos o entes de la Administración Pública. De lo cual no puede sino colegirse, sin necesidad de realizar un mayor esfuerzo interpretativo, que la publicación de la conformación de la comisión de contrataciones, es un requisito obligatorio para la validez de la misma, y por ende de las contrataciones que ésta realice.

Hacer del conocimiento de la colectividad en general quienes son los responsables de los procedimientos de selección de contratista, es de vital importancia porque permite a los interesados advertir si los miembros de la comisión están incurso en una causal de inhabilitación e incompatibilidad y conflicto de interés que afecte su objetividad, así como la observancia de los principios de honestidad e imparcialidad que debe regir la actuación administrativa para asegurar su transparencia.

En tal sentido, cualquier cambio en los miembros que integran la comisión debe ser publicado en Gaceta Oficial a los fines que sea de conocimiento público.

C. Formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de contratación, así como su estandarización y publicación

La elaboración del pliego o condiciones de contratación es previa al inicio del procedimiento de selección de contratista, de conformidad con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas el pliego o condiciones de contratación está definido como: “el documento donde se establecen las reglas básicas, requisitos o especificaciones que rigen para las modalidades de selección de contratistas establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, así como de los procedimientos excluidos de la modalidad” (art. 6 num. 17).

Adicionalmente, el artículo 65 del referido Decreto Ley establece que los pliegos de contratación contienen las “reglas, condiciones y criterios aplicables a cada contratación” los cuales “deben ser objetivos, de posible verificación y revisión”, de tal forma que genere el menor número de solicitudes de aclaratorias por parte de los oferentes.

La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones en los procedimientos de selección de contratistas, con la finalidad de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; constituye uno de los valores mínimos apropiados que deben contener los sistemas de contrataciones públicas de los Estados Partes de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción como lo es Venezuela³⁴.

La elaboración del pliego o condiciones de contratación es un acto unilateral y reservado de la Administración, responsabilidad de la unidad usuaria por ser la encargada de efectuar las actividades previas a la contratación³⁵.

El pliego o condiciones de contratación deben ser diseñados de manera que sin afectar la eficiencia del procedimiento garanticen los principios de igualdad y no discriminación de los participantes y oferentes, con las mejores condiciones de competencia posibles. En ese sentido, lo recomendable es que aun cuando se trate de procedimientos cuyo objeto de contratación sea frecuente, contratados en ulteriores oportunidades, la Administración evite emplear automáticamente el pliego anteriormente utilizado, por tanto, lo conveniente revisar cada contratación según su objeto y actualizar el pliego.

³⁴ Literal c) del numeral 1 del artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

³⁵ Numeral 2 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

La comisión de contrataciones podrá considerar y emitir las recomendaciones que estime pertinente sobre las condiciones de contratación que la unidad usuaria someta a su consideración, no es obligatorio, es facultativo para la unidad usuaria hacerlo, pero es lo más conveniente en los casos de procedimientos bajo la modalidad de concurso abierto y concurso cerrado, en los cuales corresponde a la comisión analizar si las ofertas se ajustan a los términos, requisitos y especificaciones del pliego o condiciones de contratación, o si por el contrario la oferta presenta una desviación sustancial que haría improbable el suministro del bien, prestación del servicio o ejecución de obras en las condiciones requeridas por la Administración.

Ahora bien, el pliego o condiciones de contratación, según corresponda, deben ser elaborados de forma general e impersonal, para garantizar la selección objetiva de la oferta, en tal sentido debe contener toda la documentación a la que se refiere el artículo 66 del precitado Decreto Ley, condiciones para la participación, fechas, formatos, matrices de calificación de empresas y evaluación de ofertas, entre otros detalles establecidos por el contratante, referidos al proceso de contratación, de acuerdo a su objeto y naturaleza.

La modificación del pliego y de las condiciones de contratación sólo podrán modificarse hasta dos días hábiles antes de la fecha límite para la presentación de las manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso, notificando las modificaciones a todos los participantes que hayan adquirido el pliego de condiciones o recibidas las condiciones de contratación. En tal sentido, es recomendable que el contratante otorgue una prórroga al término originalmente establecido para la presentación de manifestaciones de voluntad u ofertas a partir de la última notificación, en aras que puedan realizar las adecuaciones necesarias.

Ahora bien, la estandarización del pliego o condiciones de contratación permite su uniformidad considerando las características comunes en atención al objeto de la contratación, lo cual fortalece la igualdad de trato y de condiciones para acceder al procedimiento, previniendo prácticas de corrupción que afecten el uso eficiente del patrimonio público. El pliego o condiciones de contratación deben conducir a la elaboración y presentación de ofertas que ajustadas a los requerimientos del contratante sin desviaciones sustanciales en aras de evitar procedimientos desiertos, asimismo deben dar lugar a una selección objetiva de la oferta más ventajosa.

Por otra parte, hay que tomar en consideración que las ofertas presentadas con omisiones o desviaciones sustanciales de los requisitos señalados en el pliego o condiciones de contratación deben ser rechazadas³⁶.

La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de la selección y adjudicación facilita la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos de contratación, por tanto, las condiciones establecidas no deben dejar margen alguno a la subjetividad en aras de lograr la máxima transparencia en el proceso de valoración de las ofertas para seleccionar la más ventajosa a los intereses del contratante.

Es preciso indicar que el pliego o condiciones de contratación regulan aspectos contractuales propiamente dichos, pues tales documentos deben contener por mandato de la Ley, el “proyecto de contrato que se suscribirá con el beneficiario de la adjudicación” de conformidad con el numeral 16 del artículo 66 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Además, el referido Decreto Ley prevé que en los contratos adjudicados, el órgano y ente contratante debe mantener lo contemplado en el pliego y en la oferta beneficiaria, como parte de las condiciones contractuales (art. 119) –o pena de nulidad del contrato– por ende el contenido del pliego tiene efectos jurídicos una vez se firme el contrato sustanciado conforme a esas reglas.

De allí que el pliego o condiciones de contratación no pueden ser considerados únicamente como documentos que contienen las condiciones generales para los procedimientos de selección, pues éstos también regulan aspectos concretos relativos a la contratación que se desea realizar, lo que requiere su adaptación a cada contrato específico.

En virtud de lo antes expuesto debe garantizarse el carácter público del pliego o condiciones de contratación y su disponibilidad a todos los interesados en contratar con el Estado, todo ello en pro de la publicidad, igualdad y competencia lo cual repercute significativamente en la transparencia del procedimiento de selección. En este sentido, la Ley Constitucional dictada en esta materia establece en su artículo 12 que los procedimientos de publicidad de los pliegos y condiciones de contratación deben realizarse en formato electrónico y estar disponibles de forma general a todos los interesados.

Es importante no establecer requisitos que impidan o dificulten la participación de determinados oferentes o que atenten contra la igualdad de los potenciales participantes. Es necesario que la ley establezca ciertos límites en cuanto a las exigencias, para no cerrar la competencia y para evitar que por

³⁶ Numeral 2 del artículo 76 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

esta vía se legitime un tráfico de influencias o determinadas formas de corrupción.

Finalmente, es la formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de contratación, así como estandarización y publicación; un valor mínimo apropiado para garantizar la transparencia, la competencia y la aplicación de criterios objetivos en los procedimientos de selección de contratistas, que debe abordar Venezuela como Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción³⁷.

D. Llamado público a participar

La Administración Pública, de acuerdo a su planificación y programación anual, de manera unilateral debe realizar la convocatoria para la participación de los interesados en el procedimiento de selección, a los fines de dar a conocer al mayor número de contratistas el objeto de la contratación, disponibilidad del pliego o condiciones de contratación, el procedimiento a utilizar en la modalidad de selección, fijación del acto público para presentar manifestaciones de voluntad de participar en conjunto con los documentos necesarios para su calificación.

Ahora bien, estando el principio de transparencia asociado al principio de publicidad, es pertinente que el llamado a participar sea publicado a través de los medios de información y comunicación que permitan el acceso del mayor número de participantes posibles para garantizar un procedimiento competitivo que le permita al contratante evaluar y comparar ofertas varias para determinar objetivamente conforme con lo establecido en el pliego o condiciones de contratación la oferta más ventajosa a sus intereses.

El llamado público a participar solo está previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas para el procedimiento de selección bajo la modalidad de concurso abierto.

Ahora bien, en los concursos cerrados y consulta de precios, incluso en la contratación directa, atendiendo a la oportunidad y urgencia del requerimiento es pertinente hacer un llamado a participar a los contratistas en general y de presentarse un oferente con la calificación requerida su oferta debe ser evaluada porque a la Administración debe contratar con quien ofrezca la oferta más conveniente de acuerdo con las reglas objetivas de contratación establecidas independiente de las condiciones subjetivas del mismo.

³⁷ Literal b) del numeral 1 del artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ello no obsta para que, en atención a la urgencia que ameritan determinadas contrataciones, la Administración module el tiempo de publicación del llamado a participar y los medios a través de los cuales se acuerda su publicación. En tal sentido y considerando la naturaleza de la contratación, en los concursos abiertos anunciados internacionalmente el llamado a participar podrá publicarse en medios de comunicación de circulación nacional e internacional previo cumplimiento de los extremos legales contemplados en el artículo 82 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Por otra parte, existe la posibilidad de publicar el llamado a participar través de medios de difusión como los medios de comunicación digitales, incrementando la eficiencia y transparencia en los procedimientos, ya que en éstos es más fácil transmitir y consultar a través de Internet.

Los medios de comunicación digitales de información pueden ser los mismos medios de comunicación impresos de circulación nacional e internacional, en razón que muchos de ellos se han adecuado a las nuevas tecnologías y se encuentran disponibles en la Red, o bien puede hacerse en plataformas electrónicas específicas que la Administración Pública ha desarrollado, con la finalidad de integrar en un solo sitio electrónico los procesos de contratación pública y que estén disponibles tanto a nivel nacional o internacional a través de la Web.

La difusión pública de la información relativa a los procedimientos de selección de contratistas a través del llamado público a participar, contribuye a que los interesados dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; además, es otro de los valores mínimos que debe contemplar la normativa venezolana en materia de selección de contratistas conforme el literal a) del numeral 1 del artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

2. Durante la sustanciación del procedimiento

En esta fase se determinan los participantes que presentarán ofertas en el procedimiento; asimismo, tiene lugar la presentación de las ofertas para su análisis y evaluación, a los fines de la elaboración del informe de recomendación para la selección de las ofertas con primera, segunda y tercera opción para la adjudicación del contrato; por ende, constituye la fase central del procedimiento de selección de contratistas, por lo cual es indispensable garantizar la efectividad del principio de transparencia.

Para presentar su oferta, el oferente necesariamente debe tener capacidad jurídica, facultad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Es decir, el

oferente debe poder obligarse a cumplir el objeto del contrato a adjudicar y no debe estar incurso en inhabilitaciones o conflicto de intereses que impidan la celebración del contrato.

Esta fase es imprescindible pues es la fase de instrucción, en la cual se aportan los elementos de juicio que servirán de fundamento a la máxima autoridad para la adjudicación del contrato. Es una fase en la cual pudiera ocurrir un quebrantamiento de la igualdad de trato para favorecer a determinado oferente, asimismo, puede tener lugar restricciones a la publicidad relacionadas con el acceso en el expediente de la contratación.

A continuación, los mecanismos aplicables en esta fase para garantizar la transparencia del procedimiento:

A. Aplicación de los procedimientos de selección de contratistas de acuerdo a la cuantía o naturaleza de la contratación, según corresponda legalmente

El procedimiento administrativo sirve de cauce formal para que la Administración seleccione a los contratistas, pero no es un mero instrumento de legalidad sino que además es un mecanismo de política pública para determinar la selección del contratista, existiendo un grado de discrecionalidad a cargo de la Administración para la apreciación técnica de las ofertas; por eso adquiere mayor relevancia y la transparencia se constituye en su presupuesto mismo y debe aplicarse en mayor grado.

Los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos previamente, en forma precisa cierta y concreta, de modo que la Administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción de la Administración, ahora bien, la multiplicidad de normativa en la materia y la coexistencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas y la Ley Constitucional dictada por la Asamblea Nacional Constituyente poco contribuyen a crear seguridad jurídica en este sentido, más aún cuando esta última Ley delega en los Ministerios la responsabilidad de dictar resoluciones (actos administrativos) para regulaciones complementarias, considerando además que establece que los regímenes de las contrataciones públicas de los entes con fines empresariales serán objeto de regulación especial sin que se contemple un término perentorio para dictar la regulación a tales fines.

Además los procedimientos aplicables deben atender a la cuantía y la naturaleza de la contratación. En Venezuela el diseño legislativo en esta materia se ha caracterizado por establecer un procedimiento general o público para

las contrataciones de mayor cuantía y procedimientos más selectivos o cerrados para las contrataciones de menor cuantía, inclusive como anteriormente he explicado considerando la naturaleza de determinadas contrataciones está prevista la contratación directa como modalidad excepcional de contratación.

Ahora bien, los procedimientos de selección de contratistas se caracterizan por ser procedimientos complejos que no solo tienen por finalidad esencial la emisión de un acto administrativo (adjudicación de un contrato) sino que también tiene como objetivo lograr una mayor transparencia acerca de la disposición y el uso de fondo públicos tal como ha expresado la Sala Político Administrativa en el expediente N° 2001-0833 en sentencia N° 241, de fecha 09-02-2006, aunado que su realización brinda mayor seguridad jurídica a los interesados en contratar con el Estado.

La obligatoriedad de seleccionar a los contratistas mediante un procedimiento administrativo legalmente establecido, en sí misma, constituye una garantía para los participantes y oferentes³⁸, considerando que la Constitución en su artículo 141 establece que la Administración Pública debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho. En ese sentido, el profesor emérito Brewer Carías sostuvo que: “como principio general en América Latina puede decirse que el Estado y su Administración no tienen libertad de selección del contratista, sino que está sometido a mecanismos específicos para lograr esa selección. Por ello, la contratación directa es realmente excepcional”.

En Venezuela, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas regula las modalidades de contratación; constituyen procedimientos administrativos de tipo concursal que la Administración Pública está obligada a realizar para seleccionar a los contratistas para la adjudicación de contratos de prestación de servicios, suministro de bienes y ejecución de obras; tal exigencia es un requisito de validez de la contratación, su prescindencia genera la nulidad absoluta de la adjudicación otorgada.

La Administración Pública debe motivar suficientemente las decisiones que se adopten en el curso de un procedimiento de selección de contratistas desde el inicio hasta el final.

Al iniciar el procedimiento debe justificar el procedimiento elegido y el requerimiento que se pretende cubrir con ejecución de la contratación.

³⁸ A. Brewer Carías. “Aspectos del régimen jurídico de la contratación gubernamental en América Latina”. Charla. 15-12-1983.

En la fase de sustanciación tiene especialmente relevancia la motivación de los actos de descalificación del participante y del rechazo de la oferta, aunado a que dichos actos deben notificarse a los interesados, con indicación de los recursos que proceden ante tal decisión.

Y, finalmente, la motivación de la adjudicación, lo cual constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, permitiendo a los interesados conocer las razones que determinan la selección del oferente.

A continuación la descripción de los procedimientos establecidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas para la selección de contratistas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras:

a. Concurso abierto

Este procedimiento es conocido en la doctrina como licitación pública o licitación general. Es un procedimiento de selección pública del contratista no limita el número de participantes y permite la participación de personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, su Reglamento y las condiciones particulares previstas en el pliego de condiciones. Su procedencia está prevista de acuerdo a los criterios cuantitativos establecidos en el artículo 77 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Este es el procedimiento que más favorece la concurrencia de participantes, por ser el más respetuoso del principio de igualdad, dado que podrán presentarse todas aquellas personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que reúnan las condiciones de contratación exigidas. Por tanto, la aplicación de cualquier otro procedimiento con limitaciones a la igualdad, competencia y publicidad debe fundamentarse suficientemente en aras de la transparencia en la selección y adjudicación.

Debe procederse por concurso abierto o concurso abierto anunciado Internacionalmente, conforme los supuestos cuantitativamente previstos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas³⁹. Ahora

³⁹ Artículo 77 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas: "Debe procederse por Concurso Abierto o Concurso Abierto Anunciado Internacionalmente: 1. En el caso de adquisición de bienes, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a veinte mil unidades tributarias (20.000 UT.). 2. En el caso de prestación de servicios, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a treinta mil unidades tributarias (30.000 UT.). 3. En el caso de ejecución de obras, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a cincuenta mil unidades tributarias (50.000 UT.)."

bien, mediante resolución conjunta N° 001-2018 y N° 009-2018 de los Ministerios de Planificación y de Economía y Finanzas, respectivamente, conforme el artículo 5 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas fijó en la cantidad de Bs. 10.850 el valor de la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU) para las contrataciones públicas, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.360 con fecha 19-01-2018.

Esta nueva unidad de cálculo sustituye a la Unidad Tributaria conforme contempla el artículo 61 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas⁴⁰. El valor establecido puede ser revisado periódicamente por el gobierno con el fin de adaptarlo a las circunstancias de la economía, a diferencia de la Unidad Tributaria que se actualiza anualmente. Con este valor la Administración Pública calculará sus costos de contrataciones públicas. Por ejemplo, si el contrato para reparar una avenida tiene un costo de Bs. 10.850.000, entonces será 1.000 UCAU.

Posteriormente, se actualizó el Valor de la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU) en la cantidad Bs. 17.800, mediante resolución conjunta N° 003-2018 y N° 033-2018 de los Ministerios de Planificación y de Economía y Finanzas, respectivamente publicada en la Gaceta Oficial N° 41.362 de fecha 16-03-2018, fijando el valor de la unidad para el cálculo aritmético del umbral máximo y mínimo para contrataciones públicas.

En la actualidad el Valor de la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU) está fijado en la cantidad de Bs. 1.150, mediante resolución conjunta N° 003-2019 y N° 023-2018 de los Ministerios de Planificación y de Economía y Finanzas, respectivamente publicada en la Gaceta Oficial N° 41.635 de fecha 17-05-2019.

Finalmente, siendo procedente de acuerdo al monto de la contratación, el concurso abierto podrá realizarse bajo cualquiera de los siguientes procedimientos contemplados en el artículo 78 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas; en tal sentido, atendiendo a la naturaleza y

⁴⁰ “Artículo 2. La Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo para contrataciones públicas (UCAU) fijada mediante esta Resolución sustituye la Unidad Tributaria a los fines de la realización de operaciones aritméticas relacionadas con la materia de contrataciones públicas, cuando dicha unidad tributaria sea utilizada como factor de cálculo aritmético para la determinación de montos en bolívares conforme al ordenamiento jurídico de esta materia”. Resolución conjunta N° 009/2018 de los Ministerios del Poder Popular de Planificación y de Economía y Finanzas.

complejidad del objeto de la contratación, la Administración racionalmente determinará a su conveniencia cual procedimiento aplicar:

i) *Acto único de recepción y apertura de sobres contentivo de manifestación de voluntad de participar, documentos de calificación y ofertas.* En este mecanismo la calificación y evaluación serán realizadas simultáneamente, por tanto, no es recomendable para selección de contratistas cuando se trate de contratos de obras o de suministro de bienes que contengan un número considerable de reglones que dificulte su evaluación en un acto único.

La descalificación del oferente, será causal de rechazo de su oferta. En este sentido es preciso señalar que garantizar la mayor concurrencia posible es una exigencia fundamental en los procedimientos de selección de contratistas, derivada del principio de competencia. El rechazo de la oferta presentada por un oferente ha de ser excepcional, y por tanto, motivado, cualquier previsión al respecto ha de ser interpretada restrictivamente.

De acuerdo con el artículo 84 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas son causales de descalificación de los participantes en este tipo de procedimiento, las siguientes:

1. Si el participante no ha suministrado adecuadamente la información solicitada, no siendo posible su valoración o apreciación. En este punto hay que considerar que el contratante podrá solicitar a los participantes de un procedimiento de selección los documentos justificativos que demuestren el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos para participar en dicho procedimiento, pero no podrá requerirles documentos justificativos que hayan sido consignados o exhibidos para obtener el comprobante de inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas. Asimismo, tampoco podrán ser exigidos al interesado documentos justificativos o probatorios en la medida en que la información en ellos contenida haya sido satisfecha al obtener la inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas, o dicha información pueda ser obtenida por el contratante accediendo directamente a una base de datos administrada por un órgano o ente público, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de bienes, Servicios y Obras Públicas.

2. Si durante el proceso de calificación, el oferente se declara o es declarado en disolución, liquidación, atraso o quiebra, en virtud que no tiene la capacidad para obligarse a la ejecución del contrato en el supuesto de resultar seleccionado.

3. Si durante el proceso de calificación, alguna de las empresas de un consorcio o alianza renuncia a participar en el proceso.

4. Si el oferente no cumple con alguno de los criterios de calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

5. Si el contratante determina que el oferente ha presentado información falsa en sus documentos de calificación. En caso de determinarse esta causal debe procederse de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

En tal sentido, la comisión de contrataciones debe notificar mediante acto motivado las razones de hecho y derecho que fundamentan la descalificación del participante conforme la Ley y el pliego de condiciones.

Asimismo, el participante descalificado para presentar oferta en el procedimiento podrá interponer el recurso de reconsideración ante la comisión de contrataciones, en virtud de lo dispuesto en el numeral 12 en el 16 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas derogada, reglamentación que mantiene su vigencia en todo y en cuanto no contradiga el espíritu, propósito y razón de Decreto Ley vigente, hasta tanto sea dictada una nueva reglamentación.

ii) *Acto único de entrega en sobres separados de manifestaciones de voluntad de participar, documentos de calificación y oferta, con apertura diferida.* En este mecanismo, se recibirán en un sobre por oferente las manifestaciones de voluntad de participar, así como los documentos necesarios para la calificación, y en sobre separado las ofertas, abriéndose sólo los sobres que contienen las manifestaciones de voluntad de participar y los documentos para la calificación.

Efectuada la calificación, la comisión de contrataciones notificará, mediante comunicación dirigida a cada uno de los oferentes, los resultados y la celebración del acto público de apertura de los sobres contentivos de las ofertas a quienes calificaron el día hábil siguiente y la devolución de los sobres de ofertas sin abrir a los oferentes descalificados.

Este tipo de mecanismo es recomendable para los procedimientos cuyo objeto de la contratación es complejo como los contratos de ejecución de grandes obras que ameritan la elaboración de proyectos de ingeniería, estudios de impacto ambiental. Los proyectos de este tipo de obras deben ser proyectos consolidados que permitan su control y seguimiento de la ejecución física, financiera y presupuestaria.

iii) *Actos separados de entrega de manifestaciones de voluntad de participar, los documentos necesarios para la calificación y de entrega de sobre contentivo de la oferta.* En este mecanismo de actos separados, deben recibirse en un único so-

bre por oferente, las manifestaciones de voluntad de participar y los documentos necesarios para la calificación. Realizada la calificación, la comisión de contrataciones, notificará, mediante comunicación dirigida a cada uno de los oferentes, los resultados, invitando solo a quienes resulten calificados a presentar sus ofertas, a tales fines remitirá el Pliego de condiciones adjunto a la notificación.

En los concursos públicos anunciados internacionalmente se empleará el sistema de calificación mediante procedimiento de recepción con apertura diferida de ofertas o actos separados, previendo la complejidad de un procedimiento con concurrencia de oferentes extranjeros⁴¹.

Visto lo anteriormente expuesto, puede concluirse que tratándose de un procedimiento aplicable en atención a la cuantía de la contratación, la forma de evadir su aplicación es fraccionar el objeto del contrato para disminuir la cuantía, lo cual está expresamente prohibido en el artículo 57 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, como se indicó en el Capítulo II de la presente investigación.

Asimismo, la discrecionalidad de la Administración está supeditada a la elección del mecanismo bajo el cual se realizará el concurso abierto, salvo en el caso del anunciado internacionalmente que expresamente la Ley establece bajo que mecanismo se realizará como *ut supra* se ha señalado.

b. Concurso cerrado

Es un procedimiento de selección del contratista con participación restringida de oferentes. La Administración está habilitada para seleccionar y calificar al menos cinco participantes para presentar sus ofertas, con base en los resultados del examen de su capacidad técnica, financiera y legal⁴². La exigencia de ese número mínimo es un instrumento para garantizar una competencia efectiva dentro del procedimiento.

Cuando se trata de este tipo de procedimiento en los cuales la competencia está restringida debe justificarse suficientemente los criterios de preselección de los oferentes invitados a presentar ofertas.

Ahora bien, la procedencia del concurso cerrado está tasada legalmente; procede en los supuestos cuantitativos previstos en el artículo 85 del Decreto

⁴¹ Artículo 82 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁴² Numeral 14 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas⁴³. Igualmente puede procederse por concurso cerrado independientemente del monto de la contratación, cuando la máxima autoridad del contratante, mediante acto motivado lo justifique, en los siguientes casos:

i) Si se trata de la adquisición de equipos altamente especializados destinados a la experimentación, investigación y educación. Para la procedencia de este supuesto debe considerarse el tipo de equipo y su destino, si el equipo requerido es altamente especializado pero no está destinado a las áreas indicadas en este supuesto no es procedente aplicar este procedimiento de selección.

No obstante, esta disposición legal el Ejecutivo Nacional estableció en el numeral 4 del artículo 2 del Decreto N° 3.324, de fecha 16-03-2018, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.362, de fecha 16-03-2018, que la procura de bienes y servicios de “equipos altamente especializados” para el sector salud, alimentos, prestación continua de servicios y obras públicas se realizará a través de una consulta de precios independientemente de la cuantía.

En tal sentido, el contratante podrá evadir el concurso cerrado y efectuar una consulta de precios justificando que el equipo altamente especializado será usado para la experimentación y/o investigación en el sector salud, por ejemplo.

ii) Por razones de seguridad de Estado, calificadas como tales, conforme a lo previsto en la disposición legal que regule la materia. En este numeral no queda a discrecional del contratante calificar cuando se está en presencia de una contratación que involucra aspectos de la seguridad de Estado y la defensa integral de la nación. Este tipo de contratación es frecuente en los organismos policiales y en la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (adquisición de armamento, sistemas antimisiles, aviones y explosivos). En el supuesto que estos organismos programen la compra de materiales de oficina no puede aplicar este numeral para contratar mediante un concurso cerrado, porque a pesar que la contratación es realizada por un órgano de seguridad, el objeto de esa contratación no involucra aspectos de seguridad de Estado, los cuales

⁴³ Artículo 85 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Puede procederse por concurso cerrado: “1. En el caso de adquisición de bienes, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a cinco mil unidades (5.000 UT.) y hasta veinte mil unidades tributarias (20.000 UT). 2. En el caso de prestación de servicios, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a diez mil unidades (10.000 UT.) y hasta treinta mil unidades tributarias (30.000 UT). 3. En el caso de ejecución de obras, si la adjudicación a ser otorgada es por un monto estimado superior a veinte mil unidades (20.000 UT.) y hasta cincuenta mil unidades tributarias (50.000 UT)”.

el Ejecutivo Nacional se reserva en lo referente a su clasificación y divulgación conforme lo dispuesto en el artículo 325 de la Constitución.

iii) Cuando de la información verificada en los archivos o base de datos suministrados por el Registro Nacional de Contratistas (con la nueva Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas se migrará al Registro Único de Contrataciones Públicas), los bienes a adquirir los producen o comercializan, prestan o ejecutan cinco o menos oferentes. En este caso la comisión de contrataciones debe dejar constancia en el expediente de la contratación los resultados emitidos por el buscador de la base suministrada por el referido Registro, en aras de la transparencia del procedimiento.

En caso que se verifique que no existen inscritos al menos cinco participantes que cumplan los requisitos establecidos para el concurso cerrado, en los archivos o la base de datos del Registro, se invitará a la totalidad de los inscritos que los cumplan. Se podrán invitar a participar en la modalidad de concurso cerrado a empresas extranjeras que no posean sucursales o filiales en el país, siempre y cuando haya sido calificada legal, financiera y técnicamente, con base en los parámetros requeridos para la contratación, para lo cual es necesario que el ministerio del ramo emita el certificado de no producción nacional.

La calificación de los participantes se realizada en la fase preparatoria antes del inicio formal del procedimiento. Ahora bien, el acta de inicio del concurso cerrado previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, debe incluir la siguiente información por mandato expreso del artículo 107 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas: 1. Descripción del objeto de la contratación y número del procedimiento. 2. Monto estimado de la contratación. 3. Verificación de la situación legal de las empresas. 4. Empresas seleccionadas con indicación de nivel estimado de contratación y calificación financiera. 5. Razones técnicas que fundamentaron la escogencia de las empresas participantes. 6. Cronograma de ejecución de la modalidad de selección. 7. Firma de los miembros de la comisión de contrataciones.

Para garantizar la efectividad del principio de transparencia en este procedimiento la Administración contratante debe motivar de forma precisa por qué se utiliza este procedimiento restringido. Y cuando se limite el número de oferentes seleccionados para presentar ofertas debe motivarse el porqué de la limitación y del número señalado, procurando que el número de invitados a presentar ofertas supere el mínimo legal, así como que efectivamente los seleccionados están en condiciones legales, técnicas y financieras de presentar una oferta. Por ende, el requerimiento de un mínimo de oferente no es un

elemento formal de procedimiento sino material con el objetivo de garantizar la competencia efectiva.

En el concurso cerrado, los participantes precalificados son invitados a presentar oferta adjuntando el pliego de condiciones, e indicando el lugar, día y hora de los actos públicos de recepción y apertura de los sobres que contengan las ofertas. Una vez presentada las ofertas, no pueden ser modificadas, ni a solicitud del contratante ni del oferente. En efecto, el principio de igualdad de trato y condiciones y la obligación de transparencia se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el contratante y uno u otro de los oferentes.

La selección debe estar fundamentada en los requisitos de experiencia, especialización, capacidad técnica y financiera, que sean considerados a tal fin, éstos deben constar en el acta levantada al efecto, conforme el artículo 85 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

El contratante, atendiendo a la naturaleza de la obra, bien o servicio, procurará preferentemente la contratación de los oferentes de la localidad, dando preferencia a la participación de pequeños y medianos actores económicos⁴⁴.

Para esta modalidad, el tiempo el término fijado para la evaluación de las ofertas, emisión de informe de recomendación, adjudicación y notificación de los resultados no podrá ser mayor de ocho días hábiles para adquisición de bienes, diez días hábiles para la prestación de servicios y once para la ejecución de obras. Los lapsos para la evaluación de las ofertas deben ser de al menos tres días hábiles para adquisición de bienes y servicios y seis días hábiles para la contratación de obras. Estos lapsos deben fijarse, en cada caso, teniendo especialmente en cuenta la complejidad de acuerdo a la naturaleza de la contratación.

La diferencia fundamental de este concurso con el concurso abierto radica en que este procedimiento no contempla un llamado público a participar para la concurrencia masiva de oferentes como tampoco existe una difusión pública del pliego o condiciones de contratación, sólo podrán ofertar los contratistas previamente calificados para tal fin.

Los invitados tendrán que presentar sus ofertas para la evaluación del contratante a efectos de asegurar la igualdad de competencia entre ellos, asimismo, el contratante debe examinar las ofertas de acuerdo a las condiciones de contratación según la definición, ponderación y procedimientos previstos

⁴⁴ Artículo 86 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

en el pliego con la finalidad de seleccionar a la oferta que de forma integral ofrezca mejores condiciones.

Aunque en este procedimiento la participación está limitada, hay garantías para la concurrencia de participantes y la Administración Pública, al fundamentar su aplicación, justificará la calificación de los invitados basada en criterios legales, financieros y técnicos, con la selección objetiva de la oferta con la primera opción podrá salvaguardar la transparencia y legalidad del procedimiento.

Las desviaciones administrativas tendrían lugar cuando la Administración límite la participación de un oferente que tenga la calificación para participar a los fines de favorecer a otros, cuando el deber de la Administración conforme el principio de competencia es procurar el mayor número de oferta posibles para seleccionar a la más conveniente, no está limitada a situarse en el mínimo legal de cinco contratistas a invitar para presentar ofertas en el concurso cerrado podrá invitar más oferentes considerando el impacto en la competencia y evitando limitaciones en el acceso a participar.

En la calificación, examen, evaluación y decisión, el contratante debe sujetarse a las condiciones de la contratación, según la definición, ponderación y procedimiento establecidos en el pliego de condiciones.

En el lapso comprendido desde la apertura de sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso, hasta la notificación de los resultados, no se debe suministrar información alguna sobre la calificación, el examen y evaluación de las ofertas, reserva de la información que debe cumplirse para garantizar la transparencia del procedimiento.

En el marco de los principios de publicidad y transparencia los actos de recepción y apertura de sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad y ofertas tienen carácter público. El resto de las actuaciones estarán a disposición de los interesados en los términos y condiciones establecidas en la Ley.

De todo acto que se celebre debe levantarse acta que será firmada por los concurrentes. Si alguno de ellos se negare a firmar el acta o por otro motivo no la suscribiere, se dejará constancia de esa circunstancia y de las causas que la motivaron.

Posteriormente, la comisión de contrataciones debe examinar las ofertas, determinando entre otros aspectos, si éstas han sido debidamente firmadas, si están acompañadas de la caución o garantía exigida y cumplen los requisi-

tos especificados en el pliego de condiciones. Igualmente, la Comisión aplicará los criterios de evaluación establecidos y presentará sus recomendaciones en informe razonado.

En los concursos abiertos y cerrados, la comisión de contrataciones en el proceso posterior del examen y evaluación de las ofertas, debe rechazar de manera motivada las ofertas incursas en los supuestos previstos en el artículo 76 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Finalmente, en este procedimiento, aunque el acceso a participar está limitado, la concurrencia de participantes debe garantizarse y en todo el procedimiento debe salvaguardarse los principios de transparencia y legalidad; en efecto, tendrán que cumplirse cabalmente las etapas del procedimiento en los términos establecidos legalmente, procediendo su aplicación únicamente en los casos específicos tasados en la Ley; en tal sentido, en pro de la transparencia del procedimiento, la calificación que el contratante realice a los participantes para habilitarlos a presentar ofertas debe estar basada en criterios objetivos, verificables, porque, de verificarse que la calificación está fundada en criterios subjetivos que lesionan el principio de igualdad y el principio de competencia, la transparencia del procedimiento es cuestionable.

c. Consulta de precios

Es el procedimiento de selección de contratista en la que, de manera documentada, se consultan precios por lo menos a tres proveedores de bienes, ejecutores de obras o prestadores de servicios previa calificación legal, técnica y financiera. La normativa establece un número mínimo de participantes a consultar, sin embargo, al igual que en el concurso cerrado ello no es limitativo para que la Administración decida consultar un número mayor.

Este procedimiento constituyó un mecanismo de adjudicación directa previsto en el derogado Reglamento de la Ley de Licitaciones. Por sus características el precio es un criterio de valoración determinante para adjudicar el contrato. Por ello el precio del bien, servicio u obra a ofertar debe fijarse adecuadamente para garantizar el efectivo cumplimiento sin menoscabo de la calidad y plazos en la ejecución en caso de resultar seleccionado⁴⁵.

Ahora bien, podrá proceder por consulta de precios, previa suscripción del acta de inicio del procedimiento, conforme los supuestos cuantitativos previstos en el artículo 96 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de

⁴⁵ Dromi, Roberto: “el concurso de precios es solo el precio o cotización el elemento variable y determinante de la oposición (o de la comparación de cotizaciones)”. *Licitación Pública*, 1995, p. 127.

Contrataciones Públicas⁴⁶. Independientemente del monto de la contratación, se procederá por consulta de precios en caso de obras, servicios o adquisiciones de bienes que por razones de interés general deban ser contratados y ejecutados en un plazo perentorio que se determinará de acuerdo a la naturaleza del plan excepcional aprobado por el Ejecutivo Nacional.

Por otra parte, el Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto N° 3.324, de fecha 16-03-2018, establece un régimen especial para la adquisición de bienes y servicios esenciales por parte de los órganos y entes del sector público, con fundamento en el numeral 12 del artículo 5 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, ampliando significativamente los supuestos cualitativos de procedencia de las consultas de precios independientemente del monto de la contratación⁴⁷, constituyéndose de esta forma regímenes especiales de contratación en los cuales los procedimientos restrictivos son la regla y no la excepción, dado que amplían los supuestos de procedencia de la consulta de precios independientemente de la cuantía de la contratación, lo cual disminuye la realización de procedimientos generales de selección como el concurso abierto.

Ahora bien, siguiendo con la sustanciación de las consultas de precios, la unidad contratante deberá coordinar las actividades previas a la contratación, seleccionar y calificar a los potenciales participantes, solicitar al menos tres ofertas, recibir las ofertas y preparar el informe de recomendación para la adjudicación. A las invitaciones debe anexarse el pliego de condiciones, pero cuando las características de los bienes o servicios a adquirir lo permitan podrá remitirse la invitación junto con las condiciones generales de contratación⁴⁸.

El contratante está obligado a fijar el término para la evaluación de las ofertas, emisión del informe de recomendación, adjudicación y notificación de los resultados, el cual no podrá ser mayor a los siguientes: ocho días para adquisición de bienes, nueve para la prestación de servicios y diez para la ejecución de obras.

⁴⁶ Artículo 96 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas Se podrá proceder por Consulta de Precios: “1. En el caso de adquisición de bienes, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta cinco mil unidades (5.000 UT.). 2. En el caso de prestación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta diez mil unidades (10.000 UT.). 3. En el caso de ejecución de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta veinte mil unidades (20.000 UT)”.

⁴⁷ Artículo 2 del Decreto N° 3.324, de 16-03-2018.

⁴⁸ Artículo 65 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Al igual que en el concurso abierto y el concurso cerrado, los oferentes cuyas ofertas sean rechazadas deben ser notificados con la exposición de motivo del rechazo, por ejemplo, en el caso que presenten estructuras de costos no razonables, que imposibilite la ejecución del contrato.

En aras del principio de transparencia, la invitación a tres oferentes no debe constituirse en un mero formalismo a cumplir sino que el contratante durante el proceso previo de calificación debe verificar que esos potenciales oferentes se encuentren en condiciones reales de concurrir y presentar cotizaciones, de esta forma el contratante tendrá un procedimiento competitivo que permitirá comparar las cotizaciones de precios; así podrá cumplir con este procedimiento de forma expedita pero transparente con una oportuna selección y garantizando la eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

Sin embargo, basta con que haya sido recibida una oferta y que ésta cumpla con las condiciones de contratación y sea conveniente a los intereses del contratante para otorgar la adjudicación⁴⁹. De esta forma el legislador no promueve la concurrencia de oferentes, es necesario el establecimiento de medidas de control para salvaguardar un mínimo de concurrencia y competencia efectiva en los procedimientos de menor cuantía, porque si bien los procedimientos de selección admiten legalmente limitaciones a los principios de publicidad y competencia, no es menos cierto que su aplicación ha de ser restrictiva y su interpretación estricta; asimismo en caso de existir alguna laguna jurídica deben aplicarse los principios que rigen estos procedimientos.

En este procedimiento el contratante, conforme con lo dispuesto en el artículo 96 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, procurará la contratación de los oferentes de la localidad, dando preferencia a la participación de pequeños y medianos actores económicos. Esta preferencia rompe con el principio de igualdad, no obstante, está fundamentada en una disposición legal cuya *ratio legis* es fomentar el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, así como amparada en el principio establecido en el artículo 2 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas referente a promover la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción. Además está prevista la consulta de precios con empresas no nacionales, la cual se reguló en los mismos términos y condiciones del supuesto del concurso cerrado con ese tipo de empresas⁵⁰.

Por otra parte, el informe de recomendación de contrataciones a realizar en el marco de un plan excepcional cuando su cuantía superen las 5.000 U.T.,

⁴⁹ Artículo 97 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁵⁰ Artículo 100 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley de Contrataciones Públicas.

para la adquisición de bienes, 10.000 U.T. para la prestación de servicios y 20.000 U.T. para la ejecución de obras, o que deriven de un concurso cerrado declarado desierto debe contar con la aprobación de la comisión de contrataciones⁵¹.

A pesar de lo anteriormente señalado, la Contraloría General de la República en los expedientes de contratación de catorce consultas de precios realizadas en el ejercicio fiscal 2012 por el Ministerio del Poder Popular para el Comercio no evidenció la existencia del informe de recomendación y la aprobación de la comisión de contrataciones⁵².

Por otra parte, la consulta de precios podrá realizarse a través de una subasta inversa electrónica en las consultas de precios de bienes y servicios que por sus características lo permitan, siempre y cuando lo señalen en las condiciones de la contratación. Los oferentes presentarán oferta económica que podrá ser mejorada mediante la realización de ofertas sucesivas, hasta la conformación de su oferta definitiva, entendiéndose por ésta, la última presentada para cada variable dentro del lapso de la subasta⁵³.

Actualmente, el Servicio Nacional de Contrataciones es el encargado de establecer los aspectos inherentes a la aplicación de la subasta inversa; en observancia del principio de publicidad y competencia que repercuten en la transparencia del procedimiento la convocatoria para participar en este mecanismo debe ser pública; y, en el cual, el oferente que resulte seleccionado será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria, siempre y cuando la Administración se asegure que ese precio esta adecuadamente estimado previa evaluación de las estructura de costos.

En ese sentido, en pro de la preservación del patrimonio público, en las condiciones de contratación de la subasta inversa debe contemplarse que el contratante no asumirá la modificación del contrato para absorber incrementos en la estructura de costos que el contratista oportunamente debió considerar en su oferta a la fecha de su presentación y que no obedecen a hechos imprevisibles.

La modalidad de subasta inversa, tanto presencial como electrónica, está prevista en el ordenamiento jurídico colombiano constituyendo un procedimiento mediante la cual los oferentes, durante un tiempo determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con

⁵¹ Artículo 99 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁵² Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2014, pp. 52 y 53.

⁵³ Artículo 97 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

el fin de lograr el ofrecimiento que representa la mejor relación costo beneficio para el contratante, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones.

Igualmente, en el ordenamiento jurídico peruano está contemplada con criterios claros y delimitados la subasta inversa a través de una convocatoria pública; y, en la cual, el oferente seleccionado será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. Esta modalidad, lo que busca es agilizar las contrataciones del Estado, reduciendo costos y así obtener los mejores precios del mercado.

La legislación ecuatoriana prevé la subasta inversa para la adquisición de bienes o servicios, a través de una negociación de precios entre proveedores preseleccionados debidamente calificados, los cuales pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos, siendo adjudicado el que oferte el precio más bajo.

En Colombia, Perú y Ecuador, al igual que en Venezuela, está contemplada la selección de contratistas a través del procedimiento de subasta inversa para bienes y servicios, excluyendo la posibilidad que aplique para la ejecución de obra dada la naturaleza de este tipo de contratos. Asimismo, los referidos países en su legislación buscan garantizar la publicidad, la eficacia, la economía, la celeridad, ampliando el margen de competencia, lo cual repercute significativamente en la transparencia de este tipo de procedimiento que se introduce en la legislación venezolana con la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, pero debe profundizarse en la reglamentación de este procedimiento novedoso.

Finalmente, considerando las características de este procedimiento, al igual que en el concurso cerrado debe materializarse una calificación previa del participante; solo luego de verificarse su calificación legal, financiera, especialidad y capacidad técnica podrá el contratante solicitar las ofertas.

d. Contratación directa

La doctrina se refiere a este procedimiento como de trato privado, concierto directo, compra directa, entre otras denominaciones. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico venezolano es un procedimiento de selección⁵⁴, de carácter excepcional, por tanto no debe concebirse como una adjudicación directa, el contratante solo podrá adjudicar directamente los contratos excluidos de las modalidades de selección de contratistas conforme con lo dispuesto en

⁵⁴ Numeral 29 del artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

el artículo 5 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

No obstante lo antes expuesto, no es menos cierto que la contratación directa no está en la Ley suficientemente estructurada como un procedimiento, en tal sentido, tomando en cuenta el objeto de las contrataciones por las cuales es procedente es recomendable estructurarlo procedimentalmente con las actuaciones administrativas que debe desarrollar el contratante previas a la adjudicación del contrato, actuaciones que debe realizarse de manera simplificada y sumaria sin afectar la celeridad administrativa del procedimiento.

En este procedimiento no está previsto un llamado público a participar al igual que en el concurso cerrado y consulta de precios, el acceso al procedimiento es a través de una invitación directa del contratante pero mínimo debe invitarse a dos oferentes calificados para presentar ofertas, cuando las condiciones de la contratación lo permitan conforme está previsto en el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

Aunque los niveles de concurrencia sean menores debe garantizarse el principio de competencia, salvo en los casos que por razones de especialidad y las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra este excluida la posibilidad de competencia, de lo cual debe dejarse constancia en el acto motivado que se dicte a tales fines.

Ahora bien, las contrataciones directas que superen las 5.000 U.T. para la adquisición de bienes, 10.000 U.T. para la prestación de servicios y 20.000 U.T. para la ejecución de obras, deberán contar con la opinión de la comisión de contrataciones de la unidad contratante. Dicha opinión no tendrá carácter aprobatorio ni vinculante para la decisión que se adopte. De esta forma la máxima autoridad podrá disponer de una opinión de la comisión que cuenta con profesionales del área legal, técnica y económica, coadyuvando a la adopción de una decisión apegada a la legalidad y lo más conveniente para el contratante⁵⁵.

Los supuestos cualitativos para la procedencia de la contratación directa se encuentran previstos en el artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, independientemente de la cuantía de la contratación.

En este tipo de procedimiento la Ley no exige el levantamiento de un acta de inicio como se requiere expresamente para el concurso cerrado y consulta de precios, no obstante, tratándose de un procedimiento administrativo debe

⁵⁵ Artículo 103 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

suscribirse un acta de inicio, tomando en consideración que los supuestos previstos en los numerales 1 y 5 del artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, asociados a la necesidad de la contratación por el perjuicio que pueda causar al contratante el retardo por el inicio de un nuevo proceso, el tiempo para la selección y adjudicación debe ser inferior al establecido para la modalidad de selección de contratista que corresponda según el monto de la contratación⁵⁶. En esos casos con la suscripción de acta de inicio podrá verificarse si la duración de este procedimiento excepcional ha sido en tiempo inferior a los procedimientos ordinarios.

De esa forma, quedan en evidencia casos como el detectado en la actuación fiscal realizada por la Contraloría General de la República en la empresa del Estado C.A. Metro de Caracas, en la cual se constató que el referido ente aplicó una contratación directa para la selección de una contratista cuando lo procedente era un concurso abierto anunciado internacionalmente de acuerdo al monto de la contratación, la contratación directa se realizó bajo el argumento de “colapso” del sistema, sin embargo, el órgano contralor determinó que la obra pautada inicialmente para ejecutarse en 48 meses, su tiempo de ejecución ha sido prorrogado, teniendo a la fecha de la actuación fiscal ocho años en ejecución sin que haya sido culminada para ese momento dado que los trabajos se encontraban paralizados, sin evidencia del documento en el cual se deje constancia de los motivos de la paralización⁵⁷.

En los supuestos anteriormente señalados, las condiciones de contratación deben regular suficientemente los plazos de ejecución y las formas de entregar considerando que dada las características de los supuestos de procedencia ameritan una ejecución perentoria del objeto de la contratación, siempre que no trate de un falso supuesto de hecho para justificar la aplicación de este procedimiento.

Ahora bien, la máxima autoridad del contratante debe exponer los hechos que dan origen al procedimiento, en virtud de que esos hechos deben encuadrar en un supuesto legal previsto para este procedimiento como sostiene Roberto Dromi⁵⁸; de no ser así, la legitimidad y oportunidad del procedimiento quedan en entredicho. En ese sentido, para proceder por contratación directa la máxima autoridad debe dictar un acto motivado con toda la información

⁵⁶ Artículo 115 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

⁵⁷ Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2016, p. 150.

⁵⁸ Dromi, Roberto: *“La autoridad competente que decida contratar por alguno de los procedimientos de excepción, debe ponderar objetivamente y fundadamente las razones que posibilitan encuadrar los casos determinados en el procedimiento elegido. Estas motivaciones constituyen, por tanto, los supuestos o razones del acto, Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión de contratar por un procedimiento de excepción”*. Licitación Pública. 1995. pp. 137 -138.

que justifique adecuadamente la contratación (legal, financiera y técnica), y en especial la exposición sucinta de los hechos, justificación legal, fundamentación y decisión de la contratación directa con el contratista seleccionado⁵⁹.

De lo anteriormente expuesto se desprende que previo al acto motivado el contratante debe efectuar las actuaciones administrativas para seleccionar al contratista, sin embargo, la normativa legal no establece ninguna previsión a este respecto, pero el respeto al principio de transparencia que rige el procedimiento de selección así lo amerita.

Por tanto, no existiendo parámetros expresos para la sustanciación de este tipo de procedimientos, en las actuaciones administrativas ocurren desviaciones como ha detectado la Contraloría General de la República en la actuación fiscal realizada en la empresa del Estado Petrocasa Construcción, S.A., en la cual se determinó que cinco contratos, cuyos actos motivados debió firmar la máxima autoridad no fueron firmados⁶⁰. En consecuencia, sin acto motivado aprobado por la máxima autoridad no se configurará la contratación directa sino una adjudicación directa.

Debe establecerse expresamente que la aprobación de los actos motivados tenga lugar previo a la celebración del contrato, para evitar desviaciones como ha evidenciado la Contraloría General de la República en la actuación fiscal realizada en el Consejo Nacional Electoral (CNE) en la cual se determinó que los actos motivados de 28 contratos adjudicados directamente durante los ejercicios económicos 2007 y 2008, fueron aprobados con posterioridad a la adjudicación⁶¹.

Asimismo, la Contraloría General de la República en actuaciones fiscales realizadas en el Hotel Venetur Puerto La Cruz y Venetur Orinoco ha evidenciado que las contrataciones directas no cuentan con acto motivado y/o la aprobación de la autoridad competente⁶².

Este tipo de procedimiento, a pesar de su carácter restrictivo y excepcional, su aplicación frecuente constituye la regla general desde el punto de vista del número de adjudicaciones otorgada por contratación directa, una huida a los procedimientos de selección más garantes de la transparencia que viene dada en virtud que los supuestos de procedencia de la contratación directa han sido ampliados en las últimas reformas legislativas de la ley que rige las contrataciones públicas extendiendo significativamente su ámbito de aplicación como aprecia el profesor Brewer Carias al realizar un análisis jurídico “de

⁵⁹ Artículo 101 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁶⁰ Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2015, p. 89.

⁶¹ Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2011, p. 33.

⁶² Informe de Gestión de la Contraloría General de la República. Año 2016, pp. 177 y 179.

la ley de licitaciones a la ley de contrataciones públicas en Venezuela: una estrecha reforma que amplió el radio de las excepciones al régimen de selección de contratistas y a la Corrupción administrativa”⁶³.

En virtud de lo antes expuesto, los supuestos de procedencia de este procedimiento deben limitarse a aquellos casos en que la competencia no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al contratante, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un contratista que pueda ejecutar el contrato. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva deben justificar la aplicación de este procedimiento sin publicación, sin competencia y sin igualdad de acceso, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio contratante con miras al futuro procedimiento de selección.

No obstante lo anterior, el Ejecutivo Nacional continúa ampliando los supuestos de aplicación de la contratación directa, incluyendo dos nuevos supuestos de procedencia en el Decreto N° 3.324, de fecha 16-03-2018⁶⁴.

Si bien en este procedimiento los principios de igualdad, concurrencia y competencia se ven reducidos, ello no es impedimento para que la Administración actúe con apego al principio de legalidad y transparencia para alcanzar el objetivo del procedimiento que no es otro que seleccionar la oferta más conveniente a sus intereses para el uso eficiente de los recursos públicos y el contratista que sea adjudicado debe poseer la calificación legal, financiera, la especialidad y capacidad técnica para cumplir el objeto de la contratación.

La contratación directa por sus características debe ser la excepción y no la regla como procedimiento de selección de contratistas. Es un procedimiento que debe estructurarse como un procedimiento sumario para su oportuna sustanciación solo para los supuestos taxativamente previstos en el ordenamiento jurídico y en su desarrollo deben respetarse los principios que rigen los procedimientos de selección.

En todo caso, a continuación de la fase de sustanciación, en los procedimientos de selección de contratistas anteriormente desgranados tiene lugar la

⁶³ A. Brewer Carías: Texto preparado para la exposición en el Seminario Retos de la Contratación Pública en Iberoamérica, Jornadas en Homenaje a Allan Brewer Carías, organizado por la Universidad del Rosario, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Institut of Latin American Studies, University of Columbia, New York, 31-03-2017.

⁶⁴ Artículo 3 del Decreto N° 3.324, de 16-03-2018.

fase de decisión, que consiste en el otorgamiento de la adjudicación del contrato licitado a la oferta con la primera opción.

Debe otorgarse la adjudicación a la oferta que resulte con la primera opción al aplicar los criterios de evaluación y cumpla los requisitos establecidos en el pliego o condiciones de contratación.

En tal sentido, el contratante, atendiendo a las especificaciones técnicas y condiciones de cada contratación, establece los criterios determinantes para la escogencia de la oferta ganadora. Puede preverse así que en aquellos contratos en los que las características o atributos específicos del oferente son fundamentales (capacidad legal, técnica y financiera), el precio del contrato no determinará la escogencia de la oferta como en los casos de consulta de precios donde el precio es un criterio determinante para adjudicar. En esos supuestos, la oferta deberá ser evaluada en su integridad (concursos abiertos y concursos cerrados), otorgando preeminencia a todos los factores que permitan determinar la capacidad de la empresa para ejecutar el contrato que se pretende adjudicar, a satisfacción del contratante.

En los procedimientos de selección anteriormente descritos la regla es que el otorgamiento de la adjudicación debe recaer sobre la oferta que resulte con la primera opción en el informe de la comisión de contrataciones o de la unidad contratante, en las consultas de precios y contrataciones directas no sometidas a la referida comisión. Esa primera opción será establecida según todos los criterios de evaluación establecidos en el pliego, que no sólo se limitan al precio de la oferta, sino también a los demás aspectos técnicos y financieros vinculados con las necesidades del ente contratante.

Ahora bien, con relación al criterio del precio de la oferta, el artículo 38 numeral 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece expresamente lo siguiente:

Artículo 38. El sistema de control interno que se implante en los entes y organismos a que se refieren el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley, deberá garantizar que antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes:(...) 4. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras Leyes.

Del contenido de la norma precitada, se observa que no se condiciona la idoneidad del precio de la oferta a su monto, es decir, a que sea el monto más bajo; sólo se exige que sea “justo y razonable”, salvo las excepciones establecidas en “otras leyes”.

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas es la ley especial en la materia, de modo que la idoneidad del precio en los

términos previsto en el artículo 38 de la normativa de control fiscal, deberá determinarse según lo previsto en la ley especial. Pero el Decreto Ley no contiene disposición alguna que otorgue preeminencia al precio de la oferta como criterio fundamental para el otorgamiento de la adjudicación salvo la disposición prevista en caso de efectuarse el procedimiento de consulta de precios; las normas que se refieren a la evaluación de las ofertas, exigen que el contratante realice la selección del contratista en base a los criterios establecidos en los pliegos o condiciones de condiciones.

De modo que el carácter “justo y razonable” del precio, si bien está vinculado a la cuantía de la oferta, no necesariamente exige que el contratante deba escoger la oferta más baja, pues debe igualmente examinar que dicha propuesta cumpla con los demás requerimientos exigidos para el fiel cumplimiento del contrato.

No siempre la oferta más económica satisface las necesidades requeridas, pues puede suceder que una propuesta con esas características, presente condiciones técnicas y financieras más desfavorables, y no se corresponda con la estimación de costos de la contratación, situación que en el supuesto de otorgarse la adjudicación pueda desencadenar la siguiente situación: imposibilidad de ejecutar el contrato por parte del contratista seleccionado porque el precio no se corresponde con los gastos que debe efectuar para materializar la ejecución del contrato y en consecuencia, solicite una reconsideración de precios.

De acordarse la reconsideración de precios sin que medien hechos del príncipe o cualquier otra circunstancia sobrevenida, la oferta más económica terminará siendo más costosa que la oferta presentada por otros oferentes en el procedimiento, lo cual pudiese ocasionar un perjuicio económico para el contratante.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas en concordancia con lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece la obligación de rechazar las ofertas que difieran de las regulaciones existentes en materia de precios justos y cuya estructura de costos no sea razonable⁶⁵.

En los casos de ejecución de obra, adquisición de bienes o prestación de servicios, podrá otorgarse parcialmente la totalidad o parte entre varias ofertas presentadas, si así se ha establecido expresamente en el pliego de condiciones, tomando en cuenta la naturaleza y las características de la contratación

⁶⁵ Artículo 76 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, numeral 13.

a celebrar. La adjudicación parcial debe realizarse cumpliendo los criterios, condiciones y mecanismos previstos en el pliego de condiciones.

Solo se procederá a considerar la segunda o tercera opción, en este mismo orden en caso que el participante con la primera opción, notificado del resultado del procedimiento, no mantenga su oferta, se niegue a firmar el contrato, no suministre las garantías requeridas o le sea anulada la adjudicación por haber suministrado información falsa.

No obstante lo anterior, en cualquiera de los procedimientos de selección analizados, se podrá adjudicar el contrato cuando se presente solo una oferta y cumpla con todos los requisitos señalados en el pliego de condiciones, luego de efectuada la calificación y evaluación respectiva.

Ahora bien, en situaciones anormales el procedimiento de selección de contratistas podrá suspenderse mediante acto motivado, mientras no haya tenido lugar el acto de apertura de sobres contentivos de manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso.

Si la suspensión de un procedimiento de selección de contratistas, de acuerdo con lo indicado en el artículo 106 de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, se prolonga por un lapso mayor de cuarenta y cinco días hábiles, el contratante dará por terminado el mismo y podrá iniciar un nuevo procedimiento.

Igualmente puede dar por terminado el procedimiento, mediante acto motivado, mientras no se haya firmado el contrato definitivo. En caso que se hubiere otorgado y notificada la adjudicación, se indemnizará al beneficiario de ésta con una suma equivalente al monto de los gastos en que incurrió para participar en el procedimiento de selección, que no será superior al 5% del monto de su oferta, previa solicitud del beneficiario de la adjudicación acompañada de los comprobantes de los gastos, dentro del lapso de treinta días contados a partir de la notificación de terminación del procedimiento.

En caso de haberse otorgado la adjudicación y no haya sido notificada, no procederá indemnización alguna, conforme el artículo 107 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, esta disposición violenta el principio moderno de la reparación integral del daño que implica indemnizaciones reales y no simbólica. En tal sentido, hay que rechazar la tendencia del legislador y de los jueces de limitar la responsabilidad del Estado por capacidad económica y el no reconocimiento del lucro cesante para superar el mito de la afectación negativa del erario público.

En caso de aplicarse una modalidad de selección de contratistas establecida en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, que no corresponda, de acuerdo a los supuestos cuantitativos que señala la referida Ley, se dará por terminado el procedimiento, iniciándose el que fuera procedente.

Terminado el procedimiento de selección del contratista, el contratante puede abrir un nuevo procedimiento, cuando hayan cesado las causas que dieron origen a la terminación. En los casos del concurso cerrado y consulta de precios podrá invitar a participar en el nuevo procedimiento, a la totalidad de los oferentes de la modalidad terminada.

En caso de haberse otorgado la adjudicación o firmado el contrato, procederán los supuestos de nulidad indicados en el artículo 122 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Contrataciones Públicas.

En los procedimientos en que se presente una única oferta válida y en consecuencia se dé la inexistencia de segunda y tercera opción en el procedimiento, cuando ocurra la nulidad de la adjudicación otorgada, se declarará desierto el procedimiento, de conformidad con el numeral 4 del artículo 113 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

B. La contratación electrónica

Este mecanismo consiste en la utilización por parte del contratante de medios y dispositivos de tecnología de información y comunicaciones para realizar el procedimiento de selección legalmente aplicable, garantizando el acceso de los participantes, el registro y almacenamiento de documentación en medios electrónicos⁶⁶. Por tanto, la contratación electrónica no es un procedimiento en sí misma, es un medio que favorece la transparencia, fortalece las relaciones entre los particulares y la Administración, asimismo a lo interno de ésta facilita la supervisión del comportamiento de los funcionarios o empleados públicos. Por consiguiente, los procedimientos realizados con medios y dispositivos electrónicos facilitan la gestión de la contratación pública, la publicación de los datos, la concurrencia equilibrada de diversos actores económicos, la fiscalización y control de la gestión contractual y puede generar ahorros en esa gestión.

Ahora bien, la realización de los procedimientos de selección realizados aplicando medios y dispositivos electrónicos deben ir acompañados del establecimiento de medidas que aseguren a lo interno la transparencia material en todas las fases del procedimiento. Su aplicación reduce significativamente

⁶⁶ Artículo 104 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

las posibilidades de desviaciones administrativas porque la documentación e información del procedimiento debe estar disponible para todos los participantes, así como para cualquier ciudadano a través de su publicación en medios electrónicos.

Con la utilización de medios y dispositivos electrónicos se podrá dar vigencia plena al principio de publicidad, reforzando el carácter público del expediente de la contratación, favoreciendo la igualdad de oportunidades para participar y la competencia, en consecuencia, la transparencia del procedimiento que conlleva a “que el actuar de la Administración se deje ver como a través de una casa de cristal”⁶⁷, permitiendo que la Administración Pública y sus actuaciones se encuentren disponible a cualquier interesado, sin reservas ni confidencialidades injustificadas.

Este mecanismo para su apropiada y efectiva utilización como herramienta para incrementar la transparencia no debe limitarse a dar publicidad al procedimiento de selección, la Administración con su implementación debe ir más allá de la divulgación de la información referida al procedimiento y la recepción de documentación vía electrónica⁶⁸, por tanto, su utilización debe asegurar la integridad del procedimiento, el control y las responsabilidades de quienes lo utilicen al momento de dar acceso a los participantes al sistema o valorar las ofertas.

Este mecanismo no impide que las especificaciones técnicas de un procedimiento de selección hayan sido elaboradas para favorecer a determinado participante, entonces, la contratación electrónica favorece la transparencia pero las condiciones de la contratación deben ser objetivas para una transparencia real. Igualmente, el sistema que se utilice para su ejecución debe caracterizarse por ser un sistema accesible e inteligible a cualquier participante y oferente que no limite la concurrencia de ningún actor económico.

De conformidad con el 11 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, es responsabilidad de los ministerios del Poder Popular con competencia en materia de planificación y de tecnologías de la información, desarrollar las regulaciones complementarias para la implementación de la interoperabilidad entre los distintos organismos del sector público

⁶⁷ Del Piazzo, Carlos E., “A la búsqueda del equilibrio entre la privacidad y acceso a la protección de datos personales y acceso a la información pública”. Instituto de Derecho Informático, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, F.C.U/ AGESIC. Montevideo, 2009, p. 17.

⁶⁸ Artículos 12 y 13 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

involucrados en la verificación de la documentación presentada en los procedimientos de selección de contratistas y los expedientes electrónicos, a partir de lo previsto en esa Ley Constitucional y en las demás normas del ordenamiento jurídico vigente.

En todo caso, la Administración contratante debe garantizar que en los procedimientos realizados con medios y dispositivos electrónicos sean observados los principios que rigen la selección de contratistas conforme lo dispuesto en los artículos 104 y 105 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, porque este mecanismo *per se* no garantiza la transparencia del procedimiento.

Finalmente, en virtud de lo anteriormente expuesto este mecanismo de contratación electrónica debe comprender entre otras actuaciones: 1. La publicación del llamado a participar en internet. 2. La descarga en línea del pliego o condiciones de contratación. 3. La publicación del expediente de contratación en internet. 4. La remisión y recepción electrónica de las ofertas. 5. La solicitud y respuesta de aclaratorias vía electrónica. 6. Visualización del acto de apertura de sobres a través de internet. 7. La notificación electrónica de la adjudicación y, 8. La firma electrónica del contrato.

C. Formación y publicidad del expediente de la contratación

La sustanciación de cualquier procedimiento administrativo amerita la formación de un expediente administrativo que constituye una manifestación del deber de documentación que tiene su fundamentación en la necesidad de acreditar fehacientemente las actuaciones de la Administración Pública, siguiendo un orden lógico, de acuerdo al momento que tienen lugar los hechos y los actos en el curso del procedimiento.

En tal sentido, el contratante debe formar un expediente administrativo de cada procedimiento de selección de contratistas que permita conocer los actos que se adopten en su sustanciación y permitir el acceso de los interesados, incluso con fines de contraloría social. Dicho expediente debe ser de carácter público para dar transparencia al procedimiento y sólo reservar o declarar de carácter confidencial de manera justificada, conforme con lo dispuesto en el Capítulo V del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, disposiciones aplicables en todo y en cuanto no colidan con las normas de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.

Por otra parte, la referida Ley Constitucional otorga preferencia al uso de medios de información y comunicación electrónicos, estableciendo en el artículo 12 que la sustanciación de expedientes debe realizarse en formato electrónico, disponible a todos los interesados.

Ahora bien, es preciso que se garantice la unidad del expediente de la contratación, independientemente que en su sustanciación intervengan varias unidades del contratante, como se ha evidenciado anteriormente en la fase previa del procedimiento de selección interviene la unidad usuaria del contrato, en las consultas de precios y contrataciones directas es la unidad contratante responsable de la sustanciación a diferencia del concurso abierto y cerrado que corresponde su instrucción a la comisión de contrataciones.

Sin embargo, en los supuestos ya analizados pudiera la comisión conocer de los informes de recomendación de determinadas consultas de precios y opinar sobre actos motivados de contrataciones directas. Posteriormente, en la fase de decisión conoce la máxima autoridad del contratante y finalmente en la fase de ejecución o eficacia corresponde a la unidad usuaria incorporar en el expediente todas las actuaciones relacionadas con la administración del contrato (Acta de inicio de trabajos, actas de paralización, prórrogas, evaluación de desempeño, pagos, entre otras).

La Ley Constitucional en el artículo 13 promueve la publicidad y difusión electrónica de la información relacionada con las contrataciones públicas, no obstante, establece que la carta de consignación de la oferta, la confirmación del interés del oferente una vez adjudicado, o la adjudicación u otorgamiento de la buena pro, no están sujetas a la aplicación de lo dispuesto en ese artículo, pero deberán ser objeto de mecanismos de digitalización e integración al expediente electrónico que se forme, en observancia al principio de unidad del expediente.

Si lo que se persigue es la transparencia del procedimiento solo cuando se trate de ofertas contentivas de secretos comerciales es recomendable que los oferentes hagan la notificación correspondiente a los fines de su reserva para la protección de la propiedad intelectual e industrial, pero es necesario encontrar un punto de equilibrio entre el derecho al respeto de los secretos comerciales y el derecho al acceso a la documentación relacionada con el procedimiento.

Ahora bien, en aras de reforzar la transparencia y el acceso público a la información relativa a los procedimientos de selección de contratistas el contratante a través de su página web oficial podrá publicar datos e informaciones tales como las contrataciones programadas, los llamados a participar, los pliegos o condiciones de contratación, los procedimientos de contratación en

curso y la documentación relativa a las mismas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el contratante.

En España está previsto que la Administración contratante tenga un perfil oficial en la web para la publicación de todas las actuaciones y documentos relacionados con los procedimientos de selección de contratistas y los contratos adjudicados, dado el auge de los medios electrónicos repercute significativamente en el acceso a la información en materia de contrataciones lo cual deriva en mayor transparencia en los procedimientos, en Venezuela ha habido avances en este sentido con la obligación de publicar el llamado a participar en los concursos abiertos en su página web oficial y remitirlo al Servicio Nacional de Contrataciones para que sean publicado en la página web de ese órgano de conformidad con el artículo 79 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

D. Participación de los miembros de los órganos de control como observadores en el procedimiento

Este mecanismo de control interno previsto en el artículo 12 de la derogada Ley de Licitaciones y en el artículo 11 de la derogada Ley de Contrataciones Públicas, no ha sido reproducido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, la normativa vigente no contempla la potestad de la Contraloría General de la República y de la unidad de control interno del contratante, de designar representantes para actuar como observadores en los procedimientos de selección.

Esta participación pudiera dar lugar a denuncias y auditorias de control posterior en el supuesto que los funcionarios actuantes como observadores constataran alguna irregularidad administrativa durante los actos públicos que se celebren en el curso de los procedimientos de selección.

Ahora bien, aun cuando no se encuentra en la actualidad legalmente prevista la participación de observadores, la comisión de contratación está en el deber de remitir los casos o hechos que pueden generar responsabilidad administrativa a la unidad de auditoría interna del contratante⁶⁹, conforme con lo establecido en el numeral 18 del artículo 15 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁶⁹ Numeral 18 del artículo 15 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

E. Derecho a aclaratorias al pliego o condiciones de contratación y su publicidad

Las reglas, condiciones y criterios aplicables a cada contratación deben ser objetivos, de posible verificación y revisión, pero cualquier participante tienen derecho a solicitar aclaratorias sobre éstos documentos y que éstas sean notificadas por escrito a todos sin indicar su origen, asegurando así que ningún oferente reciba información exclusiva de manera individual, preservando con ello el principio de igualdad de trato y de publicidad garantes de la transparencia, a los fines que todos estén en conocimiento de su contenido para su consideración en la elaboración y presentación de su oferta, en virtud que las respuestas de las aclaratorias forman parte del pliego de condiciones y tendrán su mismo valor⁷⁰.

Las respuestas a las solicitudes de aclaratorias son parte de las condiciones de contratación en virtud de su carácter vinculante para todos los oferentes y por tanto, es necesaria para interpretar el contrato que se adjudique y resolver las dudas relacionadas con su cumplimiento.

Con este mecanismo de aclaratorias se evita las comunicaciones informales entre los distintos actores del procedimiento para esclarecer aspectos vinculados con el pliego o condiciones de contratación, sin que tengan conocimiento los demás participantes. Asimismo, este mecanismo es de utilidad para subsanar errores materiales, de hecho o aritméticos de las especificaciones técnicas, entre otros aspectos, contribuyendo a mejorar el pliego o condiciones de contratación lo que incide significativamente en la presentación de ofertas ajustadas a los requerimientos del contratante, por ende, se reduce la presentación de ofertas con omisiones o divergencias sustanciales que conduzcan a su rechazo, restringiendo la competencia.

Las respuestas a las aclaratorias deben ser recibidas por todos los participantes con al menos un día hábil de anticipación a la fecha fijada para que tenga lugar el acto de manifestaciones de voluntad u ofertas, según sea el caso.

El lapso para solicitar aclaratorias en el concurso abierto y en el concurso abierto anunciado internacionalmente será de al menos tres días hábiles; dos días hábiles en el concurso cerrado y un día hábil para consulta de precios. Dichos lapsos se deben contar desde la fecha a partir de la cual el pliego de condiciones esté disponible a los interesados⁷¹.

Ahora bien, en el artículo 12 de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes,

⁷⁰ Artículo 69 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁷¹ Artículo 70 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

Servicios y Obras Públicas, de aplicación preferente, contempla que las solicitudes y respuestas, lo cual incluye las aclaratorias, deberán realizarlas en formato electrónico, disponible de manera general para todos los interesados, otorgando mayor transparencia a este mecanismo.

F. Motivación del informe de recomendación de la adjudicación

La motivación como requisito de forma de los actos administrativos amerita la necesaria expresión de los hechos que dan origen al acto y los fundamentos legales del mismo⁷².

La obligación de motivar el informe de recomendación representa una manifestación de transparencia; por otra parte, constituye un derecho a favor de los oferentes frente al contratante.

Este informe en los concursos abiertos y los concursos cerrados debe detallar los motivos de la calificación y de la evaluación legal, técnica y financiera de conformidad con el artículo 95 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, tomando en consideración que las ofertas presentadas deben ser evaluada de manera integral, de ese examen debe resultar la oferta con la primera opción para recibir la adjudicación, debiendo ser conveniente desde todo punto de vista, por ello, además de los aspectos meramente económicos vinculados con el precio ofrecido, deberá constatarse que el oferente cuenta con la capacidad suficiente para desarrollar, en las condiciones más ventajosas para el contratante y la colectividad, el objeto de contratación licitado. Asimismo, el informe de recomendación debe indicar las ofertas con la segunda y tercera opción, siempre que sea posible.

Por otro lado, el informe de recomendación debe ser detallado en sus motivaciones, en cuanto a los resultados de la evaluación de los aspectos legales, técnicos, económicos, financieros y en el empleo de medidas de promoción del desarrollo económico y social, así como en lo relativo a los motivos de descalificación o rechazo de las ofertas presentadas, en virtud que ese participante descalificado u oferente cuya oferta ha sido rechazada perderá la oportunidad de contratar con el Estado y esa pérdida de oportunidad es indemnizable patrimonialmente en otros ordenamientos jurídico, sin embargo en Venezuela no hay precedentes judiciales conocidos.

La evaluación de las ofertas en todas las modalidades de contratación debe ser global y los resultados en esa fase del procedimiento de selección reflejan la conveniencia o no de contratar con determinado oferente atendiendo a los parámetros que se hubieren fijado en el pliego de condiciones,

⁷² Artículo 9 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

vinculados por lo general con la capacidad legal, técnica, económica y financiera del contratista y en observación de los principios que deben regir las contrataciones Públicas, caso contrario la Administración Pública en su actuación podría incurrir en el otorgamiento indebido de la adjudicación a un oferente, con las consecuencias jurídicas que dicha actuación implica y que puede generar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados con su actuación.

3. En la fase de decisión

En esta etapa se decide la adjudicación o declaratoria desierta del procedimiento de selección de contratistas. Con la adjudicación se determinará cuál es la oferta más conveniente para la Administración Pública.

La adjudicación es un acto unilateral en el que la máxima autoridad selecciona una oferta determinada, en tanto cumpla con los requisitos contenidos en el pliego o condiciones de contratación, incluyendo los límites presupuestarios. A partir de la notificación de la adjudicación, el ganador contrae derechos y obligaciones con la Administración Pública, que establecen que se mantendrán inalterables las bases de la licitación, así como la garantía de la formalización del contrato.

En cuanto a la declaratoria de desierta del procedimiento únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

A. Motivación de la adjudicación

Estando la Administración Pública sujeta a la Ley y al derecho, no basta que sus decisiones se produzcan en el marco de un procedimiento, por tanto, una decisión administrativa debe tener su origen y fundamento en la Ley, por ello amerita una motivación razonada y justificada.

La motivación del informe de recomendación no basta para adjudicar, la máxima autoridad debe motivar el acto mediante el cual otorga la adjudicación del contrato y dicho acto debe ser de carácter público, salvo las reservas de Ley en caso de tratarse de una contratación cuyo objeto este destinado a la seguridad y defensa de la Nación.

La máxima autoridad o quién esta delegue debe motivar: 1. Que la selección del contratista aun cuando su oferta represente la única opción posible, tiene fundamentación en el pliego o condiciones de contratación, y 2. Que la

oferta del contratista seleccionado satisface la finalidad requerida por el contratante para cumplir con el objeto de la contratación.

La motivación de la adjudicación permitirá conocer el porqué de la decisión de la máxima autoridad y ello es determinante para una contratación transparente dado que si bien el procedimiento en su fase previa, de inicio y sustanciación pudiera desarrollarse de manera transparente con apego a la normativa legal aplicable y respetando los principios que rigen esta materia es preciso que la adjudicación del contrato de manera motivada sea otorgada a la oferta que resulte con la primera opción al aplicar los criterios de evaluación y cumpla los requisitos establecidos en el pliego o condiciones de contratación salvo que opere el decaimiento de la adjudicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 del referido Decreto Ley.

No es lo mismo justificar una providencia que regula aspectos técnicos científico en el funcionamiento de una unidad administrativa que justificar la selección de un contratista para ejecutar un contrato, la máxima autoridad debe justificar que el contratista seleccionado cumple de forma integral con los requerimientos legales, técnicos, económicos-financieros para cumplir con el objeto de la contratación.

Por otra parte, al momento de la adjudicación el contratante podrá solicitar el comprobante de inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas, a los fines de verificar que el oferente no se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado.

Finalmente, no hay que olvidar que el Estado tiene como fin último la satisfacción del interés general y los procedimientos de selección de contratistas son una herramienta esencial para lograr esa finalidad. Por ello, las contrataciones públicas afectan de manera directa los intereses de la ciudadanía, dado que allí se ponen en juego los recursos de los que dispone la sociedad para su desarrollo y bienestar común. Por eso su administración es una cuestión que involucra a todos y en consecuencia, se debe velar por una utilización transparente y eficiente. En la sociedad como la venezolana que padece una grave crisis social, política y económica, resulta imprescindible luchar contra la corrupción y en favor de la transparencia es un desafío de todos y resulta necesario aplicar las herramientas útiles para la obtención de tal fin.

B. Notificación de los procedimientos realizados, adjudicaciones otorgadas y contratos celebrados a los órganos de control

Este mecanismo es expresión del principio de rendición de cuenta que rige la función pública y responde a su vez al principio de transparencia, en tal sentido, es obligación de los contratantes notificar al Servicio Nacional de

Contrataciones, las contrataciones realizadas dentro de los primeros quince días continuos, siguientes al vencimiento de cada trimestre, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 38 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

El Servicio Nacional de Contrataciones por su parte es el responsable de establecer los mecanismos y parámetros para la rendición de la referida información. En tal sentido, es pertinente que se considere informar los procedimientos de selección realizados, identificación de cada procedimiento, su tipo, su objeto, el nombre de las empresas participantes, de la adjudicataria y el monto del contrato.

El Registro Nacional de Contrataciones del Estado es el encargado de consolidar la rendición trimestral de los procedimientos realizados, con el objeto de garantizar y mantener un sistema de información de las contrataciones del Estado, con el fin de proveer información a cualquier interesado⁷³, lo cual coadyuva a la publicidad de los procedimientos de selección dando mayor transparencia facilitando su control fiscal y social.

En el caso que el Servicio Nacional de Contrataciones verifique la realización de procedimientos no aplicables en atención a la cuantía o no procedentes por supuestos cualitativos está facultado para denunciar ante la Contraloría General de la República⁷⁴, esos casos o hechos que puedan generar responsabilidad administrativa.

Adicionalmente, hay que considerar que el artículo 5 del Decreto N° 3.324, de fecha 16-03-2018, establece que a los fines del control de los procedimientos de compras del régimen establecido en ese Decreto, el Servicio Nacional de Contratistas podrá solicitar el aporte periódico de información por parte de los entes contratantes

CONCLUSIONES

La transparencia debe regir toda actuación administrativa y en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, como un principio rector, conlleva directrices para la actuación de la Administración Pública, como la igualdad de trato, siendo el principio básico, estructurante y transversal que ha de materializarse en todas las fases de un procedimiento de selección que

⁷³ Numeral 2 del artículo 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

⁷⁴ Numeral 18 del artículo 37 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.

se caracterice como una verdadera licitación pública para garantizar la eficiencia a través de una mayor concurrencia y competencia en igualdad de condiciones para los participantes y oferentes. Los documentos e información concerniente a un procedimiento así realizado han de publicarse de manera sistematizada y accesible a los ciudadanos para facilitar su participación en el conocimiento y control del gasto público, ofreciendo una licitación abierta al control fiscal y social.

Los procedimientos de selección de contratistas regidos por el principio de transparencia deben estar bajo la responsabilidad de funcionarios cuya profesionalización y especialización en contrataciones públicas sea una política estatal, con apego a un código de conducta que promueva la honestidad, imparcialidad, objetividad y formación. Asimismo, la Administración Pública debe adoptar políticas de autocontrol y estímulo para la mejora permanente de los procedimientos que tramitan. Igualmente, la mejora de los sistemas de control previo y posterior, garantizando su total independencia y los medios materiales y humanos para poder ejercer con eficiencia e integridad sus competencias, así como para la rendición de cuentas de sus actuaciones.

Este trabajo describió los mecanismos apropiados para garantizar la transparencia como principio rector de los procedimientos administrativos de selección de contratistas, por ser la contratación pública un ámbito de la gestión pública proclive a la corrupción; por tanto, con esos mecanismos se persigue la plena transparencia para la ejecución de un procedimiento de selección abierto, íntegro y eficiente, en el cual prevalezcan los principios de planificación, igualdad, publicidad y competencia, acompañados de criterios objetivos de adopción de decisiones, que faciliten la selección objetiva del contratista, sin que medie práctica alguna que opaque el actuar transparente de la Administración que debe dejarse ver sin reservas indebidas.

En Venezuela, la modalidad de selección de contratista legalmente prevista en cuyo desarrollo se observa la aplicación de mayor número de mecanismos para garantizar la transparencia, es el concurso abierto, modalidad que más se asemeja a un procedimiento administrativo de selección general y público; los demás procedimientos –el concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa– son modalidades restringidas, selectivas, con menor publicidad de sus actos y con una mínima concurrencia de oferentes, que limita la competencia y la comparación de ofertas para la selección de la más conveniente a los intereses de la Administración Pública.

En definitiva, siendo Venezuela Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de la Convención de Interamericana contra la Corrupción y con fundamento en el artículo 143 de la Constitución de la República, la normativa que regula las contrataciones públicas regidas por el

principio de transparencia debe establecer mecanismos que permitan asegurar una competencia efectiva en condiciones de igualdad en los procedimientos de selección de contratistas, estableciendo la preferencia de un procedimiento general, abierto y público como regla para la selección objetiva de contratistas y limitando las demás modalidades para supuestos de procedencia estrictamente tasados.

Por tanto, en Venezuela el ordenamiento jurídico no debe dar preeminencia a la aplicación de los procedimientos sin libre concurrencia como el concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa, por lo cual debe motivarse de manera precisa y justificada su utilización para atender necesidades específicas y excepcionales, promoviendo siempre en ellos una concurrencia y publicidad adecuada, porque debe prevalecer la transparencia para evitar cualquier práctica que afecte la finalidad del procedimiento que es la selección de la oferta más conveniente a los intereses de la Administración Pública para la ejecución eficiente y eficaz del gasto público, destinado a las contrataciones públicas para el funcionamiento del Estado, así como de bienes, servicios y obras de interés general destinados al bienestar común de la colectividad.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo, Juárez, José: *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 2007.

Arias, Fidas: *El Proyecto de Investigación*. 5ta Edición, Editorial Epísteme. Caracas. 2006.

Bautista Moller, Pedro: *Licitaciones, Contratos y Sanciones*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 1999.

Brewer-Carías, Allan R.: "Aspectos del régimen jurídico de la contratación gubernamental en América Latina". *Charla pronunciada en el Seminario sobre comparación de los Sistemas Jurídicos de los países del Caribe Británico y los Sistemas de los otros Estados Miembros de la OEA, organizado por la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos*. Barbados.1983.En: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.260.pdf>

____: *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1992.

____: "De la ley de licitaciones a la ley de contrataciones públicas en Venezuela: Una estrecha reforma que amplió el radio de las excepciones al régimen de selección de contratistas y a la corrupción administrativa". *Texto preparado para la exposición en el Seminario Retos de la Contratación Pública en Iberoamérica*,

Jornadas en Homenaje a Allan Brewer Carías, organizado por la Universidad del Rosario, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Institut of Latin American Studies, University of Columbia. New York. 2017. En: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/11/1185.-conf-Brewer.-LEY-DE-LICITAC.-exclusiones-2017.pdf>

___: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2007.

Brewer-Carías, Allan R., et al.: *La Ley de Contrataciones Públicas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2012.

Carbonero Gallardo, José Miguel, “Hacia la eficiencia en la contratación Pública: propuestas para agilizar los procedimientos, gestionar estrategias y agilizar la contratación”. *Revista de Estudios Locales, CUNAL*, N° 152. 2012.

Claret Véliz, Arnoldo: *Cómo hacer y defender una tesis*. 7ma Edición ampliada. Editorial texto. Caracas. 2007.

Colina Fonseca, Pablo: *Comentarios sobre el nuevo reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas*. FUNEDA. Caracas. 2010.

Comadira, Julio R: *La licitación Pública*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 2000.

___: *La Licitación Pública en los Contratos Administrativos*, en la obra colectiva VIII Jornadas Internacionales de derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Tomo I, FUNEDA. Caracas. 2005.

Del Piazzo, Carlos E: “A la búsqueda del equilibrio entre la privacidad y acceso a la protección de datos personales y acceso a la información pública”. Instituto de Derecho Informático, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, F.C.U/ AGESIC. Montevideo. 2009.

Domínguez, Amaros: *Metodología de la Investigación*, Ediciones Primavera, Barcelona, España. 2003.

Dromi, Roberto: *La Licitación Pública*. Ediciones Ciudad Argentina. 2da Edición Actualizada. Buenos Aires. 1995.

Esteves Alvarado, César: *Comentarios al régimen jurídico de la Ley de Contrataciones Públicas y a otros sistemas de selección de contratistas conexos*. Ediciones Liber. Caracas. 2009.

Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 2. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2014.

Hernández, José I, Mónaco, Miguel y Rivero, Gigliana: *Actualizaciones en materia de Licitaciones*. FUNEDA. Caracas. 2007.

Hernández, José I, Mónaco, Miguel, Germán, Briceño, et al.: *Comentarios al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas*. FUNEDA. Caracas, 2008.

Lares Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Rodrigo Lares Bassa. Caracas. 2008.

Mairal, Héctor: *La Licitación Pública*, Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975.

Sayagués Laso, Enrique: *La Licitación Pública*. Edt. B de F. Montevideo. 2005.

___: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Clásicos Jurídicos Uruguayos. Montevideo. 1998.

Tamayo, Mario y Tamayo, S. *El Proceso de la Investigación Científica*. 2da Edición. Editorial Limusa. S.A. México. 2003.

Universidad Nacional Experimental Rómulo Gallegos. *Manual para la Elaboración de Trabajos de Grado*. San Juan de los Morros. 2008.

Universidad Pedagógica Experimental Libertador. *Manual para realizar trabajo de grado, especialización, maestría y tesis doctorales*. Fondo Editorial UPEL. Caracas. 2014.

Hernández-Mendible, Víctor Rafael, Araujo-Juárez, José, Canónico Sarabia, Alejandro: *La contratación pública en Venezuela*. FUNEDA. Caracas 2015.

ASPECTOS NORMATIVOS DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO EN VENEZUELA

Dignora Blanco¹

Resumen: *El trabajo repasa los aspectos jurídicos más relevantes de la normativa aplicable a los estudios de postgrado, haciendo énfasis en la importancia socioeconómica y política del derecho fundamental a la educación.*

Palabras clave: *Derecho a la educación – Educación superior – Reglamento.*

SUMARIO. Introducción. I. Categorización jurídica de los estudios de postgrado. **1.** Trascendencia social y económica de la educación. **2.** Trascendencia jurídica y política de la educación. **3.** La educación como derecho fundamental. Origen, alcance y efectos. **II.** La normativa jurídica aplicable al postgrado. Análisis conceptual y efectos. **Conclusión.**

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo recoge el resultado de un ejercicio que comprende la revisión general y el análisis de los aspectos jurídicos más relevantes de la normativa aplicable a lo que se conoce bajo la denominación usual de “Estudios de Postgrado” o “Estudios de Cuarto Nivel”, acotando dicho análisis al punto de vista determinado por las instituciones y categorías propias del Derecho Administrativo, en el conjunto del ordenamiento positivo venezolano.

En tal sentido, es conveniente advertir –como una precisión introductoria– que al hablar de “Estudios de Postgrado” o “Estudios de Cuarto Nivel” se hace referencia a la actividad educativa específica y concreta que despliegan las Universidades y otros Centros especializados, formalmente reconocidos y validados a tal fin, mediante la oferta de oportunidades de formación, capacitación o perfeccionamiento, con diferentes escalas de profundidad y alcance, a quienes han obtenido previamente un título profesional universitario o licenciatura de tercer nivel de educación general.

De igual manera es oportuno precisar, en este momento, que el perfil de este trabajo se circunscribe al enfoque jurídico-administrativo de la normativa aplicable a esa específica manifestación de la actividad educativa (estudios de postgrado o cuarto nivel), con lo cual, la perspectiva seleccionada se distingue

¹ Abogada y especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela con estudios de la Especialización en Derecho Laboral de la misma universidad.

de otros posibles enfoques que pueden servir para el análisis de esas regulaciones, tales como los de carácter histórico, sociológico, filosófico, pedagógico o político.

Como una consecuencia inmediata de lo antes dicho, se hace presente el hecho de que este nivel de formación se inserta en el espectro general de la educación que, por su trascendencia social, se considera como un asunto sujeto a la regulación, fomento y control del Estado, mediante un amplio elenco de manifestaciones. Por otra parte, el acceso a la educación se ha venido configurando a lo largo del tiempo como un requerimiento legítimo de todas las personas integrantes de la sociedad, en atención a los beneficios que proporciona para la comunidad, la formación sistemática de sus miembros, por cuanto es indudable que el mejoramiento en el conocimiento y las capacidades de los individuos representa un factor de fortaleza de la colectividad, en todos los sentidos.

La conveniencia e importancia social de la educación es un postulado que destaca como una categoría con rango de premisa fundamental a nivel universal, pues se erige como un factor indispensable para reducir la dependencia y asegurar la libertad de las personas, otorgándoles las capacidades para enfrentar los retos que impone el desenvolvimiento humano y enriqueciendo con ello su cualidad de ciudadano; por ello, la educación ha llegado a ubicarse simultáneamente en la categoría de un *deber ciudadano* y un *derecho humano*, es decir, un derecho fundamental de la persona que pasa a formar parte de las libertades y derechos políticos, sociales y económicos derivados directamente de la condición de ser humano.

En Venezuela se ha recogido formalmente ese postulado, integrándolo al ordenamiento jurídico positivo con rango de norma constitucional, lo que le asigna la categoría de un derecho fundamental garantizado. La Constitución vigente (1999) dispone que:

La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad... (artículo 102).

No obstante, el tratamiento del tema educativo, desde esa perspectiva y con tal nivel de trascendencia, no comienza con la Constitución de 1999. En efecto, como antecedente constitucional inmediato tenemos el Texto Fundamental de 1961 que, dentro del Título III (De los Deberes, Derechos y Garantías), Capítulo II (Deberes), disponía: “La educación es obligatoria en el grado

y condiciones que fije la ley, los padres y representantes son responsables del cumplimiento de este deber, y el Estado proveerá los medios para que todos puedan cumplirlo” (artículo 55), lo que se complementaba señalando que “Las obligaciones que corresponden al Estado en cuanto a la asistencia, educación y bienestar del pueblo no excluyen las que, en virtud de la solidaridad social, incumben a los particulares según su capacidad...” (artículo 57). Luego, en el Capítulo IV (Derechos Sociales), se establecía que “Todos tienen derecho a la educación. El Estado creará y sostendrá escuelas, instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y las aptitudes...” (artículo 78), y más adelante se precisaba: “La educación tendrá como finalidad el pleno desarrollo de la personalidad, la formación de ciudadanos aptos para la vida y para el ejercicio de la democracia, el fomento de la cultura y el desarrollo del espíritu de solidaridad humana...” (artículo 80).

Lo indicado resalta no solamente la valoración conceptual y jurídica que se asigna a la educación en lo que se refiere a su cualidad de derecho subjetivo y su jerarquía, derivada de la ubicación preponderante que tiene dentro de la estructura formal del ordenamiento positivo nacional, sino la sintonía del formato que recogen consecutivamente los textos constitucionales patrios con las concepciones más avanzadas del pensamiento universal para cada momento, lo que viene a ser, tal vez, la nota de mayor interés a los fines que perseguimos con este trabajo, en razón de la dinámica que impregna al asunto de la educación y la presencia relevante que tiene la figura jurídico administrativa del Reglamento en la regulación de los estudios de cuarto nivel, sobre lo cual se hará énfasis en su oportunidad.

La sintonía entre las normas constitucionales y el pensamiento valorativo teórico, a la cual nos referimos en este momento se destaca, entre otros datos de singular relevancia, al incorporarse una referencia expresa al concepto de *solidaridad social* y afianzar la cualidad de derecho universal (“de todas las personas”) que tiene la educación, junto a la finalidad de la formación de ciudadanos aptos para la vida y el ejercicio de la democracia, que se le asigna como atributos distintivos, en el caso de la Constitución de 1961. De su parte, y como expresión de una tendencia evolutiva, más que como un cambio de rumbo o ruptura en la orientación ideológica sobre la cuestión, aparece el reconocimiento expreso de la educación como un derecho humano y un deber social fundamental, en la Constitución de 1999.

Todo esto se conecta, como un antecedente, con el postulado que viene contenido en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la organización de las Naciones Unidas el 10-12-1948 bajo el siguiente texto:

Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos; promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Sobre el punto de la construcción doctrinaria y la ya dilatada trayectoria evolutiva de los derechos humanos conviene tener presente la atinada advertencia que hizo en su momento el Profesor Héctor Gros Espiell en los términos siguientes:

Cuando en 1948 se adoptó, por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya estaba obsoleta y superada, teórica y doctrinariamente, la antigua concepción individualista de los derechos humanos, que daba a éstos únicamente un contenido civil y político. A los pocos precedentes anteriores a la Primera Guerra Mundial, existentes en el Derecho Interno, se habían sumado los aportes resultantes de la Revolución Soviética de 1918, de la Revolución Mexicana y de muchas de las constituciones aparecidas después del fin de la guerra, que junto a las contribuciones de importantes sectores de la doctrina política nacida de diferentes corrientes de pensamiento, habían demostrado que los derechos del hombre constituyen un complejo integral, independiente e indivisible que pese a la subsistencia, todavía hoy, de hondas discrepancias en cuanto a su respectiva naturaleza y esencia jurídica, comprende necesariamente los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales².

Entonces, partiendo de la existencia de esa plataforma normativa, en cierta forma universalizada, de carácter fundamental y que, en términos jurídico formales, resulta jerárquicamente superior en atención a su rango, que por lo demás resulta plenamente comprobable con la simple referencia a los textos constitucionales y las correspondientes referencias contenidas en los soportes que registran sus motivaciones y antecedentes, se entiende cómo todo ello ha derivado en la construcción progresiva de un complejo de elementos y categorías que se agrupan sistemáticamente formando de esta manera un verdadero régimen jurídico cuyo contenido primordial se inscribe en

² GROS ESPIELL, Héctor: *Estudios sobre derechos humanos*. Instituto Interamericano de los Derechos Humanos / EJV. Caracas, 1985, p. 16.

el entorno del Derecho Administrativo, en razón de diversos factores, que se pueden relacionar en los términos que se indican seguidamente.

En primer lugar se aprecia la naturaleza jurídica –de carácter administrativo– que distingue a la mayor parte de la normativa aplicable al objeto específico de regulación (la educación o enseñanza de cuarto nivel). En segundo término, la presencia constante de elementos de organización (órganos y entes) insertados en la estructura de la Administración Pública que ejercen función administrativa, o sujetos particulares que están sometidos a la supervisión y control administrativo del Estado, tanto para la prestación o gestión del servicio educativo como para el control de la prestación en cuanto a la verificación y validación de las propuestas programáticas, pero también en relación con la aplicación y funcionamiento de las mismas. En tercer término, aunque no por ello menos importante, la presencia necesaria de los administrados, de los sujetos potencial o activamente receptores de la prestación educativa, es decir, de los sujetos que técnicamente se califican como “alumnos”, quienes en definitiva pasan a constituir el núcleo medular de todo el sistema educativo y en consecuencia, el centro de interés primordial en cuanto a la existencia y aplicación del régimen jurídico.

Todo ello ha llevado a sistematizar el tema de la actividad educativa del cuarto nivel de la enseñanza formal como un verdadero *régimen jurídico-administrativo específico*, en atención a las peculiaridades que presenta, lo que permite tratarlo como una unidad de análisis, a los efectos de la investigación aplicada y la discusión en el campo jurídico. Así lo pone de relieve el Profesor Armando Rodríguez cuando señala lo siguiente:

De este modo, la *Educación* en todas sus modalidades, escalas y niveles se manifiesta como un asunto de interés jurídico en el cual se hacen presentes múltiples categorías e instituciones propias del Derecho Administrativo, lo que conduce a la configuración de un *régimen jurídico específico*, dentro del cual es posible aislar, metodológicamente, el espacio que corresponde a la Educación Superior, y dentro de éste, a los Estudios de Postgrado, como segmento de particular significación, por las particularidades que su revisión permite, en cuanto a la aplicación integral de las categorías, técnicas e instituciones que lo conforman (fuentes, organización, relaciones jurídico-administrativas, actos, procedimientos, situaciones jurídicas, derechos, garantías, potestades, controles, etc.) en sus aspectos sustantivos y adjetivos³.

Ahora bien, dentro de la variedad de aspectos que comprende ese específico régimen jurídico administrativo que tiene como contenido sustantivo el nivel de educación superior –en particular los estudios de postgrado– hemos

³ Ver: RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando: “Los estudios de postgrado como asunto jurídico-administrativo”. *Revista de Derecho Público*, N° 141, 2015.

seleccionado para esta tarea de investigación el tema relativo a las normas jurídicas que lo integran, es decir, lo que usualmente se tiende a identificar bajo la denominación de fuentes normativas dentro de la sistemática que es común en la metodología docente empleada para la enseñanza del Derecho en general, lo que también aplica al área concreta del Derecho Administrativo, tal como lo indica el Profesor Eloy Lares Martínez, en su Manual de Derecho Administrativo: “Entendemos por *fuentes del derecho* los diferentes medios, maneras o procedimientos por los cuales se elaboran las reglas del derecho positivo”, y seguidamente añade: “Giorgio del Vecchio ha definido el derecho positivo como aquel sistema de normas jurídicas, que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico”⁴.

No obstante, una revisión más detenida sobre el alcance de tales afirmaciones nos permite sostener que, al respecto, conviene precisar que el derecho positivo, es decir, las normas formalmente aprobadas por el Estado en sus diferentes manifestaciones (Constitución, ley o reglamento), no agotan el elenco de las fuentes del Derecho Administrativo, en consecuencia, no es válido reducir a esta categoría jurídica la cualidad de origen o materia generadora de la rama o disciplina jurídica, y así lo reconocen los mismos autores cuando, a pesar de las afirmaciones contundentes como la que se ha citado en el párrafo anterior, abordan el tratamiento de un conjunto más amplio de fuentes, dentro de las cuales se mencionan la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, que comprende no solo la construcción oficial de criterios jurídicos en el ejercicio de la función administrativa, sino la producción científica en el campo académico, lo que tiene mayor proyección y profundidad.

En cuanto al papel de la doctrina como fuente del Derecho administrativo, Pérez Hualde nos hace notar cómo:

El principio de legalidad que guía a la Administración por imperativo, a veces, constitucional, impone la necesidad de contar con un amplio campo de posibilidades que le permita encontrar la conducta o la decisión o el procedimiento debidos ante una determinada situación concreta. De ahí que “la doctrina” como fuente adquiere especial importancia y presencia. Pues difícilmente encuentre el funcionario una ley que le determine expresa, precisa y concretamente el rumbo de su proceder. Y esto, que pareciera un contrasentido con el principio de legalidad que ata a la conducta de la Administración, se realiza y toma cuerpo precisa-

⁴ LARES MARTÍNEZ, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*. 13° ed. UCV. Caracas, 2008, p. 49. En esta misma línea puede verse, ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo General. Concepto y Fuentes*. Ediciones Paredes. Caracas, 2012, en particular, pp. 295 y ss.

mente en la riqueza y fecundidad que propone “la doctrina” como fuente de propuestas concretas de respuesta frente a los desafíos que presenta la realidad política y social que el administrador debe enfrentar⁵.

En consecuencia, esta modalidad de fuente de Derecho tiene más espacio de aplicación y mayor relevancia comparativa en el Derecho Administrativo que lo que puede ocurrir en otras ramas del Derecho.

Sobre este aspecto de la cuestión tendré oportunidad de insistir más adelante, de manera amplia y con mayor nivel de detalle. De momento, queremos destacar el carácter múltiple de las fuentes en el Derecho Administrativo, en tanto nos vamos a ocupar de una de sus modalidades más destacadas, cuáles son las reglas o normas jurídicas, analizándolas, también desde la perspectiva del Derecho, con lo cual, el criterio científico o académico, que es una manifestación de la doctrina, viene a ser una fuente referencial de primer orden para nuestro análisis.

De este modo, se aborda el análisis de la normativa jurídica propia del régimen jurídico de los estudios de postgrado, no como una mera relación de normas aplicables a esa materia, sino desde la perspectiva de su categorización sistemática, tomando como eje la preponderancia y casi exclusividad que tienen en el asunto las normas de carácter reglamentario, que son una manifestación típica del Derecho Administrativo.

En ese orden de ideas, nos proponemos destacar cómo esas normas reglamentarias se insertan en el ordenamiento jurídico general, entendiendo que todo ese andamiaje regulatorio resulta de una u otra manera aplicable al tema de los estudios de postgrado, en las diferentes especificidades que componen su régimen jurídico-administrativo⁶, tales como la organización integrada por los órganos y entes administrativos actuantes, los actos y los procedimientos administrativos de diversa factura y alcance, y en fin, los vínculos o relaciones jurídico administrativas que se originan o derivan de la actividad de enseñanza de postgrado en Venezuela.

⁵ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La doctrina como fuente del Derecho administrativo”. En: *Fuentes del Derecho Administrativo (Tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo)*. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Ediciones Rap., Buenos Aires, 2010, p. 30.

⁶ Al respecto véase: RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit.

I. CATEGORIZACIÓN JURÍDICA DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

Es lógico entender que, como principio, la sustancia determina la forma, por lo que, para proceder a la consideración de una específica y particularizada normativa dentro del mundo jurídico, esto es, para calificar un grupo o conjunto normativo determinado como “fuente” integradora de un régimen jurídico concreto, es un presupuesto necesario la existencia del componente material que así lo requiera, esto es, hace falta la existencia de un asunto o temática que tenga la relevancia, el interés y la importancia suficientes para atraer la perspectiva jurídica a tal punto que ello conduzca a la construcción de un andamiaje de normas dictadas, precisamente, para establecer un orden “positivizado”, para instalar un sistema formalizado mediante las determinaciones provenientes de un canon jurídico, con todas las consecuencias que ello trae aparejado.

Como veremos más adelante, la referencia sobre la importancia y trascendencia del tema objeto de regulación así como lo relativo a las características que determinan sus perfiles conceptuales no son simples menciones de carácter teórico ni reflexiones que se agotan en una superficial práctica retórica; antes bien, por cuanto el Derecho es en su esencia una herramienta para el desenvolvimiento de los individuos y un eficaz instrumento para la convivencia y el desarrollo social resulta, como consecuencia lógica, que el conocimiento del fenómeno al cual están referidas las normas viene a ser un factor fundamental para su adecuada selección y la consecuente ponderación e interpretación razonables de sus postulados normativos, a los fines de provocar la mayor eficacia con su aplicación.

En efecto, entendemos que el ejercicio del Derecho, la práctica jurídica en cualquiera de sus vertientes, no puede limitarse a una mera lectura y repetición mecánica de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico positivo. Tal perspectiva conduce a negar, en sí misma, la posibilidad de desarrollo científico de nuestra disciplina, reduciéndola a una tarea subordinada que no permite la progresión y el avance en el conocimiento sobre sus componentes y perspectivas de empleo práctico sobre las realidades sociales a las que está llamado a atender como ciencia y como instrumento, más aún, cuando por su propia naturaleza implica la labor de interpretación.

Por lo que corresponde al contenido sustantivo que define el objeto de estudio en el presente trabajo resultan evidentes el interés y la importancia que tiene el tema seleccionado (los estudios de postgrado) para el campo del Derecho administrativo, por diferentes razones que se pueden expresar de manera resumida en los términos siguientes.

1. Trascendencia social y económica de la educación

En primer lugar, por el significativo valor que tiene la educación en sí misma, esto es, por la importancia práctica que deriva de la enseñanza para el ámbito del desarrollo personal o singular, es decir, en función de la proyección de cada individuo respecto de su propio destino.

Pero junto a esto, la educación destaca por su trascendencia y significación en el espacio de lo social, de lo colectivo. Las comunidades humanas se hacen más sólidas y desarrolladas en lo cultural, pero también en su desenvolvimiento económico y político, en la medida en la que sus integrantes tienen niveles más elevados de educación, y este aspecto se destaca más aún, cuando se toma en consideración la singular capacidad del aprendizaje que tiene el ser humano a lo largo de toda su vida, en todas las edades, lo que nos pone en contacto con el tema de los estudios de cuarto nivel.

Compartimos aquí la apreciación del Profesor Armando Rodríguez, cuando sostiene que:

La actividad de búsqueda de nuevos conocimientos y la averiguación de las causas, modos y consecuencias de los diferentes hechos con los cuales se tiene contacto físico o intelectual, por medio de mecanismos tales como la investigación, la experimentación y la reflexión, es una conducta desplegada exclusivamente por el ser humano. Pero además, se trata de una conducta que no se agota en sí misma, sino que trae consigo la difusión o transferencia a sus semejantes, del conocimiento obtenido, incluyendo aquel conocimiento que versa sobre las formas o métodos para la realización de esas tareas, lo que conduce a la *educación*, como técnica y valor consustancial a los individuos de la especie humana en atención a su condición de ser social⁷.

Y más adelante, el autor destaca, con mayor precisión, la cualidad social y socializante de la enseñanza, en estos términos:

No es difícil percibir que existe en las personas una suerte de tendencia natural o vocación por conocer, indagar y aprender. A su vez, esa tendencia va unida a la disposición, también natural o vocacional, por *enseñar* a los otros, lo que parece formar parte de la plataforma *genómica* del ser humano. Entonces, en ejercicio de sus propias cualidades y condiciones naturales, esa tendencia o vocación por el conocimiento y la enseñanza pasa a ser en sí misma un objeto de atención, profundización y sistematización en el campo teórico y también en la aplicación práctica, a lo largo de una trayectoria tan antigua como lo es la historia misma de la Humanidad⁸.

⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit., pp. 101-102.

⁸ Ibid.

En síntesis, la enseñanza se presenta, en términos generales, como una actividad de interés público o colectivo, dispuesta tanto para la educación general como para los niveles de formación especializada de los individuos, en diferentes ámbitos del conocimiento y las capacidades de desempeño personal. En consecuencia, esa actividad es sustancialmente uniforme como fenómeno social, y por ello, no se agota en las fases iniciales de la instrucción sino que incluye la posibilidad de alcanzar a todos los grados del conocimiento sistematizado, por lo que alcanza a todas las edades.

Con lo que se acaba de afirmar pretendemos destacar que la apreciación general de la actividad educativa incluye, sistemáticamente, desde la enseñanza primaria o elemental, hasta los estudios de cuarto nivel o de postgrado. En consecuencia, la labor de la enseñanza reviste especial importancia de alcance general por los efectos que produce, tanto para las personas individualmente consideradas como para el conjunto social o colectivo, por ello se califica como una cuestión de interés público que provoca su tratamiento como asunto jurídico con las normas, categorías, técnicas y metodologías que sistemáticamente se ubican en la esfera del Derecho Administrativo.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado con lo antes dicho, destacan la generalización, la sistematización y la intensificación de la enseñanza como actividad de interés público, en tanto factores que resultan igualmente importantes a los efectos de la perspectiva jurídico administrativa.

Al hablar de la generalización de la actividad educativa nos estamos refiriendo a su presencia estable y uniforme a lo extenso de la geografía mundial, con carácter sostenido y creciente a lo largo de la historia. En efecto, la tarea de educar, la función de formar a las personas es una actividad consustancial con el ser humano que está imbricada en su esencia de sociabilidad y arranca con los elementos más rudimentarios de lo que podríamos denominar como el entrenamiento básico o fundamental del individuo para su conducta de relacionamiento con los otros miembros del grupo.

Desde este punto de vista, es un dato obvio que los dos extremos de la actividad educativa, esto es, tanto aprender como enseñar vienen a ser habilidades conducentes a identificar comportamientos de carácter genético por cuanto se trata de manifestaciones incorporadas a la naturaleza misma de los individuos de la especie humana, que aparecen como expresiones espontáneas o naturales de su conducta.

Supuesto esto, tal como ocurre con otras tantas cualidades del ser humano, la enseñanza deriva hacia una construcción cultural, atendiendo a la trascendencia utilitaria para el individuo y para el grupo social que venimos de comentar.

La evolución de la enseñanza hacia su conformación como una manifestación cultural le añade forma y estructura a esa expresión básica del ser humano que acabamos de aludir, y con ello, apunta hacia su definición como una tarea que identifica, no sólo a la persona individualmente considerada, sino a los grupos sociales, a las colectividades, marcando los métodos y formas que se emplean para educar.

Desde el punto de vista de su arquitectura funcional básica, sin más precisiones, la educación se contrae a una actividad dirigida, en principio, a las personas de menor edad o a quienes no alcanzan niveles promedio de formación, que llevan a cabo los adultos o las personas que tienen un mayor grado de preparación, para transmitir información, experiencias y métodos que le puedan permitir al destinatario mejorar su conocimiento, sus capacidades intelectuales y sus habilidades para aprender nuevos y más extensos elementos de conocimiento.

Progresivamente esa actividad rompe sus moldes básicos y primarios de corte elemental. Se generaliza, se profundiza, se difunde y se multiplica, por lo que pasa a ser una expresión colectiva, marcada por los patrones y características que identifican a las comunidades, alcanzando de ese modo la categoría cultural a la que venimos haciendo mención.

El filósofo Fernando Savater se encarga de analizar este punto y expresa los resultados de sus reflexiones de esta manera:

La educación transmite porque quiere conservar; y quiere conservar porque valora positivamente ciertos conocimientos, ciertos comportamientos, ciertas habilidades y ciertos ideales. Nunca es neutral: elige, verifica, presupone, convence, elogia y descarta. Intenta favorecer un tipo de hombre frente a otros, un modelo de ciudadanía, de disposición laboral, de maduración psicológica y hasta de salud que no es el único posible pero que se considera preferible a los demás. Nótese que esto es igualmente cierto cuando es el Estado el que educa y cuando la educación la lleva a cabo una secta religiosa, una comuna o un “emboscado” jungeriano, solitario y disidente. Ningún maestro puede ser verdaderamente neutral, es decir, escrupulosamente indiferente ante las diversas alternativas que se ofrecen a su discípulo: si lo fuese, empezaría ante todo por respetar (por ser neutral) ante su ignorancia misma, lo cual convertiría la dimisión en su primer y último acto de magisterio. Y aun así, se trataría de una preferencia, de una orientación, de un cierto tipo de intervención partidista (aunque fuese por vía de renuncia) en el desarrollo del niño. De modo que la cuestión educativa no es neutralidad-partidismo, sino establecer qué partido vamos a tomar⁹.

Desde la óptica que orienta la trayectoria de nuestro análisis en el presente estudio, resulta útil esta aproximación de Savater, de la cual rescatamos,

⁹ SAVATER, Fernando, *El valor de educar*. Editorial Ariel, 1997, p. 151.

a los fines que ahora nos interesan de forma inmediata, el carácter cultural que implica la función de educar, en tanto comporta la determinación de una manera y unos valores que, de una u otra forma, marcan los términos de la educación, a partir de las concepciones que un determinado grupo social, una sociedad determinada, identifica como referentes superiores en un momento histórico determinado.

Sin lugar a dudas, la existencia de esa nota cultural que impregna necesariamente a la educación como tarea, como actividad natural en las comunidades, contribuye a marcar su perfil y la evolución que pueda tener, con lo cual, atrae sobre sí la incorporación de patrones de regulación que son propios del campo jurídico.

Estrechamente vinculado con la nota que se viene de explicar –y de cierta manera como una clara derivación o efecto de su contenido– aparece el dato relacionado con la sistematización científica de la actividad educativa. En efecto, la función de enseñar, la educación como tarea o actividad natural de los seres humanos, se va configurando a lo largo del tiempo como una materia objeto de tratamiento científico, al punto que se convierte en un tema u objeto de estudio; de este modo, la enseñanza pasa de ser una actividad empírica y artesanal, a convertirse en una práctica profesionalizada y oficializada como tal.

En este orden de ideas se puede apreciar cómo la actividad de la enseñanza se convierte en un objeto del conocimiento sobre el cual se investiga, se reflexiona, se experimenta, se estudia, se sistematiza, y el resultado de todos esos procesos se transforma en metodologías y técnicas pedagógicas que se transmiten, se evalúan y se perfeccionan permanentemente, con lo cual, se enseña a enseñar, como una expresión de la educación dirigida a perfeccionar y facilitar la educación.

La nota relativa a la cualificación científica de la enseñanza y su consecuente sistematización viene unida a la posibilidad de considerarla como una actividad de interés general, lo que aporta, como mínimo, dos consecuencias de particular importancia para el desarrollo argumental que venimos transitando en el camino hacia la identificación de las bases sustantivas que se emplean para la categorización jurídico administrativa de los estudios de cuarto nivel y las particularidades de su régimen jurídico específico. Tales consecuencias son, por una parte, la estructuración de todo un entramado para la formación o educación de las personas, que conduce a la identificación de grados o niveles de enseñanza como parte de la estructura que presenta ese entramado integral; y por otro lado, el carácter oficial que se le asigna al proceso de enseñanza, en sus diferentes modalidades y con sus distintos grados o niveles, lo que se hace efectivo por medio de la juridificación de la actividad

educativa, precisamente, a través de la definición de los niveles de enseñanza o aprendizaje y sus efectos, los programas didácticos y las modalidades de enseñanza, las titulaciones derivadas de los distintos niveles y sus valoraciones o efectos, etc.

Todo esto ocurre mediante la aparición y aplicación de un conjunto de principios, instrumentos y técnicas jurídicas que forman parte del Derecho Administrativo, tales como los actos de autorización y aprobación, las licencias, los títulos y diplomas, los actos de control, supervisión y validación, las sanciones, los procedimientos de distinta naturaleza, los elementos de organización y todo el régimen que los acompaña. Dentro de todo ese amplio elenco cobran relevancia para este estudio, las disposiciones normativas que sirven de fundamento y marco referencial mediato o inmediato, para la existencia y validez de todas las manifestaciones, en aplicación del principio de legalidad, en tanto referente rector de la función administrativa y de las relaciones jurídico administrativas.

Para completar la imagen que se pretende perfilar en esta aproximación a la categorización jurídica de la actividad educativa, en particular por lo que atañe al nivel de postgrado, hace falta incorporar el dato relativo a la intensificación de la actividad educativa, lo que ocurre como un producto generado por los propios procesos de enseñanza que van conduciendo a la necesaria aparición de nuevas áreas de interés para el aprendizaje. A su vez, la exploración de nuevos espacios para el conocimiento impone alcanzar mayores niveles de profundidad en cada una de las áreas que se transitan, dando así lugar determinante a la especialización del conocimiento lo que se acompaña, igualmente con el montaje de técnicas de enseñanza-aprendizaje adecuadas a tales fines.

Entonces, se estructura, cobra fuerza y presencia definitiva y con ello, se difunde de manera generalizada, el postgrado, como el nivel más alto de enseñanza dentro del sistema educativo general, cuya importancia sustantiva viene asociada con el hecho de ser el nivel educacional más estrechamente vinculado con la producción de conocimientos y la creación intelectual y tecnológica, razón por la cual sobrepasa los grados de interés limitados a la satisfacción de apetitos teóricos por el saber más profundo, sofisticado y actualizado, para ubicarse en umbrales de utilidad práctica con consecuencias directas en las potencialidades de desarrollo humano, económico y social, en razón de lo cual se potencia el empleo del postgrado como un nivel estable en la formación de la población, lo que se evidencia con la aparición progresiva de instancias organizativas dedicadas a este tema, con alcance internacional.

En la actualidad se conjugan en una síntesis virtual con estructura propia el campo de la investigación científica, la tecnología y la capacidad didáctica

o enseñanza, en la fórmula de los estudios de postgrado, con una proyección social que no admite lugar a objeciones como realidad presente con proyección universal.

Víctor Morles, profesor de la Universidad Central de Venezuela y reconocido experto en el asunto de la enseñanza de cuarto nivel, arriba a un concepto básico sobre la educación de postgrado, luego de la evolución que en la práctica ha venido experimentando ese particular nivel de la enseñanza montado sobre una estructura metodológica sistematizada, desde sus primeras manifestaciones que se registran en la Europa central, específicamente en Alemania, a principios del siglo XIX. En tal sentido, refiriéndose a la concepción actual de la educación de postgrado, señala el profesor Morles que:

La educación de postgrado, como el estrato más elevado del sistema educativo, se define comúnmente como el ciclo de estudios sistemáticos, de duración relativamente extensa, que se lleva a cabo en instituciones educacionales o científicas superiores y caracterizadas por sus altas exigencias académicas, la condición de graduados (o con formación equivalente) de sus participantes y el otorgamiento de títulos académicos (tales como Especialista, Magíster o Doctor). Se observa en esta definición que ella no incluye las siempre importantes actividades de educación permanente o continua de alto nivel que en la realidad practican hoy los profesionales y adultos cultos en las empresas, en bibliotecas, en viajes, o simplemente, en el hogar. Razón por la cual hemos estado proponiendo hablar de *Educación Avanzada* para referirnos a los procesos educativos más complejos o elevados, tanto formales o de postgrado como no formales o de educación continua avanzada¹⁰.

Con esta nota de aproximación conceptual, se marca una diferenciación entra los diferentes procesos de formación o enseñanza de cuarto nivel, que se han venido perfilando mediante la aparición de factores y modalidades que contribuyen a determinar particularidades conducentes a la posibilidad de sistematización como objeto de conocimiento, reflexión y análisis.

Ahora bien, desde el punto de enfoque que se emplea en ese mismo sentido de acercamiento reflexivo, en cuanto a la presencia, trascendencia y evolución de la enseñanza de cuarto nivel, el mismo autor también se ha propuesto indagar acerca de la cobertura que han venido proyectando los estudios de postgrado a escala mundial, de lo cual consideramos importante traer a nuestro trayecto argumental un breve pasaje en el cual destaca que:

Durante el siglo XX la educación de postgrado se extendió a todos los continentes y hoy, en los umbrales de la revolución científico-tecnológica –cuando en lugar

¹⁰ Véase, MORLES, Víctor: “La producción intelectual como finalidad esencial del postgrado en América Latina”. En: *Postgrado y Desarrollo en América Latina*. CEISEA / UCV. Caracas, 1997, p. 41.

de medicina, derecho o ingeniería se habla de informática, robótica o biotecnología – y en los comienzos del tercer milenio, ella se va convirtiendo, cada vez más, en instrumento necesario e imprescindible para el desarrollo humano, individual y de las colectividades. Y ello es así, porque el postgrado es la institución social que mejor integra o puede, o debe integrar, la educación de alto nivel con la creación intelectual (científica, técnica y humanística) y con el sistema económico de un país. Idea que, lamentablemente, pocos gobernantes y autoridades educacionales de los países en desarrollo han comprendido¹¹.

Y más adelante, al analizar la evolución interna de los estudios de postgrado, apunta con mayor detalle, lo siguiente:

Como hemos dicho, la expansión de este nivel educativo ha estado vinculada estrechamente con las exigencias científicas y técnicas de los procesos modernos de industrialización y su evolución de dos siglos ha sido no solamente cuantitativa sino cualitativa. En efecto, el postgrado ha vivido procesos de cambio con relación a tres aspectos: a) diversificación disciplinaria (al dejar de ser privilegio solamente de áreas tradicionales como teología, medicina y derecho); b) estratificación interna (al incluir diversos niveles de estudio: especialización, maestría, doctorado y postdoctorado); y c) diversificación pedagógica (al utilizar variadas estrategias, o sea, estudios escolarizados, sistemas a distancia, programas individualizados, etc.), aun cuando predomina la idea de que la didáctica esencial de este nivel educativo es el entrenamiento mediante seminarios y la práctica de la investigación científica individual en un ambiente de libertad académica¹².

Las referencias y los comentarios, vertidos en los párrafos antes citados, dejan claro que los estudios de postgrado han tenido una evolución susceptible de ser entendida y clasificada, cuando menos, en un doble sentido.

En primer término aparece la evolución que se hace manifiesta en el sentido de la expansión y generalización de ese nivel de enseñanza que se ofrece a quienes han alcanzado un título profesional en su proceso de formación; este dato se materializa cuantitativamente, es decir, mediante la multiplicación de la oferta de cursos o programas de esta naturaleza en los sistemas de enseñanza superior. En segundo lugar, se observa una manifestación sostenida que registra una suerte de proyección hacia lo interno de los postgrados, hacia la estructuración del diseño pedagógico que se orienta a la ampliación de áreas de interés para el diseño, la oferta y la realización de los estudios de postgrado hasta alcanzar categorías o niveles (Doctorado, Maestría y Especialización) dispuestos en atención a los objetivos académicos perseguidos lo

¹¹ MORLES, Víctor, *La educación de postgrado en Venezuela. Panoramas y perspectiva*. IESALC / UNESCO. Caracas, 2004.

¹² *Ibid.*

que, desde luego, va acompañado de los debidos afinamientos metodológicos, de las estrategias docentes pertinentes y de los soportes didácticos adecuados a tales objetivos.

De este modo, todo lo que hemos expuesto brevemente conduce a poner de relieve la importancia que progresivamente, de manera sostenida y creciente en términos cualitativos y cuantitativos, han venido adquiriendo los estudios de postgrado o estudios de cuarto nivel dentro del sistema general del sistema educativo a escala mundial. Una clara consecuencia de esa ponderación de los estudios de postgrado se concretiza en la estabilidad que los mismos han alcanzado lo que los lleva a ocupar un lugar preeminente como etapa de la formación contemporánea, una fase regular o normal –esto es, no excepcional– del proceso educativo global.

En otras palabras, desde hace ya algún tiempo, se entiende que el proceso de educación de las personas no se agota en la fase de formación que encierra la enseñanza primaria y secundaria, sino que incluye –como una expectativa generalizada de la sociedad que se eleva a la categoría de derecho individual y colectivo– alcanzar como un objetivo usual y generalizado, no solamente el nivel de formación profesional, sino además, el nivel de postgrado en alguna de sus diversas expresiones pedagógicas.

En definitiva, al hablar de la instalación de los estudios de cuarto nivel, en armonía con el sistema general de educación, debemos entenderlo en términos de una progresión, de un verdadero proceso evolutivo, en cierta medida espontáneo, que ocurre como efecto natural del interés constante que exhibe el ser humano por incrementar su conocimiento sobre todas las cosas, unido a las ventajas que esa profundización intelectual y técnica genera en los niveles de vida individual y colectivamente considerados, de donde deriva el factor utilitario anexo a la curiosidad intelectual.

Como una reflexión final en este punto, resulta atinado precisar que la aparición e instalación estable de los estudios de postgrado dentro del sistema de educación superior no es una respuesta correctiva a deficiencias o carencias del nivel de pregrado o titulación profesional. En otras palabras, los estudios de cuarto nivel no son una modalidad terapéutica a posibles fallas de la formación profesional. Su presencia y las bondades de su práctica y efectos se afincan en la capacidad de crecimiento de los grados de conocimiento que tiene el ser humano y en las capacidades de aprendizaje que lo identifican en tanto especie biológica. Este dato reviste singular importancia para la comprensión adecuada del sentido y alcance que tienen los estudios de postgrado, tal como lo destaca Armando Rodríguez, cuando puntualiza que:

Precisamente, una de las claves que permite comprender y explicar ese *salto* de la especie humana en cuanto a su diferenciación con sus semejantes biológicos más

cercanos, proviene del aporte de estudios antropológicos y biológicos, que apuntan a destacar la existencia de importantes rasgos de *neotenia*¹³ en el ser humano, lo que lo distingue del chimpancé, por la capacidad de poder seguir aprendiendo y adquiriendo nuevos hábitos, a lo largo de toda su vida¹⁴.

De otra parte, es conveniente insistir en este momento en cuanto a que el tema de la actividad de la educación, considerado en su escala general o global y atendiendo a la esencia de su propia naturaleza como fenómeno, trasciende al ámbito de lo individual, puesto que, salvo por la figura de la formación autodidacta, de por sí limitada en cuanto a sus alcances y cada vez menos usual, el proceso educativo amerita un escenario pluripersonal e interactivo que convoca a los escenarios de múltiples actores; pero también procede hacer mención de su cualidad colectivista o social, atendiendo al alcance de los efectos que irradia, los cuales no se agotan en el destinatario de la actividad (educando, cursante, alumno, estudiante) en tanto la transferencia sistemática de conocimientos y destrezas impacta no solo al receptor de la actividad de enseñanza. En efecto, tal como se señaló antes, esta actividad enriquece y forma también, de manera permanente al encargado de proyectar los componentes de la enseñanza de que se trate (educador, profesor, maestro, instructor) quien debe mantenerse a su vez en actividad constante de formación y perfeccionamiento a través del aprendizaje de elementos sustantivos y de instrumental pedagógico, pero aunque así no sucediera en términos de estructuras formales, es indudable que la sola práctica de la tarea de enseñar conduce al aprendizaje a través del inevitable enriquecimiento de conocimientos que deriva directamente de la experiencia.

Finalmente, como saldo definitivo, la educación formal, y en particular la enseñanza de postgrado, tiene un efecto y trascendencia social o colectiva de inobjetable valor e importancia, pues la formación de los individuos no se agota en el mejoramiento de sus cualidades a lo interno, ya que, siendo el ser humano un ser esencialmente social, el crecimiento de sus saberes, habilidades y condiciones intelectuales, técnicas y culturales generarán un impacto favorable en el entorno de sus relaciones y con ello, en la colectividad, pues se cuenta con mayores elementos de desenvolvimiento, al tiempo de disponer de puntos de referencia más precisos para evaluar situaciones, determinar requerimientos o demandas a los otros actores familiares, laborales, sociales,

¹³ Esta nota aparece en el texto citado: "Según el DRAE: 'Fenómeno por el cual, en determinados seres vivos, se conservan caracteres larvarios o juveniles después de haberse alcanzado el estado adulto'. Etimológicamente, vocablo de raíces griegas (*neo*, joven y el verbo *teinéin*, extenderse)".

¹⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit.

políticos, económicos, etc., dentro de los cuales se colocan en posición destacada los agentes públicos y los centros de poder por el alcance social que tienen las relaciones con esos sujetos.

2. Trascendencia jurídica y política de la educación

El carácter empírico que impregna el muy prolongado trayecto evolutivo de la actividad educativa, desde la perspectiva de la pedagogía –lo que incluye, desde luego, su concepción filosófica así como sus modalidades operativas y técnicas– es un dato clave para poder entender satisfactoriamente la magnitud, la intensidad y, sobre todo, el alto nivel de complejidad que tiene la educación como sistema, a lo que no escapan los estudios de postgrado, en tanto forman parte de ese sistema general. La percepción sobre este asunto se hace más patente aun cuando se incorpora una visión comparada de la enseñanza, a partir de la consolidación de su globalización o universalización, lo que ocurre de forma contundente, definitiva y con claras expectativas de irreversibilidad, sobre todo en la etapa que dibujan las primeras décadas del siglo XX, a partir de la primera guerra mundial y sus efectos políticos, sociales y económicos.

En este sentido, se observa como una nota que merece ser destacada, la particular evolución institucional en la que aparecen en la escena organismos de carácter internacional tales como la División de Educación de la Unión Panamericana, creada en 1917, la Organización Internacional de Educación fundada en Ginebra, Suiza, en el año 1925 como organización no gubernamental y privada, hasta llegar a la constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en la trigésimo séptima Conferencia de las Naciones Unidas, en el año 1946, a partir de los elementos preparatorios que se venían montando desde el año 1942, por la Conferencia de Ministros Aliados de Educación (CAME) como respuesta a las amenazas provenientes del nazismo, a los efectos de enfrentarlas mediante la reconstrucción de los sistemas educativos.

Esa tendencia institucional que se observa en el ámbito internacional, en cuanto a la atención de los Estados y algunas organizaciones privadas por el tema de la educación (fundamentalmente en cuanto a los niveles de la educación primaria o básica, que es el espectro de formación que ha adquirido mayor generalización y se considera como esencial) viene precedida por otro dato que se presenta como una constante, cual es la influencia creciente del Estado en la educación, lo que opera por igual en los Estados de corte totalitario, en cuyos regímenes el control directo y total de la educación es un instrumento de dominación sobre la sociedad, como en los países que exhiben

estructuras liberales, en los que la educación constituye un medio de crecimiento individual, a la par que es una expresión de desarrollo personal y colectivo.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la historia de la institucionalidad que acompaña a la actividad de la enseñanza –sea ésta desplegada por instancias públicas o privadas– es mucho más prolongada en el tiempo, lo que, desde luego, aporta elementos que se deben agregar a la sumatoria general de factores determinantes para configurar la trascendencia política y jurídica que adquiere la educación en el entorno social, por lo que su conocimiento resulta también un dato de relevancia para comprender debidamente el tema en su conjunto.

Limitando el enfoque a la experiencia venezolana, en una breve relación histórica sobre este asunto, podemos comenzar por la institucionalidad de la educación superior mencionando la fundación de la “Universidad Real de Caracas” –actual Universidad Central de Venezuela– por Cédula de Felipe V, dada el 22-12-1721, aunque con antecedentes inmediatos en el Colegio Seminario de Santiago de León de Caracas o Seminario de Santa Rosa de Lima de la ciudad de Santiago de León de Caracas. Como resulta evidente, la estructura y funcionamiento de ese centro de enseñanza en América viene cargado con el formato de la Universidad europea, primordialmente las que surgieron en España a partir del siglo XVI (Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares), con lo cual se destaca el hecho de contar con la actividad de educación superior desde etapas tempranas de la formación de nuestra nacionalidad.

El proceso de la independencia y el advenimiento de las repúblicas en América, se ve acompañado y fortalecido, desde el punto de vista jurídico, por el constitucionalismo formal, mediante la emisión de los textos constitucionales que en el mundo hispánico se inician precisamente en Venezuela, con la Constitución de 1811.

Ya en esa “Constitución Federal para los Estados de Venezuela”, primera Constitución escrita en español a nivel mundial, se consagra la educación como un deber del Gobierno frente a los ciudadanos. En efecto, en el artículo 198 (Sección Cuarta del Capítulo Octavo) de aquel Texto Fundamental se dispuso lo siguiente: “Siendo instituidos los Gobiernos para el bien y felicidad de los hombres, la Sociedad debe proporcionar auxilios a los indigentes y desgraciados, y la instrucción a todos los ciudadanos”¹⁵. No queda dudas en cuanto a que tal consagración y reconocimiento constitucional de *la instrucción*

¹⁵ Véase: *Compilación Constitucional de Venezuela*. Rodolfo F. Vilchez S. (Compilador). Editado por el Congreso de la República. Servicio Autónomo de Información Legislativa. Caracas 1996, p. 38.

de todos los ciudadanos como un *deber* de los Gobiernos para con ello alcanzar el *bien y felicidad de los hombres* pone de manifiesto la importancia que se reconoce a la educación como valor preponderante en la concepción social y política del momento, que se traduce en una fórmula jurídico-normativa para su expresión y manejo institucional, configurando una situación activa o *derecho* universal (en cabeza de todos y cada uno de los ciudadanos), lo que, en definitiva ubica el asunto en forma definitiva, en el mundo jurídico, en el espacio propio del Derecho y sus instituciones.

De manera más concreta se pueden reseñar otros momentos y decisiones públicas que tienen singular significado en la evolución institucional del sistema educativo venezolano, como la instalación de la educación gratuita y obligatoria, a través del Decreto de Instrucción Pública, Gratuita y Obligatoria, dictado por el Presidente Antonio Guzmán Blanco el 27-06-1870. En este acto se distinguen dos especies de instrucción pública en Venezuela: la obligatoria o necesaria y la libre o voluntaria (artículo 1); se precisa que *la instrucción obligatoria es la que la ley exige a todos los venezolanos de ambos sexos y que los poderes públicos están en el deber de dar gratuita y preferentemente, la cual comprende los principios generales de moral, la lectura y la escritura del idioma patrio, la aritmética práctica, el sistema métrico y el compendio de la Constitución federal* (art. 2). De su parte, el Decreto precisa que la instrucción libre *abarca todos los demás conocimientos que los venezolanos quieran adquirir en los distintos ramos del saber humano*, y concreta que esa especie de instrucción *será ofrecida gratuitamente por los poderes públicos en la extensión que les sea posible* (art. 3). Junto a esto, en el mismo Decreto, se dictan disposiciones de carácter organizativo para la promoción de la instrucción, como la creación de una estructura compuesta por la Dirección de Instrucción Primaria alojada en el Ministerio de Fomento, Juntas superiores en las capitales de Estado, juntas departamentales en las cabeceras de departamento, distrito o cantón y juntas parroquiales en cada parroquia. Se atribuye a la Dirección Nacional de Instrucción Primaria la competencia para proponer los estatutos reglamentarios de instrucción primaria, nombrar y remover los miembros de las juntas superiores, y otras relativas al funcionamiento de la actividad educativa¹⁶.

Del contenido del Decreto que se ha citado, nos interesa destacar, a los efectos del tema que nos ocupa en este momento, la presencia del componente jurídico en la formalización del sistema educativo de manera integral; en efecto, es el instrumental propio del Derecho (normas, instancias de organización, procedimientos, actos, etc.) lo que da vida eficiente al sistema, estableciendo los niveles de educación y sus consecuencias, la estructura y funcionamiento (atribuciones y competencias) con las que pueden actuar válidamente

¹⁶ Véase: <http://www.efemeridesvenezolanas.com/sec/his/id/375/>

los agentes públicos y sus efectos sobre la iniciativa de los particulares, en fin, la determinación de las características que definen a los destinatarios del sistema (estudiantes) y sus derechos en atención a esta prestación. Todo lo cual ocurre como consecuencia de la importancia que tiene la actividad educativa, unida a la necesidad de regularizar sus perfiles básicos o fundamentales, en tanto se trata de un fenómeno susceptible de ser acotado jurídicamente; de allí la posibilidad cierta del tratamiento de sus diversas expresiones como temas de interés y resolución eficiente mediante las categorías que aporta el Derecho Administrativo.

Hemos referido así, en una apretada síntesis, algunos datos que permiten sustentar la hipótesis sobre la cual basamos nuestra aproximación, en cuanto a los factores que confluyen en la trascendencia que la educación tiene en el espectro social, político, cultural y económico, y el impulso que tal trascendencia aporta para la consideración de ese fenómeno en perspectiva de las instituciones del Derecho, dado que el sistema jurídico está al servicio de las actividades humanas con impacto social o colectivo. Desde luego, como ya se ha indicado previamente, el presente estudio no persigue un análisis detallado y profundo de las características y evolución de la educación desde el enfoque de la sociología, la historia, la política o la pedagogía, por lo que solamente nos hemos limitado a sacar a relucir algunas referencias puntuales que sirven de comprobación para soportar el punto de mira seleccionado, en cuanto al hecho en sí, entendiendo que un referente de esta naturaleza cobra valor para cualquier manejo del instrumental jurídico, tanto en su vertiente teórica o científica, como en los escenarios en los que se realiza el derecho en el orden práctico, esto es, en la aplicación de las normas, técnicas y principios jurídicos a los asuntos que se presentan en la vida real.

3. La educación como derecho fundamental. Origen, alcance y efectos

La importancia que tiene el hecho educativo desde la óptica legal se configura sobre la compleja conjunción de elementos que hemos expuesto hasta aquí, mediante una apretada síntesis; en definitiva, pretendemos destacar el hecho de ser un fenómeno que, a pesar de su práctica usual y cotidiana, es sobresaliente en su profundidad y en sus efectos, pero además, es reconocible porque se construye progresivamente y de manera sostenida a lo largo de un prolongado proceso en el cual se acumulan múltiples hitos de origen y alcance diferente.

Uno de esos acontecimientos puntuales y significativamente destacados por su impacto y consecuencias en el entorno jurídico de la educación viene dado por su reconocimiento como un derecho humano fundamental, lo que

se formaliza, entre otros aspectos, mediante la inclusión de la educación como un derecho cuya consagración se aloja en la Constitución.

La Constitución vigente (1999) dedica varias de sus disposiciones al tema de la educación, las cuales están ubicadas primordialmente en el Capítulo VI (De los derechos culturales y educativos) del Título III (De los derechos humanos y garantías, y de los deberes), de donde resulta una primera razón para la clasificación de la educación como un derecho humano fundamental y constitucionalmente garantizado.

La antes dicha calificación de la educación como *derecho humano fundamental* se confirma a través de la lectura detallada del artículo 102 constitucional, poniendo énfasis en la existencia de sus distintos componentes normativos. Así, la norma en comento comienza por establecer que: “La educación es un derecho humano y un deber social”; seguidamente se precisa en esa disposición que: “El Estado la asumirá como una función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades”; luego se agrega que “La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento”.

De su parte, en el artículo siguiente (103) se establecen algunas presiones que contribuyen a complementar el alcance regulatorio primario y superior sobre la educación. En tal sentido, este dispositivo constitucional abre su texto afirmando que “Toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones”, agregándose de inmediato lo siguiente:

La educación es obligatoria en todos sus niveles desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo.

En los artículos siguientes (104, 105 y 106) del texto Fundamental se contienen menciones que resultan de interés para completar el perfil de la educación como un derecho humano fundamental y delinear sus alcances con un mayor grado de precisión. De este modo, en el encabezamiento del artículo 104 se encuentra este postulado: “La educación estará a cargo de personas de reconocida moralidad y de comprobada idoneidad académica. El Estado estimulará su actualización permanente y les garantizará la estabilidad en el ejercicio de la carrera docente, bien sea pública o privada...”. Seguidamente, el

artículo 105 hace alusión a algunos efectos jurídicos de la educación, particularmente en cuanto al nivel superior o de pregrado universitario, al disponer: “La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación”. El artículo 106, está dirigido a sentar las bases y requerimientos fundamentales para la prestación privada del servicio educacional; en tal sentido, la norma mencionada dispone que toda persona natural o jurídica puede fundar y mantener instituciones educativas privadas, previa aceptación del Estado, demostrando su capacidad y cumpliendo de manera permanente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que establezca la ley.

En su conjunto, las disposiciones constitucionales aludidas determinan la conformación de la educación como un derecho fundamental constitucionalmente garantizado, lo que aporta algunas notas destacadas en cuanto a lo que significa el alcance de tal categorización a los fines del análisis jurídico de los estudios de postgrado desde la perspectiva de su naturaleza jurídica.

Siguiendo al profesor Gustavo Linares Benzo, tenemos que:

La normativa constitucional construye así tres principios sobre los cuales se estructura el sistema educativo venezolano: 1. Todos tienen derecho a acceder a la educación y a la cultura. 2. Todos tienen derecho a impartir educación, previa demostración de su capacidad y bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado (106). 3. El Estado establecerá un sistema educativo público que asegure a todos el acceso a la educación (art. 103) y orienta y organiza el sistema educativo global para lograr el cumplimiento de los fines que le asigne la Constitución (102). (...) La disciplina educativa constitucional se articula entonces sobre el equilibrio entre los derechos fundamentales educativos –a ser educado y a educar, pasivo y activo– y la posición del Estado que implica la obligación de respetar esos derechos, el cometido de establecer el sistema educativo público y orientar y organizar todo el sistema educativo global (público y privado)¹⁷.

Sobre este aspecto, relativo al alcance principista y regulatorio de estas disposiciones constitucionales haremos un desarrollo con mayor detenimiento más adelante; de momento es pertinente revisar lo relativo a lo novedoso de sus contenidos, pues en algunos casos se hace ver que estas normas constituyen un cambio radical y una verdadera novedad en nuestro medio.

Así se desprende –por citar un ejemplo– de las afirmaciones consignadas por el profesor Víctor Morles, que transcribo a continuación:

¹⁷ LINARES BENZO, Gustavo: “Bases constitucionales de la educación”. En *Derecho y Sociedad*. N° 2, 2001, p. 220.

En diciembre de 1999, se aprueba la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y se abren nuevas perspectivas para el país y para la educación superior, sobre todo con la promulgación de la Ley de Ciencia y Tecnología (2001), la creación de los Ministerios de Ciencia y Tecnología (2002) y de Educación Superior (2003) y la definición de una política de masificación de este sector educacional¹⁸.

No obstante, la búsqueda un tanto más detenida sobre el objeto del cual se ocupa esta temática ha permitido encontrar, cuando menos, una posición diametralmente opuesta, en cuanto se refiere al supuesto carácter novedoso de la Constitución de 1999, al menos en lo que se refiere a las regulaciones sobre la educación, se hace presente la opinión jurídicamente argumentada de Linares Benzo, expuesta en estos términos:

La Constitución de 1999 y las normas dictadas por la actual Administración significan aparentemente cambios de bulto en el régimen de la educación básica y diversificada en Venezuela. Sin embargo, como se verá en estos lineamientos esenciales de este régimen, éste se mantiene prácticamente igual al anterior a aquellos cambios normativos. La Constitución de 1999 mantiene la educación como un derecho doble: a recibirla y a impartirla, mientras que la reglamentación de la Ley Orgánica de Educación (LOE), para ser compatible con la regulación constitucional, tampoco se aparta de la disciplina anterior¹⁹.

En ese orden de ideas procede tener en consideración que la mención al asunto de la educación es, prácticamente, una constante en la historia constitucional venezolana, presente desde el ya citado Texto Fundamental de 1811, que desde el punto de vista de los referentes formales, es el dato primario, aunque no debe perderse de vista la existencia de un orden jurídico positivo previo (el español), el cual continuó vigente, por mandato de esa misma Constitución, en la medida en que fuera compatible con ella, tal como lo establecía su disposición final (artículo 228), en estos términos:

Entretanto que se verifica la composición de un código civil y criminal acordado por el Supremo Congreso en 8 de marzo último, adaptable a la forma de Gobierno establecido en Venezuela, se declara en su fuerza y vigor el código que hasta aquí nos ha regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente, no se opongan a lo establecido en esta Constitución²⁰.

Pero la proyección y trascendencia de la educación no se reduce a la mención formal en el texto constitucional. La conciencia sobre el papel que juega la educación en la creación y consolidación del espíritu republicano aparece reflejada en diferentes dispositivos de carácter jurídico y político, tal como lo

¹⁸ Véase, MORLES: *La educación...*, ob. cit., p. 16.

¹⁹ LINARES BENZO, Gustavo: "La Educación en el Texto Constitucional". *Revista de Derecho Público*. N° 84, 2001, p. 5.

²⁰ *Cfr. Compilación Constitucional de Venezuela*, ob. cit., p. 41.

recoge y pone de relieve Rafael Fernández Heres al hacer mención de los diferentes textos de constituciones provinciales tales como la de Caracas (1812), indicando que:

Textos análogos al señalado, destinados a promover el fomento de la educación para crear sobre bases sólidas la vida de la naciente República, recogían las constituciones provinciales de entonces. Los ideales pedagógicos que recogían estas Constituciones tenían sus asideros en aspiraciones que ya se veían haciendo universales para aquellos tiempos y registradas en solemnes testimonios. La Tabla de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se conocía y comentaba en la Venezuela de los finales del siglo XVIII y aquel principio signado como el vigésimo segundo que La instrucción es necesaria a todos: la sociedad debe proteger con todas sus fuerzas los progresos del entendimiento humano, y proporcionar la educación conveniente a todos sus individuos, es el mismo que inspira el texto del artículo 4° (Deberes del Cuerpo Social) del manifiesto sobre Derechos del Pueblo, aprobado por el Supremo Congreso de Venezuela el 1° de julio de 1811, que reza textualmente así: La instrucción es necesaria a todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y pones la instrucción al alcance de todos. Estas ideas pedagógicas estaban en el ánimo de aquellos revolucionarios, que querían transformar a un pueblo vasallo en un pueblo de espíritu republicano, en un pueblo de nueva mentalidad, integrado por ciudadanos conscientes de su dignidad y conocedores de sus deberes y sus derechos. Por eso, el deber de la instrucción para la niñez y la juventud era el primero²¹.

En conclusión, el tratamiento de la educación como un derecho con rango constitucional tiene en Venezuela una larga data que se ubica en el nacimiento mismo de la nacionalidad como República independiente; en esa trayectoria, desde luego, se han producido adaptaciones y matices en proyección e intensidad, acompañando el pensamiento universal sobre la materia, a lo que no escapa el texto constitucional vigente, de 1999, que es una expresión más dentro de esa dilatada evolución.

Estimamos que esta circunstancia se manifiesta como un factor de consideración para la debida percepción, análisis y aplicación práctica del régimen jurídico administrativo de los estudios de postgrado, mientras se trata de un nivel de la educación formal que está integrado en el sistema general o global de la enseñanza en Venezuela.

De su parte, vemos que el derecho a la educación comprende, cuando menos, la fórmula de doble alcance que pone de manifiesto el Profesor Linares Benzo, en tanto se trata del derecho a recibir educación, el derecho de acceso a la educación, es decir, a ser destinatario de la actividad educativa; en este sentido, el *derecho* aparece en cabeza de todos y cada uno de los ciudadanos

²¹ FERNANDEZ HERES, Rafael: "El derecho a la educación". En: *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo II, UCV. Caracas, 1979, pp. 807-809.

como titulares y potenciales demandantes de ese derecho. Pero por otra parte, el derecho a la educación se manifiesta como la potencialidad para dedicarse a educar, para ofrecer o prestar el servicio educativo, para enseñar o ejercitar la pedagogía en términos formales, esto es, dentro de los parámetros legalmente establecidos en el ordenamiento jurídico y con los efectos o consecuencias derivados de la realización de tal actividad.

Entonces, aparecen estas dos formulaciones del derecho que tienen un carácter complementario o de integración recíproca, en el sentido de que ambos sujetos de la relación pedagógica (educador y educando), actúan como titulares de un derecho reconocido y consagrado con carácter fundamental, por lo que resulta también un derecho garantizado en la propia norma constitucional.

Adicionalmente, y en paralelo, se observa la presencia de otra pieza que funciona de manera complementaria e integradora de esa figura compleja de derechos subjetivos garantizados, cuáles son las obligaciones impuestas al Estado en la norma constitucional, relativas a asumir la educación como una función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, siendo además, una actividad calificada como un servicio público (art. 102); impartir educación gratuitamente en sus instituciones, hasta el pregrado universitario, a cuyo efecto, el Estado venezolano debe realizar una inversión prioritaria en educación, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas, así como crear y sostener instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo (art. 103); finalmente, es obligación del Estado estimular la actualización permanente de los educadores, garantizarles la estabilidad en el ejercicio de la carrera docente, pública o privada, en un régimen de trabajo y nivel de vida acorde con su elevada misión, sin injerencia partidista o de otra naturaleza no académica (art. 104).

En resumen, a partir de lo mencionado, creemos que es procedente entender que la educación tiene una importancia muy destacada por tratarse de una actividad primordial e insustituible para el bienestar de las personas singularmente consideradas; pero además, la importancia de la educación, en todos sus niveles y modalidades se potencia, por su trascendencia para la sociedad mediante diversas expresiones, sobre lo cual ya hemos adelantado información en las líneas anteriores.

Por estas razones la actividad educativa adquiere relevancia para el Derecho y pasa a ser un asunto jurídico de interés general que encaja en el espectro de atención del Derecho Administrativo, en resumen, un *asunto jurídico administrativo*²².

II. LA NORMATIVA JURÍDICA APLICABLE AL POSTGRADO. ANÁLISIS CONCEPTUAL Y EFECTOS

La revisión general de las normas dirigidas a regular en forma directa y específica a los estudios de postgrado, contenidas en el ordenamiento positivo venezolano, permite constatar algunas notas interesantes para el análisis jurídico. Dentro de esas notas, destacan algunos datos que, a nuestro entender, resultan peculiares en cuanto al perfil de su configuración, por lo cual, pasamos a presentar nuestras principales reflexiones al respecto, a partir de la exploración de tales fuentes normativas, mediante el empleo instrumental de nociones y categorías vinculadas al Derecho Administrativo.

En este sentido, comenzaremos por destacar que, prácticamente la totalidad del conjunto normativo dirigido de manera inmediata a la regulación de los estudios de postgrado en nuestro país, está conformado por normas de carácter reglamentario, es decir por actos jurídicos típicamente identificados como una categoría propia del Derecho Administrativo en atención a su carácter instrumental de primera línea dentro de la función administrativa; de allí, el carácter relevante que esta temática adquiere, tanto para su estudio como para su aplicación práctica, mediante los fundamentos teóricos y los componentes instrumentales que proporciona esta disciplina.

En efecto, en los párrafos precedentes de este trabajo hemos tenido oportunidad de referirnos a las normas de rango constitucional que, tanto en el texto vigente como en sus antecedentes históricos, se dirigen a regular el tema de la educación y alcanzan, de alguna manera, el espacio de formación del cuarto nivel o postgrado. Pues bien, junto a las normas constitucionales indicadas aparecen, como fuentes normativas que impactan en el tema, aquellas disposiciones de naturaleza convencional, incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico positivo a través de los tratados o convenios internacionales que, como sabemos, tienen rango de ley, en atención al proceso formativo que deben seguir para su validez y vigencia.

Al respecto, como un signo de particular interés, procede destacar en este punto la específica valoración que la Constitución asigna en su artículo 23, a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y

²² Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit.

ratificados por Venezuela, al prescribir, expresamente, que los mismos, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Como ya mencionamos anteriormente, la educación, en todos sus niveles, se entiende como un derecho humano, y así lo reconoce y consagra directamente la misma Constitución en su artículo 102. En consecuencia, a los efectos de dibujar el espectro de las fuentes normativas que aplican en el tema de los estudios de postgrado, es decir, al conjunto de normas que configuran el bloque de la legalidad es esa materia, no cabe duda en cuanto a la procedencia de contabilizar a los tratados, pactos y convenciones internacionales referidos al tema, subrayando el especial rango que le asigna a estos instrumentos el propio ordenamiento positivo en sus disposiciones de mayor rango o jerarquía.

Ahora bien, de la mano con estos datos iniciales y la importancia cualitativa que podemos derivar de los mismos, en tanto marcan la entrada a la exploración del caso, a partir de su singular valoración como fuente de derecho, tenemos que, una revisión panorámica de las disposiciones normativas en la materia que nos ocupa, arroja como resultado, una mínima presencia de reglas de rango legal.

Así, en la Ley de Universidades²³ que, luego de las disposiciones de rango constitucional viene a ser el instrumento de primera línea para la aproximación al sistema de fuentes normativas en lo referente a los estudios de postgrado, encontramos que apenas algunas de sus regulaciones se vinculan tangencialmente con temas relacionados con los estudios de postgrado o cuarto nivel, tales como la atribución de competencias al Consejo Universitario en materia de fijación de aranceles para cursos especiales y de postgrado (art. 26,7); el requerimiento del título de Doctor para ocupar el cargo de Rector, Vice-Rector o Secretario de las Universidades (art. 28) y la facultad del respectivo Consejo Universitario para establecer mediante el Reglamento que al efecto dicte, las condiciones que han de exigirse para ocupar los cargos de Rector, Vice-Rector o Secretario a los Profesores que no hayan obtenido el título de doctor en razón de que el mismo no sea conferido en la especialidad correspondiente por esa Universidad (art. 28, Parágrafo Único); el requerimiento del título de Doctor para ascender a la categoría de Profesor Asociado dentro del escalafón en el que se ubican los miembros Ordinarios del personal docente y de investigación (art. 96).

²³ Gaceta Oficial N° 1429 Extraordinario de 08-09-1970.

De otra parte, tenemos que, en el artículo 160 de esa Ley se dispone que, “para obtener el título de Doctor en cualquier especialidad habrá un examen, público y solemne, que versará sobre la Tesis que presente el aspirante”, es decir, la prueba o ejercicio sujeto a evaluación que se conoce comúnmente como la defensa de la Tesis, sometida a pautas formales de publicidad y solemnidad en este caso.

Pues bien, esta es la única norma contenida en el texto legal en referencia, cuyo contenido toca directamente elementos propios de los estudios de cuarto nivel o de postgrado que hemos encontrado como resultado de la tarea de revisión efectuada. A partir de allí se comienza a perfilar –al menos por lo que corresponde a la Ley de Universidades– la presencia del espacio de los reglamentos como categoría y umbral normativo predominante en la configuración estructura de las fuentes positivas en esta materia, a lo cual aludimos en el inicio de este capítulo.

Al ampliar la misma línea de búsqueda en el nivel legal de las regulaciones que contiene el ordenamiento jurídico positivo nacional, encontramos la Ley Orgánica de Educación²⁴.

En ese texto se incorporan disposiciones cuyo contenido apunta más directamente a lo que podemos percibir conceptualmente como estudios de postgrado o de cuarto nivel, al menos como referencias o menciones incidentales, y así tenemos, por ejemplo, la ubicación de ese nivel de enseñanza dentro del Sistema Educativo, al indicarse que tal Sistema incluye el subsistema de educación universitaria, que comprende los niveles de pregrado y postgrado universitarios; siendo que, la duración, requisitos, certificados y títulos de los niveles de educación universitaria estarán definidos en la ley especial (art. 25,2).

En tal sentido, salvo por el efecto inmediato que puede derivarse del dispositivo legal indicado, en cuanto a lo que pudiera significar la inclusión del nivel de estudios de postgrado dentro de una configuración más general o un “sistema”, como parte de una norma de rango legal, no es mucho más lo que añade este dato, a los fines de constatar la existencia de una estructura de fuentes de ese rango (legal) directamente aplicables a la categoría de los estudios de postgrado o cuarto nivel. Esta percepción no cambia, una vez cumplida la tarea de revisión general de la Ley Orgánica de Educación, en la cual se repiten las remisiones a una ley especial en todo lo que se refiere al tratamiento específico de los asuntos propios de la educación universitaria.

²⁴ Gaceta Oficial N° 5929 Extraordinario de 15-08-2009.

De este modo, con la revisión de las fuentes legales cuyo contenido se vincula más directamente a la temática de los estudios de postgrado, y en función del resultado que se registra, se puede confirmar lo antes indicado, en cuanto a la escasa presencia de disposiciones de tal rango como plataforma regulatoria en la materia.

Ahora bien, aunque signifique adelantar conclusiones en el análisis que se desarrolla, entendemos que los resultados obtenidos de la indagación cumplida, así como la constatación que se consigna en el párrafo anterior, no conducen a una valoración negativa, ni permiten afirmar la existencia de una “laguna” legislativa que debe ser cubierta, a como dé lugar, para así alcanzar un nivel satisfactorio de soporte en el ambiente jurídico, como usualmente parece ocurrir en estos casos.

En este sentido, una reflexión más detenida sobre el dato que nos ocupa en este momento conduce a reconocer la consistencia jurídica y operativa de las condiciones definidas por la escasa o limitada intervención legislativa en el campo de los estudios de postgrado, pues, por su propia naturaleza, se trata de un espacio de gestión poco propicio para la rigidez normativa que dibujan las fuentes de rango legal, sin que ello signifique convocar la anomia o entender que se postula como un área de la de la función administrativa propicia para la arbitrariedad.

En efecto, de una parte, consideramos que la magnitud de las normas legales relativas a los estudios de postgrado que se contabilicen en el inventario vigente en un momento determinado, no implica debilidad, ni mucho menos ausencia de un régimen jurídico específico, pues el tema se verá impregnado en su regulación y funcionamiento, por disposiciones de rango legal que alcanzan las situaciones subjetivas y las relaciones de diferente perfil ocurridas en función de esa actividad de enseñanza.

Ciertamente, en este orden de ideas no parece existir posibilidad de objetar que, en cualquiera de los supuestos imaginables en cuanto a situaciones o relaciones derivados o asociados con los estudios de postgrado proceda la aplicación de disposiciones contenidas en textos de rango legal, tales como, la Ley de Procedimientos Administrativos, Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y otros, pues en definitiva, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, los estudios de postgrado son un *asunto jurídico-administrativo*, y como consecuencia de ello, quedan insertos en el espectro general de las fuentes y técnicas pertinentes a su categorización, teniendo como referente de primer orden la condición de la educación como un

derecho humano fundamental, tal como lo sostiene el profesor Armando Rodríguez García en el ensayo reiteradamente citado²⁵.

Pero por otra parte, el dato atinente a la brevedad cuantitativa de las normas legales directamente dispuestas para fundamentar, regular y facilitar el funcionamiento de los estudios de postgrado conduce a constatar que, por contraste, el volumen más grueso de las fuentes formales que contribuyen al montaje de la plataforma normativa de ese régimen jurídico se construye mediante Reglamentos, con lo cual, cobra mayor trascendencia la presencia del Derecho Administrativo con todos sus componentes, en particular, sus principios y técnicas de producción, interpretación y aplicación del Derecho, para el adecuado y eficaz tratamiento de los supuestos teóricos y fácticos que puedan hacerse presentes.

Son variados los reglamentos que, imbricados a través de diversas modalidades de integración concurren en la formación del soporte normativo al cual nos referimos, y esa particular arquitectura aporta datos adicionales en cuanto a las peculiaridades de este tema y la necesidad de su manejo mediante el empleo del tratamiento especializado para su debida comprensión.

Al respecto cabe insistir en que la formación del *nivel de postgrado* como parte del *subsistema* de educación universitaria, para emplear los términos incorporados a la legislación formal que venimos de ver, no es producto de una concepción preestablecida, no es el resultado de un diseño concebido con anticipación, o de un proyecto o modelo que luego se lleva a cabo o se construye mediante formatos normativos y estructuras organizativas dispuestas para adelantar la gestión de programas o planes igualmente elaborados previamente, como ingrediente de todo ese montaje que se pone a disposición del público a partir de un momento preciso.

La construcción de los estudios de postgrado es consecuencia de un proceso, de una dinámica progresiva que arroja una trayectoria siempre inacabada, con momentos de intensidad y extensión de diferente calibre, lo que se pone a la vista, entre otras manifestaciones, a través de las disposiciones regulatoria que progresivamente aparecen, sin una partitura previa, en función de la respuesta requerida por las demandas que las circunstancias imponen.

Desde luego, una trayectoria de este perfil permite comprender que el sentido de la naturaleza misma de la cuestión se ubica en la actividad de formación e investigación científica, en la función educativa que, al igual que sucede con cualquier otro proceso de desarrollo intelectual o cultural, está

²⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, ob. cit.

atado a la dinámica social, y no puede ser preestablecido en un marco legal, sin el riesgo de cancelar su potencialidad de vida.

Es así como los estudios de postgrado comienzan a surgir de manera puntual y singularizada desde el punto de vista de las áreas del interés científico, atendiendo a las oportunidades que surgen en las diferentes unidades académicas, es decir, en las diferentes Facultades, en función de las capacidades desplegadas por esas, lo que progresivamente se va formalizando en cuanto a la actividad jurídica de corte normativo mediante de los dispositivos emanados de las autoridades universitarias pertinentes, los cuales, en general, se ubican en la categoría de Reglamentos, acogiendo a tal efecto, el acreditado criterio de los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, cuando mediante una contundente y por lo demás precisa afirmación, sintetizan la cuestión señalando que, “Se llama Reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración”²⁶.

Vemos entonces, que las diferentes programaciones de estudios de postgrado en nuestras Universidades –partiendo de la labor pionera de la Universidad Central de Venezuela, en este y otros campos de la educación universitaria–, se comienzan a poner en práctica como una respuesta puntual a las demandas provenientes, primordialmente de los propios docentes e investigadores, como una salida a los requerimientos de formación y desarrollo de la actividad académica.

Por solo hacer referencia al ejemplo más cercano, encontramos como origen de los estudios de postgrado en esta Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, la aparición de estudios de doctorado durante la década de 1960, y ya para 1974 se aprueba un Reglamento de Doctorado en Derecho (13-02-1974), y luego, en 1975, con el cambio de denominación de la Facultad de Derecho a Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, junto a las ampliación de su espectro de acción a partir de la creación de la Escuela de Estudios Políticos, se abre el Doctorado en Ciencias Políticas, a cuyo efecto se dicta un Reglamento de Doctorado en Ciencias Menciones Derecho y Ciencias Políticas, que aprueba el Consejo Universitario el 11-02-1976.

La dinámica se consolida, por lo que la oferta va ampliándose progresivamente al aparecer una variedad de cursos de postgrado en diferentes áreas (Derecho de Menores –ahora Niñez y Adolescencia–, Derecho Mercantil, Derecho Laboral, Derecho Internacional Económico y de la Integración, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, etc.), hasta llegar a la oferta actual.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I, 2º ed., Civitas, Madrid, 1975, p. 99.

Lo importante a retener, a partir de los insumos que nos suministra esta información es que todo el andamiaje jurídico de este segmento del nivel de estudios de postgrado se configura media reglamentos emanados de distintas autoridades que entretejen una red normativa constitutiva de su mapa fundamental de fuentes.

Además, el cuadro se complejiza y se enriquece cuando aparecen las “Normas de Acreditación de Estudios de Postgrado”, aprobadas por el Consejo Nacional de Universidades, órgano creado por la Ley de Universidades (artículos 18 y siguientes) que es un típico Reglamento, que en fechas posteriores se va modificando en su alcance y contenido, bajo la denominación de “Normativa General de los Estudios de Postgrado para las Universidades e Institutos debidamente autorizados por el Consejo Nacional de Universidades”, cuya última versión, vigente en la actualidad corresponde al año 2001 (Gaceta Oficial N° 37.325 del 20-11-2001).

En atención a la naturaleza del órgano del cual emana, este Reglamento tiene, desde luego, aplicación nacional, y en atención a su contenido y alcance, debe entenderse que tiene prelación sobre los Reglamentos de Estudios de Postgrado que progresivamente van produciendo las Universidades, como una forma de unificar las regulaciones de corte general o básico en cuanto a los estudios de postgrado, tal como sucede con el Reglamento de Estudios de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela, cuya última versión es la aprobada por el Consejo Universitario mediante Resolución N° 305, aprobada por el Consejo Universitario en fecha 06-04-2011, y vigente a partir del 15-05-2012, que se indica como fecha de publicación de la Gaceta Universitaria en la cual se inserta su texto.

Estos instrumentos reglamentarios, junto a otros de igual parecido tenor, son los que, en definitiva conforman el soporte normativo que jurídicamente integra el régimen de estudios de postgrado en Venezuela.

Desde luego, dentro de los objetivos previstos como alcance del presente trabajo no está contemplado el estudio pormenorizado del contenido de esos instrumentos, pues su variedad y extensión excede el sentido del mismo y distraería la atención de los puntos que se pretende destacar, lo que no resta importancia a una tarea de ese tenor.

Si es importante, para ver cubierto el objetivo planteado, que se entienda el valor que tiene el tema desde la perspectiva del Derecho Administrativo, tanto en su aproximación teórica, como desde la perspectiva de su aplicación práctica en al manejo de decisiones dentro de las actividades del postgrado, pues alcanza a todo tipo de decisiones y situaciones jurídicas en este campo.

CONCLUSIÓN

Sin lugar a dudas, los estudios de postgrado conforman un asunto de carácter jurídico, con especial relevancia para el Derecho Administrativo. Su contenido alcanza situaciones subjetivas, relaciones jurídicas entre unidades administrativas (órganos y entes) y entre estas y administrados, decisiones administrativas de diverso orden cuyo contexto es el Derecho administrativo. Dentro de estas diversas decisiones destacamos las de corte normativo (reglamentos), por ser el soporte fundamental del régimen jurídico específico.

Con vista en lo expuesto a lo largo de este estudio, podemos concluir que a nuestro juicio, no cabe duda, en cuanto a que uno de los aspectos normativos de mayor relevancia en cuanto a la normativa de los estudios de postgrado o cuarto nivel en el caso venezolano se centra en la naturaleza de los actos que constituyen la estructura de ese régimen jurídico, pues se trata de instrumentos de naturaleza reglamentaria, incorporados al ordenamiento jurídico general del país, y desde luego, tanto su producción y vigencia, como su aplicación en la resolución de los asuntos concretos para los cuales corresponda, se sujeta a la consideración de los principios, instrumentos y técnicas propias del Derecho Administrativo.

Todo ello convoca a profundizar la presencia de estas técnicas, métodos y principios, a los efectos de hacer más eficiente su gestión.

LA CONFISCACIÓN DE BIENES EN VENEZUELA

Julio César Celis¹

Resumen: *El trabajo delimita los supuestos establecidos en la Constitución venezolana para que se pueda confiscar un bien, con el objetivo de brindar una guía a quienes deban defender el derecho de propiedad de los particulares frente a la pretensión confiscatoria del Estado, así como también para quienes deban en el ejercicio de sus funciones, dictar tal medida en razón de la represión de conductas delictuales establecidas por el legislador y en aras de materializar la justicia.*

Palabras clave: *Derecho de propiedad – Confiscación – Sanciones.*

SUMARIO. Introducción. I. La confiscación de bienes en Venezuela. **1.** La garantía del derecho de propiedad y su relación con la confiscación de bienes. **2.** Historia constitucional de la confiscación. Previsión actual. **3.** Noción. **4.** Características. **5.** Tipos. **6.** Distinción con otros modos de adquisición especial o forzosa de la propiedad por parte del Estado. **7.** Destino de los bienes objeto de la confiscación. **II.** Excepciones a la prohibición constitucional de confiscar bienes en Venezuela. **1.** Por delitos cometidos contra el patrimonio público. **2.** Por enriquecimiento ilícito al amparo del Poder Público. **3.** Por la realización de actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes. **4.** Leyes que prevén la pena de la confiscación de bienes en Venezuela. **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

La confiscación de bienes en Venezuela está prohibida, en virtud del artículo 116 de la Constitución que dispone: “No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución”. Es decir, solo por vía de excepción puede aplicarse tal medida, como quiera que la misma incide de forma negativa y con efectos absolutos sobre el patrimonio del particular sujeto pasivo de la sanción, extinguiendo su derecho de propiedad sobre una parte o la totalidad de los bienes que conforman dicho patrimonio.

La misma norma constitucional señala los casos en los cuales puede imponer la autoridad competente la pena de confiscación, tales son: i) Por delitos cometidos contra el patrimonio público; ii) Por enriquecimiento ilícito al amparo del Poder Público y; iii) Por la realización de actividades comerciales,

¹ Abogado y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Profesor de pregrado y postgrado en la misma universidad.

financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes. Esta norma se complementa con el artículo 271 del Texto Constitucional, que dispone que previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

De manera que, en el presente estudio nos proponemos delimitar concretamente las excepciones establecidas por el Texto Constitucional para que se pueda aplicar la institución bajo análisis, para de esa forma brindar una guía u orientación a quienes deban defender el derecho de propiedad de los particulares frente a la pretensión confiscatoria del Estado, así como también para quienes deban en el ejercicio de sus funciones, dictar tal medida en razón de la represión de conductas delictuales establecidas por el legislador y en aras de materializar la justicia, a través del correcto ejercicio del poder jurisdiccional que ejercitan los tribunales, en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

Para ello, este trabajo ofrece un estudio general sobre la confiscación de bienes, que permitirá su comprensión desde dos perspectivas distintas: la primera, como modo de adquisición especial (forzosa) de la propiedad por parte del Estado (aspecto que interesa al Derecho Administrativo), distinguiéndola de otras figuras que se ubican en esta misma categoría y, la segunda, como pena de carácter accesoria, procedente sólo por vía de excepción y dentro del marco establecido por los mencionados artículos 116 y 271 de la Constitución (tópico relevante tanto para el Derecho Administrativo, como para el Derecho Penal). Igualmente, nos enfocaremos en concretar el contenido de las excepciones *in commento* y, posteriormente, realizaremos un análisis sobre la legislación que contiene la posibilidad de confiscar bienes en Venezuela, haciendo énfasis especialmente en su carácter constitucional o inconstitucional.

I. LA CONFISCACIÓN DE BIENES EN VENEZUELA

1. La garantía del derecho de propiedad y su relación con la confiscación de bienes

La concepción moderna del derecho de propiedad nos permite apreciarlo desde dos perspectivas distintas, la primera como un derecho humano y, la segunda, como una garantía de rango constitucional. A partir de estas dos visiones, se pueden desarrollar diversas líneas de pensamiento con relación a su contenido y relevancia para el bienestar y progreso de las naciones.

En tal sentido, el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que “[t]oda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente (...) [n]adie será privado arbitrariamente de su propiedad”, consagración que también contiene la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 21, en el que se indica que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, siendo que, para privarlas de éstos, se requiere del pago de indemnización y con fundamento en “razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la Ley”.

En el ordenamiento jurídico interno venezolano, el artículo 115 de la Constitución establece que se garantiza el derecho de propiedad, de manera que “toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes”, sin más limitaciones que las referidas a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general.

Ahora bien, la propiedad así entendida, como derecho subjetivo garantizado por la norma suprema, se constituye en la base o punto de partida, a partir del cual se desarrolla y se hace posible la libertad, así como otros derechos de la más variada índole, esto es, los civiles, económicos, sociales, familiares y culturales, todo lo cual se orienta hacia la concreción o posibilidad real de que los integrantes del cuerpo social logren el efectivo desenvolvimiento de su personalidad, tal como indica el artículo 19 del Texto Fundamental venezolano.

En esa línea argumentativa, señala Rondón García² que:

...en el concepto del derecho de propiedad se incluye la libertad de pensar y actuar consecuentemente en una actividad productiva; la libertad de usar y disponer de los resultados de esta actividad productiva; y la libertad de negociar e intercambiar los productos generados por otros (...). La propiedad constituye una de las condiciones para impedir la coacción, es decir, el control por parte de otro, porque brinda autonomía e independencia (...) [la] propiedad permite preservar nuestros espacios más privados.

En sintonía con lo expuesto, y de gran relevancia para el tema objeto del presente trabajo, la garantía del derecho de propiedad también se erige como uno de los límites al poder del Estado.

Efectivamente, el derecho de propiedad como cualquier otro derecho subjetivo dota a su titular de una potencialidad para realizar acciones sobre el

² RONDÓN GARCÍA, Andrea. “La propiedad privada, el estado de derecho y la ley. (Situación legislativa y regulatoria en Venezuela en el periodo 2012-2014)”. En: *La propiedad privada en Venezuela. Situación y Perspectivas*. Caracas, 2016, pp. 43, 44 y 47.

objeto del derecho, pero también para hacerlo valer frente a las agresiones o desconocimiento de cualquier otro sujeto, sea este de Derecho Público o un particular. Dicho de otra forma, el reconocimiento de un derecho subjetivo en cabeza de una persona, impone el deber para el resto de la colectividad de abstenerse de ejercer cualquier acto que ilegítimamente interrumpa, obstaculice o cese el ejercicio de tal derecho, y en caso de no hacerlo, el ordenamiento jurídico otorga la acción al titular para reclamarlo judicialmente, siendo esto último el elemento externo del derecho, según expresa Tosta³.

El enfoque antes planteado supone para el Estado, en el ejercicio de su poder a través de sus instituciones, al menos lo siguiente:

i) En la configuración de la vida social, a través de la legislación, debe el Estado abstenerse de dictar leyes que desconozcan, menoscaben o vacíen de contenido el derecho de propiedad; por el contrario, al estar la propiedad privada garantizada por el texto constitucional e instrumentos internacionales, se encuentra en la obligación de estimularla, fortalecerla y permitir las condiciones más favorables para su efectivo ejercicio, lo cual, además, se encuentra relacionado con el Sistema Socioeconómico preceptuado en el Texto Fundamental, pues dispone su artículo 299 que “El estado conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional...”, es decir, la propiedad privada como contenido de la iniciativa de los particulares juega un rol fundamental en el crecimiento económico del país y mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos venezolanos.

ii) En el caso de dictarse leyes que incidan de forma negativa sobre el derecho de propiedad, deben observarse las garantías constitucionales dispuestas en la Constitución para protegerla y las excepciones a éstas, para que la elaboración de la norma se mantenga dentro de los límites establecidos por la Norma Suprema. De esta forma se conjugan los derechos y libertades ciudadanas con el interés público que tutela el Estado a través de sus entidades y órganos.

iii) Las autoridades llamadas a aplicar la legislación que incida negativamente sobre el derecho de propiedad, se encuentran en la obligación de hacerlo dentro de los límites permitidos por la Constitución y la ley, teniendo como norte la racionalidad y la proporcionalidad en el ejercicio de sus funciones, ya que, en caso contrario, aunque habilitados por el ordenamiento jurídico, estarían igualmente desconociendo el contenido esencial del derecho

³ TOSTA, María Luisa. *Guía de Introducción al Derecho*, UCV, Caracas, 2012, pp. 113 y 114.

cuya garantía se encuentra prevista, principalmente, en el artículo 115 constitucional antes mencionado.

En definitiva, la doble consideración del derecho de propiedad como derecho humano y garantía constitucional, constituye un límite para el ejercicio del Poder Público, en cualquiera de sus manifestaciones, bien sea mediante la promulgación de leyes, la actividad administrativa (policía, intervención económica, prestación de servicios públicos) o mediante el ejercicio del poder jurisdiccional, por lo que, tanto el gobierno, como los legisladores y jueces están llamados a la comprensión de la potestad confiscatoria del Estado de manera restrictiva, procurando evitar el abuso en su aplicación, o el convertirla en una medida de coerción⁴ ilegítima, para así limitar indebidamente los derechos y las libertades de los ciudadanos, desviándose del fin con el cual aquélla ha sido prevista.

Así, por ejemplo, resultaría intolerable desde el punto de vista del Estado de derecho y del respeto a los derechos humanos, la aplicación de confiscaciones de hecho (sin soporte legal), con fines de persecución política o de cualquier otra índole, que escapen de los supuestos establecidos por la Constitución, lo que en otras palabras significa, que la confiscación de bienes no puede convertirse en una herramienta del Poder Público para el control de los adversarios o disidentes.

2. Historia constitucional de la confiscación. Previsión actual

Las Constituciones de 1830, 1857 y 1858, contenían la prohibición expresa de confiscar bienes. El texto constitucional de 1925 preveía que “No se decretaran ni llevaran a cabo confiscaciones de bienes, salvo únicamente, como medidas de represalias en guerra internacional contra los nacionales del país con el que fuere la guerra, si éste hubiese decretado previamente la confiscación de los bienes de los venezolanos”; es decir, se trataba de una medida recíproca a aplicar en caso de conflictos bélicos contra los extranjeros.

⁴ Cuestión que Gallotti al referirse a la garantía del derecho de propiedad en la Constitución, resume así “lamentablemente ese derecho constitucional se ha convertido en muchos aspectos en letra muerta, donde su subordinación no se vincula necesariamente al interés social, sino en todo caso a los objetivos políticos del Estado, la justa indemnización en materia expropiatoria no es más que una expectativa de derecho, y en definitiva la propiedad se convierte en una herramienta de ejecución de gobierno, donde incluso cabe su uso a fines sancionatorios”. GALLOTTI, Alejandro. “La disminución progresiva del derecho de propiedad en Venezuela”. En: *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación 1915-2015*, t. I, Caracas, 2015, p. 158.

La norma del texto fundamental de 1925 fue reproducida en las Constituciones de 1929 y 1931.

Posteriormente, en 1936 se prevé la confiscación de bienes sin proceso o procedimiento previo y ejecutada por el Congreso de la República, cuya motivación fue sin duda abrir la posibilidad de confiscar los bienes de la herencia dejada por el recién fallecido General Juan Vicente Gómez, con el fin de restituir esos bienes al tesoro nacional.

La Constitución de 1945 prohibió la confiscación de bienes, con excepción de los extranjeros en casos de conflictos bélicos con su país y así se mantuvo en la de 1947⁵.

Por su parte, el artículo 102 de la Constitución de 1961 disponía “No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones sino en los casos permitidos por el Artículo 250. Queda a salvo, respecto de extranjeros, las medidas aceptadas por el Derecho Internacional”.

A su vez, el artículo 250 ejusdem indicaba:

Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia. (...). El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

De manera que, conforme al texto constitucional de 1961, la confiscación era permitida solo en los siguientes casos: i) Respecto a extranjeros, según las medidas aceptadas por el Derecho Internacional, por lo que se establece, por primera vez, una distinción entre los supuestos de procedencia de la confiscación para los nacionales y los extranjeros; y ii) Para el caso de los venezolanos, aplicaba para aquellos que hubieren estado involucrados en actos de desconocimiento del Texto Constitucional y para quienes se hubieren enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación.

En el Texto Constitucional vigente (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860 del 30-12-1999, reimpresa en N° 5.453 del 24-03-2000, y cuya enmienda fue publicada en N° 5.908, Extraordinario de fecha 19-02-2009), se la prevé en los siguientes términos:

⁵ El texto de las Constituciones de 1830 hasta la de 1947 fue consultado en: PICÓN RIVAS, Ulises. *Índice Constitucional de Venezuela*, Edit. Élite, Caracas, 1948.

Artículo 116. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Adicionalmente, el artículo 271 contiene otra disposición relevante para el objeto de estudio del presente trabajo, la cual es del siguiente tenor:

Artículo 271. En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes. (...).

Las precedentes disposiciones constitucionales (artículos 116 y 271) son el marco constitucional dentro del cual desarrollaremos el análisis de la confiscación de bienes en Venezuela.

3. Noción

La confiscación de bienes en Venezuela la podemos entender como una pena de carácter accesorio, procedente como sanción a determinados tipos penales expresados en el artículo 116 del texto constitucional vigente, y que consiste en el apoderamiento por parte del Estado de todo o parte de los bienes del patrimonio del sujeto pasivo de la sanción penal, sin que ello conlleve compensación de ninguna especie.

En ese sentido, Lepervanche Parpacén en quizá el texto más antiguo que sobre la confiscación se encuentra en la bibliografía venezolana, expone que:

Ciñéndonos a la etimología de la palabra y también a su sentido jurídico, confiscar es atribuir al fisco los bienes de una persona. Cuando se expropia sin abonar indemnización y se atribuyen los bienes expropiados al Fisco Nacional, dentro de una sana lógica jurídica, se está llevando a cabo una confiscación. Poco importa

el motivo de la expropiación; puede ella responder al cumplimiento de un precepto penal, a una sanción política, a una medida social (...) el carácter de medida no despoja de su matiz al hecho⁶.

La anterior cita nos permite observar que toda apropiación por parte del Estado de bienes de los particulares, sin que medie indemnización de ningún tipo, debe ser considerada como una medida confiscatoria, aunque el acto del cual dimana tal acción pretenda revestir a la misma de una expropiación por causa de utilidad pública o interés social.

La afirmación del autor antes citado nos conecta así, con uno de los tipos de confiscaciones que se revisarán posteriormente, tal es la “indirecta o de hecho”, es decir, aquella que es ilegítima por no encontrar soporte en ninguna ley.

Más recientemente, Badell Madrid, define a la confiscación como la “adquisición coactiva de los bienes de un particular por parte de un ente público, sin indemnización de ningún tipo”⁷, y Turuhpial Cariello⁸ hace énfasis en el carácter accesorio de la sanción, afirmando además que la medida recae sobre todo el patrimonio del encausado, no obstante que, como tendremos ocasión de precisar más adelante, no siempre se transmite todo el patrimonio del particular al erario público.

Ahora bien, en cuanto a la jurisprudencia emanada de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con relación a este tema, puede aludirse a la sentencia N° 710 del 27-05-2009 en la cual se indicó que “la confiscación es una medida de carácter estatal por la cual se priva a un particular de la propiedad de sus bienes sin que medie compensación alguna, pasando dichos bienes al patrimonio del erario público”. No obstante, en otra decisión, ha planteado el mencionado órgano jurisdiccional que la confiscación es “la potestad del Estado de sustraer coactivamente del patrimonio de una persona, sin indemnización alguna, la propiedad de determinados bienes en resguardo del interés general”⁹.

Observamos de la jurisprudencia citada, que acierta en cuanto a la potestad confiscatoria y sus efectos, empero, cuando se refiere a que esta medida procura el “resguardo del interés general”, habría que hacer la salvedad que

⁶ LEPERVANCHE PARPACÉN, René (1938). *Estudio sobre la confiscación*, Editorial Bolívar, Caracas, pp. 53 y 54.

⁷ BADELL MADRID, Rafael. *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela*, Talleres Gráficos de Switt Print, Caracas, 2014, p. 69.

⁸ TURUHPIAL CARIELLO, Héctor. *Teoría general y régimen jurídico del dominio público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008, p. 470.

⁹ Venezuela, SPA-TSJ, Sent. N° 165 del 06-03-2012.

al utilizarse un concepto jurídico indeterminado¹⁰, podría desdibujarse el marco de las excepciones que estableció el constituyente para la procedencia de esta medida.

Relacionado con lo anterior, es importante señalar que existen otras formas coactivas de apropiación de bienes de los particulares por parte del Estado, cuando la finalidad es la de satisfacer, garantizar o proteger un interés público, como pudiera ser la expropiación por causa de utilidad pública y social y el comiso o decomiso de bienes, si se tratara por ejemplo de materiales que pongan en riesgo la salud de los ciudadanos.

4. Características

i) *Es un modo coactivo de adquisición de la propiedad por parte del Estado*: como quiera que la transmisión de los bienes del particular hacia el patrimonio público no se ejecuta mediante la realización de un negocio jurídico bilateral como la compra venta, sino que, por el contrario, la confiscación es impuesta mediante sentencia firme, en razón de la sanción a determinados tipos penales.

Aquí es oportuno citar el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos¹¹, pues en su artículo 5, numeral 5, dispone que se consideran bienes públicos “[l]os bienes, mercancías o efectos que sean objeto de una medida de comiso firme mediante acto administrativo o sentencia definitiva y los que mediante sentencia firme o procedimiento de ley sean puestos a la orden del Tesoro Nacional”. Es indudable que esta Ley utiliza la palabra “comiso”, para referirse indistintamente tanto a la confiscación de bienes, como a la figura del comiso, instituciones que como veremos, son distintas una de la otra.

ii) *Es una pena de carácter accesorio*: por lo que conviene realizar las siguientes precisiones:

El Código Penal¹² en su artículo 11 clasifica las penas entre las principales, que son las que la ley aplica directamente al castigo del delito y las accesorias, que se corresponden con las que la ley trae como adherentes a la principal, necesaria o accidentalmente.

¹⁰ Con relación al concepto jurídico indeterminado y su control por parte de los tribunales contencioso administrativos, puede verse a ARAUJO-JUÁREZ, José. *Derecho Administrativo General. Administración Pública*, Edit. Paredes, Caracas, 2011, p. 126.

¹¹ Gaceta Oficial N° 6.155, Extraordinario, del 19-11-2014.

¹² Gaceta Oficial N° 5.768, Extraordinario, del 13-04-2005.

Con relación a esta clasificación, Arteaga Sánchez¹³, explica que el carácter de pena principal es exclusivo de las penas corporales y de las no corporales de multa, caución, de no ofender o dañar y amonestación o apercibimiento, mientras que son accesorias, exclusivamente, la interdicción civil, la inhabilitación política, la sujeción a la vigilancia de la autoridad, la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan y el pago de las costas procesales. Asimismo, agrega que “pueden imponerse como principales o accesorias, la suspensión del empleo, la destitución del empleo y la inhabilitación para el ejercicio de alguna profesión, industria o arte”.

Como puede observarse de la cita anterior, las penas corporales son siempre principales y corresponden a aquellas que la Ley dispone como castigo directo a la comisión de un hecho punible teniendo un fin aleccionador y preventivo, mientras que las penas accesorias, dentro de las cuales se encuentran la confiscación y el comiso de bienes¹⁴, pueden tener como fin el retribuir, restituir o reparar el bien jurídico afectado por la acción ilegal, como sucede por ejemplo con los bienes que son confiscados en razón de la represión de delitos contra el patrimonio público, los cuales ingresan a dicho patrimonio a restituir la disminución económica que haya ocurrido (ver artículo 50 de la Ley contra la Corrupción), aunque dicho objetivo no se logre totalmente.

iii) *Su previsión solo puede ser a través de una ley dictada por el Órgano Legislativo Nacional*: ello por cuanto la institución que se analiza, como antes se señaló, constituye una limitación al derecho de propiedad, y las limitaciones a los derechos fundamentales sólo pueden realizarse a través de instrumentos normativos de rango legal, y nunca a través de reglamentos u otros actos administrativos. Para el caso de la confiscación, así lo ha reconocido la Sala Político-Administrativa¹⁵.

Lo anterior tiene relación, además, con el denominado “principio de legalidad penal” y la reserva legal, según el cual, toda conducta considerada como delito y su correspondiente sanción penal, deben estar expresamente previstas en un texto legal, dictado por el Parlamento nacional, es decir, la tipificación de ciertas conductas como punibles debe venir rodeada de las máximas garantías “y la mayor de ellas es la de ser establecida por el propio pueblo a través de los representantes que ha elegido y por un acto con vocación

¹³ ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho Penal venezolano*, 11° ed., Ediciones Liber, Caracas, 2009, p. 571.

¹⁴ Respecto al carácter accesorio de la pena de confiscación, véase: Venezuela, SCP-TSJ, sent. N° 280 del 18-07-2017.

¹⁵ Venezuela, SPA-TSJ, sent. N° 1385 del 30-09-2009.

de estabilidad y que es fácilmente conocido por todos, como es la ley”¹⁶. Asimismo, huelga recordar que la confiscación de bienes es una medida sancionatoria que se encuentra prohibida, salvo las excepciones establecidas en el Texto Constitucional y que corresponde al legislador nacional desarrollar mediante ley igualmente nacional, sobre la base del artículo 156, numeral 32 de la Constitución vigente.

iv) *Su aplicación no produce indemnización de ningún tipo*: pues, se trata de una sanción penal de carácter accesorio que procura en algunos casos resarcir el bien jurídico que ha sido afectado o impedir que el delincuente se aproveche, aún privado de libertad, de las ventajas que le pudieran otorgar una posición económica suntuosa. De manera que, al no estar la causa de la confiscación fundada en la necesidad del Estado de satisfacer un interés social, a través de la adquisición de bienes de los particulares, la protección de la garantía prevista en el artículo 115 de la Constitución referida a la indemnización de los bienes que son afectados, resulta inaplicable, salvo en los casos de error judicial, en los términos previstos en el numeral 8 del artículo 49 eiusdem, lo cual no es el tema del presente trabajo.

v) *Su aplicación está condicionada al cumplimiento de un proceso penal previo, en el cual se la decreta mediante sentencia firme*: Así lo ha señalado la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal del país, en sentencia N° 1385 del 20-09-2009, indicando que “la comentada norma constitucional [artículo 116] condiciona la confiscación a una sentencia judicial definitivamente firme, lo cual significa que no puede ser aplicada por la autoridad aduanera mediante un simple acto administrativo”.

Este punto se torna especialmente relevante, por cuanto, aunque se infiera de todos los anteriores, nos lleva a concluir que conforme a nuestro ordenamiento jurídico, no es posible la aplicación de medidas confiscatorias por parte de autoridades administrativas, por causa de la comisión de ilícitos administrativos, aunque así haya sido previsto en algunas leyes, en clara violación del texto constitucional. Asimismo, plantea la necesidad de ubicar en el universo de instituciones jurídicas, aquellas que se correspondan con las medidas que dicta la Administración Pública, consistentes en la retención o apropiación, a veces con carácter preventivo y temporal, de bienes pertenecientes a particulares, en virtud de la comisión de infracciones administrativas, para de esa forma, dar un adecuado tratamiento y control de su legalidad y constitucionalidad.

¹⁶ Venezuela, S. Const. TSJ, sent. N° 191 del 08-04-2010.

5. Tipos

En este punto, nos referiremos al grado de la medida de confiscación que puedan ser decretadas por la autoridad judicial competente, así como aquellas que son dictadas al margen de un proceso penal previo, incluyendo casos en los cuales una medida dictada por la Administración Pública en el ejercicio de su potestad sancionatoria o impositiva, por su magnitud, deriva en “confiscaciones de hecho”.

i) *Confiscación total o parcial*: Se refiere a que la confiscación de bienes puede recaer sobre todo el patrimonio del sujeto pasivo de la sanción, o sobre una parte de sus bienes. Así, en el caso de la Ley de Drogas, el artículo 173 dispone que pueden ser confiscados los bienes, así como los efectos, productos o beneficios que provengan de la comisión de los delitos tipificados en ese instrumento normativo, de manera que, en principio, la medida no recae sobre todo el patrimonio del sujeto, por lo que se debe ser muy tuitivo a la hora de aplicar este tipo de sanciones, a los fines de evitar la desproporcionalidad de la misma.

ii) *Confiscación indirecta o de hecho*: Que acontece por actuaciones excesivas de las autoridades civiles, administrativas o militares, “cuando en la ejecución de cualquier actividad con incidencia limitativa sobre el patrimonio particular, estas excedan el objeto en vista del cual tiene habilitada la actuación y desapoderen o extingan el derecho de propiedad particular sobre un bien o bienes”, según expone Turuhpial Cariello¹⁷.

En esta clasificación se incluyen los denominados tributos o impuestos con carácter confiscatorio y las medidas sancionatorias de multa que se basan en el beneficio bruto o total percibido por la empresa infractora, en el cual se rompe con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de las sanciones administrativas, pues, se estaría lesionando el derecho de propiedad de los particulares, toda vez que esa fórmula de cálculo de la sanción podría provocar el cierre o cese de la actividad económica de la persona natural o jurídica.

Son entonces confiscaciones inconstitucionales que, en muchos casos, pueden calificarse de meras vías de hecho de la Administración, a través de las cuales ésta procura hacerse con los bienes de los particulares, sin contar con el soporte legal requerido para ello, sin seguirse los procedimientos destinados para tal fin, y aun con la observancia de éstos, cuando la medida se torna desproporcionada.

¹⁷ TURUHPIAL CARIELLO, ob. cit., p. 412.

6. Distinción con otros modos de adquisición especial o forzosa de la propiedad por parte del Estado

En ese acápite conviene mencionar que la confiscación de bienes junto con la expropiación, la nacionalización, el comiso y la requisición, entre otras, constituyen los denominados modos especiales de adquisición de la propiedad por parte del Estado, es decir, fórmulas mediante las cuales ingresan al patrimonio público bienes pertenecientes a los particulares, sin que para ello se haya recurrido al negocio jurídico natural destinado para tal fin, que es la contratación para la compra o para el suministro de bienes.

Sin embargo, conviene establecer una distinción entre cada una de las figuras antes mencionadas, a fin de evitar confusiones que son comúnmente apreciables tanto en los escritos judiciales, como en las sentencias y decisiones administrativas.

A. Distinción con la expropiación

La expropiación es la facultad que detenta el Estado para adquirir bienes de los particulares, cuando existe una causa de utilidad pública o un interés social que la motiva, siempre que se cumplan con las garantías formales de dicha institución, tales son: la existencia de causas de utilidad pública o de interés social; un procedimiento judicial determinado y el pago de una justa indemnización. Así, la expropiación se distingue de la confiscación tanto en la causa que la motiva, como en la inexistencia de indemnización en el caso de ésta última.

Brewer-Carías indica que la expropiación es “la posibilidad para el Estado de apoderarse de determinados bienes de los particulares, para determinados fines, en forma coactiva o forzosa, cuando exista alguna resistencia de parte de los particulares, en virtud de los diversos intereses que surgen con motivo de la realización de obras de utilidad pública o actividad de interés social que el Estado pretenda ejecutar”¹⁸.

Esa potestad la tienen atribuida la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, los órganos descentralizados funcionalmente e incluso los concesionarios, tal como afirma Badell Madrid¹⁹.

Con fundamento en lo anterior, podemos diferenciar a la expropiación de la confiscación de bienes, concretamente así:

¹⁸ BREWER-CARÍAS, Allan. *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen V*, EJV, Caracas, 2013, p. 432.

¹⁹ BADELL MADRID, ob. cit., p. 39.

i) La expropiación es una potestad de la Administración Pública y otros sujetos de Derecho Público o incluso concesionarios, para adquirir forzosa-mente bienes de los particulares que se requieren para la satisfacción de una necesidad general, mediando siempre un conjunto de garantías formales y una justa indemnización (acto oneroso). En cambio, la confiscación es una potestad exclusiva del Estado venezolano (en *stricto sensu*), aplicada únicamente a través de los tribunales penales, para trasladar bienes de un patrimonio hacia el erario público, sin que medie indemnización de ningún tipo (gratuidad).

ii) La causa de la expropiación es un fin de utilidad pública, la satisfacción de una necesidad pública, mediante la adquisición forzosa de bienes pertenecientes a los particulares, mientras que con la confiscación de bienes no se pretende ello, sino que la misma opera como sanción penal de carácter accesorio, aunque por vía de consecuencia resulte premiado el interés público, como ocurre, por ejemplo, cuando los bienes provenientes del enriquecimiento ilícito son restituidos o afectados a los fines, planes y proyectos de los que fueron desviado, de ser el caso.

iii) La expropiación jamás puede ser considerada ni utilizada como sanción a aplicar por la autoridad pública, en cambio, ello sí ocurre con la confiscación de bienes. Es más, si a la expropiación no la precede la justificación de razones de utilidad pública, se trataría de una actuación ilegal de ente expropiante y el decreto de expropiación estaría viciado de desviación de poder, o inclusive tratarse de una vía de hecho²⁰, lo que haría susceptible al Estado de responder patrimonialmente por la afectación ilegítima del derecho de propiedad privada de los particulares, en razón de lo establecido en el artículo 140 de la Constitución²¹.

iv) Desde el punto de vista procedimental, la expropiación debe darse cumpliendo distintas fases que involucran tanto a la Administración Pública,

²⁰ Para un estudio sobre la utilización de la expropiación como medida coercitiva de las libertades de los venezolanos puede verse: SÁNCHEZ, Samantha. *Estado actual del régimen de expropiaciones en Venezuela*. En: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2017/11/Estado-actual-del-re%CC%81gimen-de-expropiaciones-en-Venezuela-SSM.pdf>

²¹ En refuerzo de lo señalado, el artículo 8 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social dispone que: “Todo propietario a quien se prive del goce de su propiedad, sin llenar las formalidades de esta Ley, podrá ejercer todas las acciones posesorias o petitorias que correspondan, a fin de que se le mantenga en el uso, goce y disfrute de su propiedad, debiendo ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el acto ilegal”. Gaceta Oficial N° 37.475 del 01-07-2002.

como al órgano jurisdiccional (en caso de no existir el acuerdo amigable); mientras que la confiscación de bienes la decreta el juez penal al dictar la sentencia condenatoria que pone fin al proceso (sentencia definitiva).

B. Diferenciación con la nacionalización

Con relación a la nacionalización, esta acontece cuando el Estado se reserva por razones de conveniencia nacional, actividades o sectores de la economía, imponiendo tal situación la obligación de que todas las empresas privadas que operan en dicha área reservada, transfieran la propiedad de las mismas al Estado. Por tales motivos, no puede considerarse que la nacionalización de empresas constituya una expresión de la potestad confiscatoria del Estado, aunado al hecho que en el caso de la nacionalización de empresas la República debe indemnizar a los particulares por la merma sufrida en su patrimonio en virtud de una causa sobrevenida.

Sobre esta institución, Brewer-Carías, ha sostenido que se trata de “la obligatoriedad impuesta a todas las empresas que operan en ciertas áreas o sectores de la economía que el Estado se reserva por razones de conveniencia nacional, de transferirle a éste la propiedad de las mismas, mediando indemnización”²² a lo cual agrega que esta institución en Venezuela tiene fundamento constitucional en la ya señalada figura de la reserva al Estado, a tenor de lo establecido en el artículo 302 constitucional.

C. Distinción con la requisición

Respecto a la requisición de bienes muebles, esta es una medida de carácter administrativo, dictada excepcionalmente en casos de extrema urgencia, con el fin de satisfacer un interés general (satisfacción de esa situación urgente), como lo sería, por ejemplo, la seguridad de la nación en caso de conflicto bélico. En este caso, además, no se transfiere necesariamente la propiedad de los bienes requisados al Estado, y en caso de su deterioro, destrucción o imposible restitución a su titular, procede la indemnización del derecho de propiedad lesionado. Esta institución se asemeja al préstamo de uso en el derecho civil.

Al respecto, conviene citar a Parada²³, que plantea “La diferencia fundamental entre la requisa y la expropiación común es la inversión de hecho y de

²² BREWER-CARÍAS, ob. cit., p. 446.

²³ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*, 8° ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 684.

derecho de la regla del previo pago, de modo que la autoridad militar se apropia primero temporal o definitivamente de los bienes y después procede al pago de su precio o de la indemnización correspondiente". Agrega que esta figura responde a presupuestos históricos que "parecen definitivamente superados".

D. Diferencias con el comiso o decomiso

Especial atención merece el caso del comiso o decomiso de bienes, pues esta institución suele ser confundida o equiparable por sus efectos con la confiscación, cuya causa principal, según nuestro criterio, son los términos en que ha sido previsto en el artículo 33 del Código Penal venezolano (CPV), cuyo texto es del siguiente tenor:

Artículo 33. Es necesariamente accesoria a otra pena principal, la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan; y se la ejecutará así: las armas serán decomisadas de conformidad con el Capítulo I del Título V del Libro Segundo de este Código; y los demás efectos serán asimismo decomisados y rematados para adjudicar su precio al respectivo Fisco Nacional, del Estado o Municipio, según las reglas del artículo 30.

Como puede apreciarse, según el artículo antes transcrito, el comiso de bienes comprende a los medios o instrumentos con que se realizó el delito, así como al objeto y a los efectos o ganancias provenientes de aquel.

Respecto a la citada norma, Turuhpial Cariello sostiene lo siguiente:

En la interpretación de la norma precedente, [artículo 33 del CPV] debe precisarse que, se entienden por 'efectos' provenientes del delito, tanto las cosas muebles que constituyen el cuerpo del delito o los medios materiales mediante los cuales se cometió el delito, como aquellos que provienen o tienen su causa en el delito, tales como el pago o dádiva que recibe el delincuente por la ejecución del acto delictual, los cuales constituyen el objeto del decomiso²⁴.

De la anterior interpretación diferimos, ya que en nuestra opinión los medios son aquellos instrumentos de los cuales se vale el delincuente para realizar la acción antijurídica; mientras que el objeto lo constituirían las cosas sobre las cuales recae la acción (mercancías y otros bienes muebles) y los efectos, las ganancias o beneficios que generan la comisión del hecho punible, lo que puede incluir bienes muebles e inmuebles. Así, en nuestro criterio, se trata de tres categorías de bienes bien diferenciados, todos susceptibles de ser decomisados por el Estado, según el artículo 33 del CPV, tal como ocurre en Perú y España, según hemos visto.

²⁴ TURUHPIAL CARIELLO, ob. cit., p. 472.

Ahora bien, si lo anterior es así, tendríamos que concluir que en aquellos casos en que no proceda la confiscación, siempre podrá aplicarse el comiso sobre aquellos bienes que constituyan los efectos o producto del delito, sin que pueda sostenerse un argumento de inconstitucionalidad de la norma (artículo 33 del CPV), pues la garantía del derecho de propiedad privada consagrada en el artículo 115 de la Constitución no puede alegarse respecto a bienes de procedencia ilícita, es decir, aquellos que fueron generados con la realización de una actividad delictual, por ejemplo, en los casos de delincuencia organizada, legitimación de capitales o trata de personas.

El profesor Badell Madrid explica la institución del comiso de la siguiente manera:

Al igual que la confiscación, el decomiso es una figura de tipo sancionatorio, imputada contra aquellos que ha (sic) infringido disposiciones penales o administrativas, y que consiste en la adquisición coactiva de aquellos bienes que constituyen el cuerpo mismo del delito sancionado (en materia de aduana, las mercancías importadas en contrabando), y de todos los bienes que se emplearon para la comisión del delito (el medio de transporte de la mercancía).

Encontramos pues, ciertos puntos en común entre la confiscación y el decomiso: ambos son medios coactivos de adquisición de la propiedad privada, como consecuencia de algún delito cometido. La diferencia básica reside en que en la confiscación, los bienes afectados ninguna relación guardan con el delito perpetrado, que no así en el decomiso, según hemos expuesto anteriormente²⁵.

En efecto, el comiso de bienes puede darse tanto en el ámbito del Derecho Penal, supuesto ya analizado, como en el campo del Derecho Administrativo, en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio o como expresión de la actividad de limitación o de policía administrativa, todo ello previa habilitación legal. Un ejemplo de esto último son los artículos 38 y 70 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (DLOPC)²⁶.

²⁵ BADELL MADRID, ob. cit., p. 75.

²⁶ DLOPJ (Gaceta Oficial N° 40.787 del 12-11-2015), Artículo 38. "Son sanciones administrativas, aplicables en los casos determinados de infracciones, conforme a lo establecido en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, (...) 6. Comiso de los bienes objeto de la infracción o de los medios con los cuales se cometió de conformidad con lo establecido en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica (...)" Artículo 70. "Si durante la inspección o fiscalización, o en cualquier etapa, fase o grado del procedimiento, la funcionaria o el funcionario actuante detectara indicios de incumplimiento de las obligaciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, y existieren elementos que pudieran presumir que se puedan causar lesione graves o de difícil reparación a la colectividad; podrá adoptar y ejecutar en el mismo acto, medidas preventivas destinadas a impedir que se continúen quebrantando las normas que regulan la materia. Dichas medidas podrán consistir en: 1. Comiso preventivo de mercancías (...)"

En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa en sentencia N° 582 del 22-04-2003, acerca de la figura del comiso indicó que se trata de una sanción limitativa del derecho de propiedad por razones de interés público “y que puede hacerse efectiva bien con forma jurídica de sanción penal, en el campo judicial, o como sanción administrativa (policial o contravencional), pudiendo ser además, con carácter principal o accesorio”. También advirtió la citada Sala en el fallo en comentario, que éste puede ser impuesto por la Administración Pública como una medida de tipo administrativa “con fines de prevención, en virtud de la violación de disposiciones reglamentarias, o por razones de seguridad pública o interés de la colectividad”.

El comiso también puede tener una finalidad esclarecedora de los hechos, dependiendo del tipo de conducta sancionada por la Ley. Así, si los bienes decomisados no guardan ninguna relación con el hecho punible o relevancia para la investigación, o no son susceptibles de generar peligro, deben ser restituidos al patrimonio del particular. Por ejemplo, puede ocurrir que para la investigación penal de un delito informático²⁷, sea necesario el comiso de teléfonos, celulares y computadoras. Si estos objetos tienen relevancia para la investigación, continuaran en resguardo de las autoridades competentes (Policía Científica, Ministerio Público, Tribunales) hasta que se dicte sentencia. No obstante, si ningún dato de interés aportan para la investigación, deben ser devueltos a su titular o a la persona que ésta designe para su retiro.

Es por ello que el comiso de bienes no produce todos los casos la afectación de los bienes decomisados a usos públicos, es decir, tales bienes no cambian su condición jurídica de privados por el simple desapoderamiento ordenado por la autoridad competente, salvo en aquellos casos en que el legislador así lo haya previsto y lo disponga el juez o la autoridad administrativa con competencia para ello.

Sobre la base de los anteriores planteamientos, podemos señalar que el comiso y la confiscación de bienes se asemejan en que ambas son formas de adquisición forzosa de la propiedad por parte del Estado que, en principio, no generan indemnización de ningún tipo a su titular.

No obstante, existen diferencias fundamentales entre estas dos instituciones, que trataremos de sintetizar de la forma siguiente:

²⁷ La Ley Especial Contra los Delitos Informáticos (Gaceta Oficial N° 37.313 del 30-10-2001), en su artículo 29 dispone “Además de las penas principales previstas en los capítulos anteriores, se impondrán, sin perjuicio de las establecidas en el Código Penal, las accesorias siguientes: 1. El comiso de equipos, dispositivos, instrumentos, materiales, útiles, herramientas y cualquier otro objeto que hayan sido utilizados para la comisión de los delitos previstos en los artículos 10 y 19 de la presente ley”.

i) La confiscación de bienes se encuentra expresamente prohibida por el texto constitucional, el cual solo la admite dentro de un marco de excepciones igualmente expresas. No así en el caso del comiso de bienes, por lo cual este puede ser previsto por la legislación en razón del principio de libre configuración normativa²⁸, siempre en consonancia con la garantía del derecho de propiedad privada contenido en el artículo 115 *ejusdem*.

ii) La confiscación de bienes se refiere exclusivamente a los efectos o ganancias producidas por la realización de aquellos hechos punibles para los cuales la permite la Constitución (artículos 116 y 271). En cambio, el comiso de se aplica a los instrumentos, objetos y efectos del delito, según la previsión genérica del artículo 33 del CPV, y algunas leyes de naturaleza administrativa.

iii) Los efectos de la confiscación son permanentes y absolutos, mientras que los del comiso pueden ser permanentes o temporales (preventivos), de manera que, si al final de la investigación el involucrado resulta absuelto, tales bienes deben ser restituidos inmediatamente a su titular y en caso de deterioro, procederá la indemnización por el derecho de propiedad lesionado; en consecuencia, se impone revisar los términos y las condiciones en que dicha figura ha sido prevista por el legislador.

iv) La confiscación solo puede ser impuesta por un tribunal penal, mediante sentencia firme y previo a un debido proceso, mientras que el comiso puede ser decretado en sede judicial o dictado por la Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo.

v) La confiscación se dicta al final del proceso penal que determina la culpabilidad del acusado y no genera indemnización de ningún tipo. En el caso del comiso de bienes, puede aplicarse con carácter preventivo previo a la decisión judicial o administrativa correspondiente y, reiteramos, si el involucrado resulta absuelto, los bienes objeto de la medida deben serle restituidos. Si ello no es posible, procede el pago de una indemnización por el derecho de propiedad lesionado por la actuación del Estado.

vi) Algunos autores plantean que el comiso, a diferencia de la confiscación, no puede decretarse sobre bienes inmuebles; no obstante, consideramos que esta distinción no es posible de sostener a la luz de lo dispuesto en el

²⁸ Denominado también “principio de libertad de configuración del legislador”, según la Sala Constitucional. (Véase: Venezuela, S. Const-TSJ, sent. N° 189 del 08-04-2010).

artículo 33 del CPV, en razón de la regla “donde no distingue el legislador, no debe distinguir el intérprete”.

E. Diferenciación con la reversión

La figura de la reversión está íntimamente relacionada con la concesión que otorga el Estado para que los particulares puedan realizar actividades de explotación económica en áreas o sectores que previamente han sido reservados a él, y que revisten casi siempre la figura del contrato administrativo.

Por poner un ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones, según el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones²⁹, se declaran como de servicio e interés público el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios de telecomunicaciones, entre ellos radio, televisión y producción nacional audiovisual, para cuyo ejercicio se requiere la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa o concesión.

Ahora bien, la reversión concesional acontece cuando la autoridad pública, con el fin de garantizar la prestación del servicio o de las actividades desarrolladas en el área de la economía previamente reservada, al finalizar la concesión otorgada al particular, se apodera todos aquellos instrumentos, materiales o bienes que han sido utilizados para explotar la concesión, sin que ello genere indemnización para el particular que, en principio, ha aceptado esa limitación a su derecho de propiedad al momento de suscribir el acuerdo concesional.

En la doctrina patria, Brewer-Carías³⁰ lo explica así:

...precisamente en virtud de que el derecho otorgado al concesionario mediante la concesión es para realizar una actividad que ha sido previamente reservada por ley al Estado, una vez que la concesión termina, el derecho otorgado también se extingue, pudiendo el Estado, en consecuencia, decidir continuar realizando directamente la actividad reservada mediante sus órganos o entes, o proceder a otorgar una nueva concesión a un nuevo concesionario. En cualquier caso, al extinguirse la concesión, y a efectos de asegurar la continuación de las operaciones, las leyes o, en muchos casos, los contratos de concesión establecen la figura de la reversión, previendo que una vez que la concesión expire, todos los bienes adquiridos o utilizados por el concesionario para cumplir la actividad reservada que

²⁹ Venezuela, Gaceta Oficial N° 39.610 del 07-02-2011.

³⁰ BREWER-CARIAS, Allan (2015). *El régimen de la reversión en las concesiones administrativas en Venezuela, con especial referencia a las concesiones mineras*. En: Revista de Derecho Tributario, <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/art.-867.-r%C3%A9gimen-reversi%C3%B3n-concesiones-Rev-Dcho-Tribut.pdf>

fue concedida y es el objeto de la concesión, deben ser obligatoriamente transferidos al Estado, en plena propiedad, libre de toda carga, sin compensación.

De manera que, la reversión concesional en ningún caso puede ser entendida como una medida de carácter sancionatorio, ni penal ni administrativa, opera por ejecución de la propia Administración en razón del otorgamiento de una concesión para la explotación de áreas de la economía reservadas al Estado y su previsión no se encuentra limitada por el texto constitucional, todo lo cual la distingue de la confiscación de bienes.

7. Destino de los bienes objeto de la confiscación

Hasta ahora hemos venido planteando, que los bienes que son objeto de la confiscación, pasan del patrimonio del particular que es sujeto pasivo de la sanción penal, hacia el patrimonio público estatal.

Ahora bien, en el presente apartado nos proponemos abordar cuál es el destino que reciben estos bienes, una vez que ingresan a las arcas públicas, y para ello, consideramos oportuno referirnos previamente a la regulación de los bienes públicos establecida en el ordenamiento jurídico venezolano.

Así, el Código Civil en sus artículos 539, 540 y 543³¹, dispone que los bienes del Estado son de dominio público o de dominio privado. Los del dominio público pueden ser de uso público (y por lo tanto, inalienables, imprescriptibles e inembargables³²) o de uso privado por la Nación, de los Estados y los Municipios.

En cambio, los bienes de dominio privado, pueden enajenarse siguiendo el procedimiento previsto en las leyes que resulten aplicables, por ejemplo, el referido Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos, que en sus artículos 5 al 8 contiene una regulación similar a la del citado Código.

De tal manera que los bienes que ingresan al patrimonio del Estado pueden ser de dominio público (y estos a su vez de uso público o de uso privado), por lo cual serían inalienables, inembargables imprescriptibles, o del dominio

³¹ Código Civil (1982), Artículo 539. “Los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades, son del dominio público o del dominio privado (...)”. Artículo 540. “Los bienes del dominio público son de uso público o de uso privado de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades”. Artículo 543. “Los bienes del dominio público son inalienables; los del dominio privado pueden enajenarse de conformidad con las leyes que les conciernen”.

³² Así lo dispone el artículo 9 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos, en los siguientes términos: “Artículo 9. Los bienes de dominio público son imprescriptibles, inembargables e inalienables y están exentos además, de contribuciones o gravámenes nacionales, estatales y/o municipales”.

privado, caso en el cual el Estado puede enajenarlos de conformidad con las leyes aplicables al caso concreto.

Esclarecido lo anterior, podemos indicar con relación al destino de los bienes que son objeto de la confiscación, que las leyes que regulan dicha institución pueden normar el uso que debe darle la autoridad pública a tales bienes, ubicándolos dentro del dominio público o del dominio privado, es decir, puede afectarlos o no al servicio o satisfacción de un interés público, lo cual determinará el poder de disposición del Estado con relación a estos bienes.

En este sentido, expone Turuhpial Cariello que: “la afectación debe ser entendida como el acto jurídico emanado del Estado o de las personas jurídico-públicas titulares del demanio, o de un hecho jurídico material, que le reconoce o le da a un bien o categoría de ellos un destino de uso público o de utilidad pública”³³.

Así, a manera de ejemplo podemos citar a la Ley de Drogas³⁴, que en su artículo 178 consagra la posibilidad de confiscar bienes producto del delito de tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y que en el artículo 183 señala *a priori*, el destino de los bienes que sean objeto de dicha pena accesoria, a los cuales “se les destinará a los planes, programas y proyectos en materia de prevención, tratamiento, rehabilitación y reinserción social de las personas consumidoras de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como a la prevención y represión de los delitos tipificados en esta Ley”. En este caso, es evidente la afectación de estos bienes a un uso público, con las implicaciones que de ello se derivan, según lo previsto en citado artículo 9 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos.

De manera que, a los fines de determinar el destino que debe dársele a los bienes objeto de la confiscación, será necesario un estudio del texto normativo que prevea esa pena de carácter accesorio, a fin de ubicarlos dentro de la clasificación los bienes públicos que anteriormente expusimos, para determinar, además, la posibilidad de desafectarlos y eventualmente comercializarlos.

II. EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE CONFISCAR BIENES EN VENEZUELA

Tal como señaláramos al inicio de este trabajo, la propiedad privada en Venezuela se encuentra garantizada por el artículo 115 del Texto Fundamental, ahora bien, el artículo 116 *eiusdem* que prohíbe en general la confiscación

³³ TURUHPIAL CARIELLO, ob. cit., p. 299.

³⁴ Gaceta Oficial N° 39.546 del 05-11-2010.

de bienes, plantea tres excepciones para que dicha pena de carácter accesorio pueda ser aplicada por los tribunales competentes, en los siguientes términos:

Artículo 116. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

En ese mismo sentido, el artículo 271 constitucional dispone que previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes, de manera que se reitera lo señalado en la disposición *supra* transcrita.

En las siguientes páginas nos proponemos concretar el contenido de las tres excepciones señaladas por las normas previamente señaladas, a través del análisis de las normas de rango legal que las desarrollan y de la doctrina pertinente a ello.

1. Por delitos cometidos contra el patrimonio público

Para el adecuado tratamiento de esta excepción, consideramos pertinente abordar su análisis partiendo de la definición de lo que es “patrimonio público”.

En tal sentido, siguiendo a Kummerow³⁵, se puede afirmar que el patrimonio incluye el complejo de bienes materiales e inmateriales, susceptibles de quedar sometidos a las acciones de los acreedores del titular dirigidas a satisfacer sus pretensiones; debiendo advertirse que el patrimonio de una persona está conformado tanto por las acreencias, como por las deudas o pasivos.

En este orden de ideas, sostiene De Quintana³⁶ que el patrimonio es un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas que tienen como titular a un sujeto. “De esta manera el patrimonio refleja la posición del sujeto como poseedor de derechos de contenido económico (sujeto activo) y como deudor

³⁵ KUMMEROW, Gert. *Bienes y Derechos Reales*, Editorial McGraw-Hill Interamericana, Caracas, 1997, p. 22.

³⁶ DE QUINTANA URANGA, Miren. “El patrimonio público, con especial referencia a los estados financieros, balance general y estado de ganancias y pérdidas”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 126, Caracas, 2006, p. 35.

(sujeto pasivo)”. Agrega la autora que el concepto engloba los derechos y obligaciones de carácter pecuniario, o sea, valorables en dinero, o de contenido económico.

De manera que, será patrimonio público el conjunto de activos y pasivos pertenecientes o cuyo titular sea una persona de Derecho Público, siendo elementos esclarecedores de este concepto la calificación jurídica del sujeto, que determina a su vez la calificación de los bienes que integran ese patrimonio (si es un sujeto de Derecho Público, integrado a la organización pública estatal, los bienes que a él pertenezcan serán igualmente bienes públicos, aunque el dominio que ejerza sobre éstos sea distinto), y el régimen jurídico aplicable (aunque deba admitirse una interaplicación³⁷ de normas de Derecho Público y de Derecho Privado).

Con relación al patrimonio público, Bermejo Vera³⁸ destaca que “[e]n este bloque [se encuentran] las diferentes clases de propiedades públicas (demaniales, comunales, patrimoniales y Patrimonio Nacional)”. Asimismo, observa que la noción de tal concepto es impreciso “impidiendo una definición válida para los diversos tipos que se agrupan bajo ese concepto. Así, son propiedades públicas una autopista, un monte catalogado, las acciones que una Comunidad Autónoma tiene en una sociedad participada, el edificio destinado por el Ayuntamiento a oficinas públicas, etc.”.

Por su parte, Lares Martínez indica que un bien público será aquel que pertenezca al Estado o a un ente público “necesario para el público o para el funcionamiento de los servicios públicos. Son aquellos destinados al uso directo del público, o bien, al uso indirecto del mismo, por intermedio de los servicios públicos”³⁹, por ejemplo, una calle, un puente, una vía férrea o el mobiliario de oficinas públicas.

³⁷ Que BREWER-CARÍAS explica así: “En la actualidad (...) hay una interaplicación evidente de normas de derecho público y normas de derecho privado a todos los sujetos de derecho. Lo único válido, en este campo, es la constatación de que, generalmente, por la integración de los entes a la organización del Estado o por los fines de interés social que desarrollan los sujetos estatales o particulares, o al contrario, por el carácter exclusivamente particular y privado de los sujetos, habrá una preponderancia en el régimen jurídico de los mismos, de normas de derecho público o de normas de derecho privado. Solo el análisis del derecho positivo en cada caso concreto permitirá establecer el ámbito y significado de dicha preponderancia; pero ello no arrojará ninguna luz sobre la naturaleza estatal o no estatal del sujeto o sobre la forma jurídica que se haya adoptado para que actúe en la vida jurídica”. BREWER-CARÍAS Allan R. *Fundamentos de la Administración Pública*, t. I, EJV, Caracas, 1984, pp. 225 y 226.

³⁸ BERMEJO VERA, José. *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 4° ed., Edit. Civitas, Madrid, 1999, pp. 311 y 312.

³⁹ LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*, 13° ed., UCV, Caracas, 2010, p. 601.

Ahora bien, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público⁴⁰, señala en su artículo 5 a los entes que conforman el sector público, mencionando a:

1. La República.
2. Los estados.
3. Los distritos.
4. Los municipios.
5. Los institutos públicos.
6. Las Universidades Nacionales, Institutos, Colegios Universitarios Nacionales y otras instituciones públicas de educación superior.
7. Las Academias Nacionales.
8. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas antes enunciadas tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedan comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.
9. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social.
10. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos.
11. Las demás personas jurídicas estatales de derecho público.

De manera que, la primera excepción contenida en el artículo 116 de la Constitución para que proceda la confiscación de bienes, se concreta en la sanción a la comisión de delitos contra el patrimonio público, es decir, al conjunto de bienes materiales o inmateriales pertenecientes a cualquiera de las personas antes mencionadas.

En conexión con lo anterior, la Ley Orgánica de Bienes Públicos, en su artículo 5 enumera el conjunto de bienes públicos cuya propiedad corresponde a los entes antes indicados, de la siguiente manera:

⁴⁰ Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario del 30-12-2015.

1. Los bienes muebles e inmuebles, títulos valores, acciones, cuotas o participaciones en sociedades y demás derechos, de dominio público o de dominio privado, que hayan adquirido o adquieran los órganos y entes que conforman el Sector Público, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan.
2. Los bienes, mercancías o efectos, que se encuentran en el territorio de la República y que no tienen dueño.
3. Los bienes muebles e inmuebles, títulos valores, acciones, cuotas o participaciones en sociedades y demás derechos provenientes de las herencias yacentes.
4. Las mercancías que se declaren abandonadas.
5. Los bienes, mercancías o efectos que sean objeto de una medida de comiso firme mediante acto administrativo o sentencia definitiva y los que mediante sentencia firme o procedimiento de ley sean puestos a la orden del Tesoro Nacional.
6. Los bienes muebles e inmuebles pertenecientes al Estado venezolano, que se encuentren en tránsito o que estén permanentemente instalados en el país ante cuyo Gobierno estén acreditados, según las disposiciones en materia del servicio exterior.

La referida norma también contiene una clasificación entre bienes nacionales, estatales y municipales, cuyos titulares son la República, los estados, los municipios y los distritos, o los entes descentralizados creados por éstos o donde tengan participación igual o superior al 50% del capital social.

Ahora bien, la excepción se refiere a delitos cometidos contra el patrimonio público, por lo que consideramos que la noción de “daños y perjuicios” ejecutada contra tales propiedades públicas puede resultar útil, a los fines de delimitar un poco más el contenido de dicha excepción.

Así, tenemos que Melich Orsini⁴¹, con relación al daño sostiene que éste consiste en la lesión de un interés protegido por la ley, siendo los perjuicios las situaciones lesivas derivadas del daño mismo, es decir, se trata de toda “disminución o pérdida”⁴² que experimenta una persona en su patrimonio o acervo moral, sin que en principio interese si tal disminución ha sido antijurídica o no.

Aunado a lo anterior, es oportuno referir que el daño al patrimonio público puede ser causado tanto por personas naturales como jurídicas, y que en el caso de las personas físicas, puede tratarse de particulares o funcionarios o

⁴¹ MELICH ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato*, 5° ed., 1° reimpr., EJV, Caracas, 2012, p. 331.

⁴² MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio. *Curso de obligaciones. Derecho Civil II*, t. I, UCAB, Caracas, 2011, p. 149.

servidores públicos (personas bajo relación especial de dependencia estatutaria).

No obstante lo anterior, consideramos prudente comentar que en cualquiera de los casos antes indicados, el daño debe reunir los elementos que tanto la doctrina, como la jurisprudencia han señalado para que este pueda ser indemnizable; es decir, debe ser ilícito (antijuridicidad), esto es, que se trate de un daño que la persona no esté en el deber jurídico de soportar; cierto y efectivo, lo que excluye los daños eventuales; imputable, que se refiere a la posibilidad de imputar su realización a una persona o conjunto de personas determinadas; culpable, por cuanto existen causales que eximen de responsabilidad a su autor⁴³; determinable, ello es, que sea posible su cuantificación y valorable económicamente, donde se incluye, por supuesto, el daño moral causado por el acto ilícito⁴⁴.

Son esos elementos los que le permitirán al Juez penal determinar en cada caso concreto la entidad de la lesión causada al patrimonio público, y su debida indemnización, aplicando inclusive la pena de la confiscación de bienes, como medio de reparación del daño causado.

En ese sentido, afirmamos que dentro de la excepción establecida en el artículo 116 constitucional para la procedencia de la confiscación, se encuentran los daños y perjuicios ocasionados al patrimonio público tal como se dispone en el artículo 55 de la Ley contra la Corrupción⁴⁵, en la cual se erigen como un tipo penal, o en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal⁴⁶, instrumento legal en el que constituyen un supuesto de responsabilidad administrativa (que puede conllevar a la imposición de una sanción pecuniaria o a la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas), según los artículos 85 y siguientes.

⁴³ Tales causales que eximen de responsabilidad al autor del daño son: "i) la fuerza mayor: acontecimientos imprevisibles, irresistibles, inevitables, no esperables razonadamente, independientes o ajenos [al autor]; ii) el hecho de un tercero: causal que se verifica cuando el daño deriva de una persona distinta al afectado y al autor del daño. No obstante, para que el hecho del tercero opere como causa de exoneración, es necesario que éste sea la única causa del perjuicio (...). iii) la culpa de la víctima: es otra de las causales eximentes de responsabilidad, desde que en estos casos el daño se produce en razón de que el afectado no habría actuado con la diligencia de un buen padre de familia. No obstante, para que funcione como causal de exclusión será necesario que la intervención culpable de la víctima haya sido la única y exclusiva causa del daño (...)" BADELL MADRID, Rafael. *Responsabilidad del Estado en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2014, p. 139.

⁴⁴ Un análisis en extenso de estos elementos, puede ser consultado en: GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría de la reparación de daños*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1997.

⁴⁵ Gaceta Oficial N° 6.155, Extraordinario del 19-12-2014.

⁴⁶ Gaceta Oficial N° 6.013, Extraordinario del 23-12-2010.

Ahora bien, en la prenombrada Ley contra la Corrupción en su artículo 98 se prevé la potestad confiscatoria del Estado venezolano, indicándose que el Juez penal podrá ordenar según las circunstancias del caso, la confiscación de los bienes de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que incurran o sean responsables de delitos establecidos en esa ley, cuando se afecte gravemente el patrimonio público, pudiendo solicitar ante las autoridades competentes, la repatriación de capitales de ser el caso.

En ese sentido, los tipos penales previstos en dicha Ley se encuentran contenidos en los artículos 47 al 85, dentro de los cuales resaltan como supuestos de daño al patrimonio público, en los cuales el tribunal competente pudiera aplicar la sanción de confiscación atendiendo a la gravedad de la afectación: a) el peculado, b) la malversación, c) la evasión de los procedimientos de contratación pública y la concertación ilegal con contratistas, d) la concusión, e) el uso indebido de información reservada, f) el uso indebido de activos por parte de representantes o administradores, g) el pago indebido de utilidades, h) la expedición indebida de documentos públicos o administrativos, i) el manejo indebido de cuentas bancarias, j) la contratación ilegal con empresas extranjeras y k) la absolución de la instancia.

En tal sentido, queremos insistir en que la pena de confiscación procederá únicamente en los casos en los cuales quede indubitadamente comprobado en autos el daño o los perjuicios gravemente ocasionados al patrimonio público, sea cual fuere el delito por el cual se imputó y encausó al sujeto pasivo de la sanción, pues, de lo contrario, se estaría lesionando el derecho de propiedad al hacerse una interpretación indebida de la norma que habilita al Estado para sustraer bienes de un patrimonio privado para transferirlos hacia sus arcas.

Consideramos importante destacar que no solo los casos establecidos en la Ley contra la Corrupción constituyen delitos contra el patrimonio público, y por tanto, supuestos generadores de confiscación de bienes.

Siguiendo la idea de los daños y perjuicios ocasionados al patrimonio público como elementos para la concreción de la excepción a la confiscación de bienes examinada, se advierte que uno de los elementos que integran este patrimonio son las rentas obtenidas por la actividad de tributación (cobro de tributos, tasas y otros conceptos), establecidos mediante Ley. En efecto, según Belisario Villegas⁴⁷ “[l]a mayor parte de los ingresos económicos con los cuales los países no colectivistas cubren sus erogaciones provienen de las detracciones coactivas de riqueza denominadas ‘tributos’”.

⁴⁷ BELISARIO VILLEGAS, Héctor. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 8° ed., Edit. Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 77.

Sin embargo, es necesario señalar que en Venezuela, el Código Orgánico Tributario⁴⁸ que es el instrumento normativo que recoge el elenco de ilícitos y delitos tributarios, no previó expresamente la pena de confiscación de bienes. Por el contrario, de la revisión de su articulado se aprecia que solo se estableció la figura del comiso de bienes, a imponer por las autoridades tributarias, según el procedimiento administrativo aplicable al caso.

Sobre la base de lo hasta aquí narrado, se puede dejar como idea conclusiva de la excepción tratada, que el concepto de daños y perjuicios como toda disminución del patrimonio de una persona, en este caso, de Derecho Público, que reúna las características que la doctrina ha señalado para que sea resarcible, es la idea central para comprender los supuestos de hecho que, previa habilitación legal, podrían dar lugar a la imposición por parte de los tribunales de justicia de la pena de la confiscación de bienes, advirtiéndose que la Ley contra la Corrupción exige, además, que el delito haya causado un daño grave al patrimonio público.

También, podemos señalar que no necesariamente estas conductas se encuentran incluidas en una sola Ley, sino pueden estar previstas en el universo de leyes nacionales, siendo nuevamente la idea del daño al patrimonio público el principal instrumento de guía para ubicarlas, y poder apreciar si es posible el establecimiento y aplicación de la confiscación de bienes, insistimos, previa habilitación por parte del legislador nacional, toda vez que como hemos visto, aunque el Código Orgánico Tributario prevé ciertos delitos que efectivamente causan un daño al patrimonio público, no previó una norma que habilite a los jueces para la imposición de la pena de confiscación de bienes, aunque sí previó el comiso, en sede administrativa y cuya imposición compete a la Administración Pública, como previamente hemos señalado.

2. Por enriquecimiento ilícito al amparo del Poder Público

Este tipo penal consiste en el ingreso al patrimonio del funcionario de bienes o rentas que sobrepasen sus posibilidades y que no pueda justificar o probar su procedencia lícita, como sería por ejemplo, el caso las herencias, los legados, las donación, etc. Señala Villamizar Guerrero⁴⁹ que el objeto del delito lo conforman “los bienes de cualquier naturaleza (dinero, muebles e inmuebles), que se encuentren en posesión del funcionario público o de interpuestas personas sobrepasando sus posibilidades económicas”, a lo que agrega que tales bienes “además de encontrarse en posesión del funcionario

⁴⁸ Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18-11-2014.

⁴⁹ VILLAMIZAR GUERRERO, Jorge. *Los delitos contra el patrimonio público*, Talleres Gráficos de Mérida, Mérida, 1992, pp. 80 y 81.

público o de tercero interpuesto, deben haber ingresado al patrimonio del investigado durante el desempeño de su cargo”.

De manera que son elementos determinantes en el caso que aquí se analiza, que el sujeto activo de la conducta ilegal sea o haya sido funcionario o servidor público y que el origen de esos bienes desproporcionados que no puede justificar se dé con motivo del ejercicio de sus funciones o con ocasión de aquellas. Es importante señalar que la Ley contra la Corrupción no estableció el límite de tiempo hasta cuándo podría considerarse el enriquecimiento ilícito al amparo del Poder Público, como sí lo hizo la Ley de Salvaguarda del Patrimonio⁵⁰, que extendía sus efectos hasta dos años después de cesar la condición de funcionario público.

Por las razones antes mencionadas, los funcionarios y servidores públicos se encuentran en la obligación de prestar Declaración Jurada del Patrimonio, al inicio y al cese de sus funciones, bajo juramento de decir la verdad y expresando la real situación patrimonial del declarante para el momento de la declaración⁵¹, siendo este documento un elemento de convicción de gran importancia para las autoridades administrativas y judiciales, cuando se trata de la investigación de hechos relacionados con el enriquecimiento ilícito.

En este sentido, el artículo 48 de la Ley contra la Corrupción es claro cuando señala que “[i]ncurre en enriquecimiento ilícito el funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiere justificar requerido (sic) y que no constituya otro delito”. Señala la referida norma, que para la determinación de tal enriquecimiento el tribunal debe tomar en cuenta: (i) la situación patrimonial del investigado; (ii) la cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; (iii) la ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento y; (iv) las ventajas obtenidas por la ejecución de contratos con alguno de los entes indicados en el artículo 4 *ejusdem*.

Igualmente, la misma Ley dispone que pueden incurrir en enriquecimiento ilícito, aquellas personas a las cuales se hubiere exigido declaración jurada de patrimonio, de conformidad con lo previsto en el artículo 28, y también aquellas que ilegalmente obtengan algún lucro por concepto de ejecución de contratos celebrados con cualquiera de los entes u órganos indicados en el artículo 4.

⁵⁰ Gaceta Oficial N° 3.077 del 23-12-1982.

⁵¹ Véase artículo 78 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Finalmente, el instrumento normativo bajo análisis dispone que los bienes que constituyen el enriquecimiento ilícito, por el sólo hecho de la sentencia ejecutoriada, pasarán a ser propiedad de la entidad pública afectada, cuando se le produjere un perjuicio económico, sin que sea necesario que el particular haga traspaso alguno. En los demás casos, ingresarán a la Hacienda Pública Nacional, es decir, se dispone una medida confiscatoria sobre parte del patrimonio del sujeto encausado, ya que la norma se refiere a “los bienes que constituyen el enriquecimiento ilícito”, lo cual nos lleva a inferir, contrariamente a lo sostenido por algún sector de la doctrina nacional, que la confiscación de bienes no necesariamente se ejecuta sobre la totalidad del patrimonio de la persona condenada penalmente⁵².

3. Por la realización de actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes

Respecto a este tipo de sustancias, que comúnmente denominamos drogas, señala Maldonado que: “son aquellas sustancias cuyo consumo puede producir dependencia, estimulación de presión del sistema nervioso central, o que dan como resultado un trastorno en la función de juicio, del comportamiento o del ánimo de la persona”⁵³.

Evidentemente, no todo tipo de comercio de este tipo de sustancias, capaces de alterar el sistema nervioso central constituye delito, por ello, resulta necesaria la existencia de un texto normativo de rango legal, que tipifique las conductas constitutivas del tráfico ilícito de este tipo de mercancías, así como las sanciones penales, principales y accesorias a que haya lugar.

En Venezuela la Ley Orgánica de Drogas⁵⁴, es el instrumento legal que contiene las previsiones referidas a los mecanismos de control, vigilancia y fiscalización de las actividades relacionadas con los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como las sustancias químicas, precursoras y esenciales, susceptibles de ser desviadas a la fabricación ilícita de drogas. Asimismo, y como se indica en su artículo 1, en dicha ley se establecen “los delitos y penas relacionados con el tráfico ilícito de drogas, asimismo, las infracciones administrativas pertinentes y sus correspondientes sanciones (...)”.

⁵² Véanse artículos 49 y 50 de la LCC.

⁵³ MALDONADO VIVAS, Pedro. *Drogas. Delitos, posesión, consumo*, Librería J. Rincón, Barquisimeto, 2011, p. 71.

⁵⁴ Gaceta Oficial N° 39.546 del 05-11-2010.

De manera tal, que es el instrumento legal antes mencionado, en el cual se desarrolla y concreta la tercera excepción establecida en el artículo 116 constitucional, en cuanto a la procedencia de la confiscación de bienes en Venezuela.

Ese instrumento legal en su artículo 3, numeral 11, define a las drogas como “toda sustancia que introducida en el organismo por cualquier vía de administración pueda alterar de algún modo el sistema nervioso central del individuo y es además susceptible de crear dependencia”.

Ahora bien, en lo que se refiere a la confiscación de bienes, la Ley de Drogas la prevé con carácter accesorio, a recaer sobre los bienes, insumos, materias primas, maquinarias, equipos, capitales o productos y sus beneficios provenientes de los delitos cometidos por los miembros de un grupo de delincuencia organizada, así se encuentren en posesión o propiedad de interpuestas personas o de terceros sin participación en estos delitos, ya sean personas naturales o jurídicas⁵⁵.

Por su parte, en los artículos 43 y 53 previó el comiso o decomiso de bienes, para quien importe o exporte estupefacientes y sustancias psicotrópicas, puras o contenidas en especialidades farmacéuticas, en encomiendas, bultos postales o correspondencias consignadas a un banco dirigidas a almacenes de aduana, almacenes habilitados, almacenes generales de depósito, zona franca o puertos libres, fuera del marco de la ley, esto es, de sustancias prohibidas o por medios prohibidos, remitiendo a la Ley Orgánica de Aduanas, por lo que en definitiva es una expresión de la actividad de policía administrativa y de la potestad sancionatoria de la Administración Pública.

Por otra parte, en el Título VI “De los delitos y de las penas”, Capítulo I “De los Delitos cometidos por la Delincuencia Organizada y de las Penas”, Capítulo II “Delitos Comunes” y Capítulo III “Delitos Militares”, se dispone el conjunto de actividades ilícitas en materia de tráfico ilícito de drogas, las penas aplicables a cada una de éstas y el procedimiento a seguir, en sede judicial.

Así, consideramos que son supuestos generadores eventualmente de la pena de confiscación de bienes, por cuanto generan ganancias a quienes los realizan, los siguientes tipos penales:

i) *Tráfico*: Se refiere a al traslado, comercio, expendio, suministro y ocultamiento de sustancias prohibidas (art. 149 LOD).

⁵⁵ Véase artículo 19 LOD.

ii) *Fabricación y producción ilícita*: Incluye la elaboración refinación transformación, extracción, preparación, mezcla y producción de las sustancias o químicos a que se refiere la Ley (art. 150 LOD).

iii) *Tráfico ilícito de semillas, resinas y plantas*: Este tipo penal puede materializarse mediante la siembra, cultivo, cosecha, preservación, elaboración, almacenamiento, traslado, transporte, ocultamiento y distribución semillas, resinas y plantas que contengan o reproduzcan cualesquiera de las sustancias a que se refiere Ley in commento (art. 151 LOD).

iv) *Sustracción y sustitución*: Este delito consiste en la sustracción y sustitución indebida por parte de los funcionarios públicos de sustancias que se encuentran bajo su custodia, en razón de una medida de comiso o incautación de los materiales con los cuales se ha cometido uno de los delitos previstos en este cuerpo normativo, es decir, el sujeto activo detenta una posición de guardián de los elementos o sustancias de que se trate (art. 152 LOD).

v) *Desvío de sustancias químicas*: Relativo al desvío o transferencia de sustancias químicas de sus usos lícitos a fines ilícitos (art. 154 LOD).

vi) *Reetiquetamiento ilícito*: Que consiste en el cambio de etiqueta de los contendedores de las sustancias químicas señaladas en la LOD, con la finalidad de evadir los controles establecidos. En este tipo penal pueden incurrir tanto personas naturales, como jurídicas, a través de sus directores, administradores o incluso empleados (art. 155 LOD).

vii) *Operaciones con licencia o permisos revocados, suspendidos o vencidos*: Se refiere a la realización de actividades relacionadas con la importación, exportación, traslado, distribución, expendio y/o producción de las sustancias químicas que se indican en la Ley sin contar con la documentación emitida por el órgano rector en regla (art. 156 LOD).

viii) *Corretaje ilícito*: Referido a quien realiza actividades de corretaje sin estar debidamente inscrito o habilitado como corredor ante el Registro Nacional Único de Operadores de Sustancias Químicas Controladas (art. 157 LOD).

ix) *Alteración de la composición en la mezcla no controlada*: Que consiste en la alteración de las proporciones inicialmente determinadas de las sustancias químicas que componen la mezcla, por parte de quien haya obtenido la licencia de operador químico y el certificado de mezcla no controlada (art. 159 LOD).

De la lista supra señalada, hemos excluido algunos tipos penales establecidos en la LOD, pues consideramos que no se encuadran dentro de la excepción revisada, por ejemplo, los delitos de “instigación” (art. 162) y la “contaminación de aguas, líquidos o víveres” (art. 169).

Como idea conclusiva de este apartado podemos indicar, al hilo de lo expuesto, que no todos los supuestos previstos en los instrumentos legales que desarrollan las excepciones a la prohibición de confiscación de bienes en Venezuela según los artículos 116 y 271 constitucionales, habilitan al órgano jurisdiccional para proceder a la aplicación de esta pena de carácter accesorio. Es decir, aunque se trate de la comisión de delitos contra el patrimonio público, enriquecimiento ilícito o tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, es necesario que el texto legal que desarrolle el tipo penal y la sanción, prevea expresamente la imposición de la confiscación. En caso contrario, aunque admitida su procedencia por la Norma Suprema, la ausencia de previsión legal hace imposible su aplicación.

4. Leyes que prevén la pena de la confiscación de bienes en Venezuela

Una vez concretados los supuestos de procedencia para la confiscación de bienes en Venezuela y los principales instrumentos legales que los desarrollan, encontramos en nuestro ordenamiento jurídico un conjunto de leyes que prevén esta pena de carácter accesorio, lo cual amerita un análisis a la luz del Texto Constitucional, para evaluar su constitucionalidad o no. Así tenemos:

A. Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo⁵⁶

Según el artículo 1 de esta ley, su objeto y finalidad es prevenir, investigar, perseguir, tipificar y sancionar los delitos relacionados con la delincuencia organizada y el financiamiento al terrorismo, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y los Tratados Internacionales relacionados con la materia, suscritos y ratificados por la República.

Ahora bien, la citada Ley faculta al juez penal para que imponga la confiscación de los bienes productos de los delitos tipificados por ésta, “de acuerdo a la naturaleza del hecho cometido, su gravedad, las consecuencias para la empresa y la necesidad de prevenir la comisión de hechos punibles por parte de éstas”⁵⁷.

Igualmente, el artículo 55 de la LCDOFT dispone que una vez firme la sentencia condenatoria, los bienes objeto de la confiscación se les destinará a los planes, programas y proyectos en materia de prevención y represión de

⁵⁶ Gaceta Oficial N° 39.912 del 30-04-2012.

⁵⁷ Véase artículo 32 de la LCDOFT.

los delitos tipificados en esta Ley. En caso de sentencia absolutoria firme, los bienes incautados preventivamente serán restituidos a sus legítimos propietarios.

Ahora bien, resulta necesario precisar que la mayoría de los delitos previstos en la LCDOFT no se corresponden con las tres excepciones establecidas constitucionalmente para que proceda la confiscación de bienes, de allí que estimemos que su previsión en general, resulta contraria a la Constitución.

Efectivamente, si se revisa el contenido del artículo 86 de la LCDOFT, se observará que el Estado venezolano podrá adoptar medidas confiscatorias en casos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como de los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados para tales fines, lo cual es perfectamente cónsono con el artículo 116 de la Constitución Nacional.

Empero, el escenario es distinto cuando la LCDOFT admite la confiscación para la represión de todos los delitos previstos en dicha ley, tales como el tráfico y comercio ilícito de recursos o materiales estratégicos (art. 34), el sicariato (art. 44) o la “obstrucción de la libertad de comercio” (art. 50). Como es fácil advertir, ninguno de estos tipos penales es posible de subsumir dentro de los supuestos de excepción a la prohibición de confiscar bienes que prevé el artículo 116 constitucional, y de allí que estimemos la inconstitucionalidad de la norma.

No obstante, debemos advertir la Ley que se examina dispone un Capítulo destinado a la regulación de la cooperación internacional a los fines de lograr eficientemente la prevención, control y represión de los delitos relacionados con la delincuencia organizada y que el artículo 86 indica que el Estado venezolano en atención a la cooperación internacional, adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso o la confiscación del producto derivado de los delitos tipificados en esa Ley, así como los materiales, equipos u otros instrumentos utilizados o destinados para la comisión de esos hechos punibles.

En razón de lo anterior, el juez penal venezolano se encontrará con la labor de analizar e interpretar el ordenamiento jurídico que se invoque por la autoridad requirente, a fin de aplicar armónicamente las normas de Derecho Público, en consonancia con la Constitución venezolana, máxime si se toma en cuenta que muchos de los delitos tipificados por la LCDOFT están vinculados a la violación de derechos humanos y que el artículo 23 de nuestro Pacto Fundamental señala que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía consti-

tucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

B. Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos⁵⁸

Dispone el artículo 36 de esta Ley lo que sigue:

Artículo 36. Los bienes provenientes de la comisión de los delitos establecidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley serán objeto de confiscación, cuando dichos delitos involucren divisas autorizadas o liquidadas a través de los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas provenientes del patrimonio público, lo cual deberá declarar el juez o la jueza en la respectiva sentencia condenatoria, indicando específicamente los bienes sobre los cuales recaiga.

Ahora bien, ese instrumento normativo sancionaba con pena de privación de la libertad los siguientes delitos: a) presentación de documentación falsa; b) adquisición de divisas mediante engaño; c) uso de tipo de cambio no oficial; d) desviación del uso de las divisas; e) difusión del tipo de cambio no oficial; y f) promoción o incitación a cometer esos ilícitos cambiarios, los cuales estimamos, sólo pudieran haber dado lugar a la imposición de confiscación de bienes, en los casos en que su comisión hubiere generado un daño al patrimonio público del Estado Venezolano, ya que, en caso contrario, su aplicación habría resultado inconstitucional.

No obstante, es conveniente resaltar que la Asamblea Nacional Constituyente dictó en fecha 02-08-2018 el Decreto Constituyente Derogatorio del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.452 de esa misma fecha, a través del cual se derogó el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Ilícitos Cambiarios, el artículo 138 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela en lo que concierne exclusivamente al ilícito referido a la actividad de negociación y comercio de divisas en el país “y todas aquellas disposiciones normativas en cuanto colidan con lo establecido en [ese] Decreto Constituyente”, aun así, hemos considerado oportuno incluirlo en el análisis, en virtud de los serios cuestionamientos sobre la legitimidad de la convocatoria, conformación y funcionamiento

⁵⁸ Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario del 30-12-2015.

de dicho cuerpo colegiado, y las “leyes” que hasta el momento ha promulgado⁵⁹.

C. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos⁶⁰

Este Decreto Ley se dicta en el marco de la fuerte intervención del Estado en la economía del país. A través de ella se procura, según dispone su artículo 1, establecer las normas para la determinación de precios de bienes y servicios, los márgenes de ganancia, los mecanismos de comercialización, y los controles que se deben ejercer para garantizar el acceso de las personas a bienes y servicios a precios justos, que conlleven a la satisfacción de sus necesidades en condiciones de justicia y equidad, con el fin de proteger los ingresos de los ciudadanos, y muy especialmente, el salario de los trabajadores.

Ahora bien, la Ley *sub examine* señala en su artículo 45 que la Administración Pública podrá proceder a la confiscación de bienes como medida sancionatoria por la comisión de los ilícitos administrativos en ella previstos.

La norma previamente citada, estimamos que resulta inconstitucional, pues otorga a la Administración Pública en su actividad de policía o de control del mercado, una sanción que solo puede ser aplicada por los tribunales de justicia, previa sustanciación de un proceso penal y en el marco establecido por el artículo 116 del Texto Constitucional, opinión que encuentra sustento en la doctrina nacional, entre otros, en el estudio elaborado por Alfonso Paradisi⁶¹ sobre este instrumento legal.

Igualmente, el artículo 56 de la Ley in commento plantea la posibilidad de imponer la confiscación de bienes en el caso de delitos económicos como el boicot, acaparamiento, especulación, contrabando de extracción, usura, cartelización u otros delitos conexos cuando estos “procuren la desestabilización de la economía; de la paz y atenten contra la seguridad de la Nación”, norma

⁵⁹ Al respecto, véanse los análisis de BREWER-CARÍAS, Allan R. *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria*. En: <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/07/ESTUDIOS-SOBRE-LA-AN-CONSTITUYENTE-25-7-2017.pdf> HERNÁNDEZ, José Ignacio: *¿Qué perpetró la ilegítima constituyente al asumir las funciones de la Asamblea Nacional?* En: <http://puntodecorte.com/jose-ignacio-hernandez-la-ilegitima-constituyente-al-assumir-funciones-la-an/> y RAFFALLI, Juan Manuel. *La ilegítima e inconstitucional Constituyente convocada por Maduro*. En: <http://historico.prodavinci.com/2017/05/02/actualidad/la-ilegitima-e-inconstitucional-constituyente-convocada-por-maduro-por-juan-manuel-raffalli/>

⁶⁰ Gaceta Oficial N° 40.787 del 12-11-2015.

⁶¹ ALFONZO PARADISI, Juan Domingo. “El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. La limitación del margen de ganancia sobre la estructura de costos”. En: *Análisis Jurídico y Financiero del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos y de la Normativa Complementaria*, FUNEDA, 2014, p. 51.

que a nuestro juicio también resulta inconstitucional, ya que, como puede apreciarse, ninguno de los tipos penales antes mencionados encuadran dentro de las excepciones admitidas por la Constitución en su artículo 116, aunado al grado de inseguridad jurídica que genera la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como “desestabilización de la economía” o “alteración de la paz”

D. Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones⁶²

Según el artículo 1 de esta Ley, su objeto es normar, regular y fiscalizar el porte, tenencia, posesión, uso, registro, fabricación, comercialización, abastecimiento, almacenamiento, registro, importación, exportación, tránsito y transporte de todo tipo de armas, municiones, accesorios, partes y componentes; así como tipificar y sancionar los hechos ilícitos que se deriven de esta materia; para de esta forma impedir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego y municiones en el territorio nacional.

Ahora bien, el artículo 8 de la LDCAM dispone que es la Fuerza Armada Nacional a través de las instancias designadas por ella, quien tendrá la competencia exclusiva para autorizar la fabricación, importación, exportación y comercialización de armas de todo tipo, así como para otorgar, suspender y revocar los permisos de porte, tenencia, traslado, transporte, depósito, almacenamiento y dotación de armas de fuego y municiones en todo el territorio nacional, de acuerdo con las normas establecidas en la citada Ley y su Reglamento. Asimismo, detenta la competencia para “las actividades de registro, control, fiscalización, confiscación y destrucción de las armas de fuego y municiones que se encuentren dentro del territorio de la República”.

Por su parte, el artículo 92 señala que “Las armas de guerra que se introduzcan, fabriquen o que estén en el territorio de la República, son propiedad de la Nación y serán confiscadas o recuperadas, cuando así lo determine la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, quedando éstas a su disposición”.

De las normas antes transcritas se infiere, que la Fuerza Armada Nacional Bolivariana está habilitada para el comiso y la confiscación de armas en Venezuela conforme a los procedimientos establecidos en esa Ley, es decir, se otorga una potestad confiscatoria a la Administración Militar, aun cuando hemos indicado a lo largo de la presente investigación, que esta pena solo puede ser impuesta por los tribunales competentes.

Sin embargo, debe recordarse que por disposición expresa del artículo 324 de la Constitución, sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra, y

⁶² Gaceta Oficial N° 40.190 del 17-06-2013.

todas las que existan, se fabriquen o introduzcan en el país, pasarán a ser propiedad de la República sin indemnización ni proceso.

Igualmente, dispone la norma constitucional in commento, que la Fuerza Armada Nacional será la institución competente para reglamentar y controlar, de acuerdo con la ley respectiva la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de otras armas, municiones y explosivos.

De manera que, para el caso de las armas de guerra que fabriquen o introduzcan en el país personas no autorizadas por el Estado venezolano, lo que aplica es un verdadero comiso de bienes, pues se trataría de la adquisición forzosa y legítima de los bienes involucrados en la acción antijurídica; todo ello fundamentado, además, en la seguridad y defensa de la nación y de los ciudadanos venezolanos.

Respecto al control del uso y posesión de otras armas, municiones y explosivos en manos de los particulares, sin contar para ello con los permisos o autorizaciones emitidas por las autoridades competentes, consideramos que la LDCAM ha debido disponer igualmente el comiso de éstas, por cuanto constituirían el objeto mismo del delito o falta administrativa, y no la confiscación de éstas en manos de la Administración Pública, pues al plantearlo así, se generan dudas acerca de la constitucionalidad de estas normas.

E. Ley Penal del Ambiente⁶³

Esta Ley tiene por objeto tipificar como delito los hechos atentatorios contra los recursos naturales y el ambiente e imponer las sanciones penales respectivas. Asimismo, determina las medidas precautelativas, de restitución y de reparación a que haya lugar y las disposiciones de carácter procesal derivadas de la especificidad de los asuntos ambientales, en concordancia con el artículo 127 constitucional, que impone el deber al Estado de proteger el ambiente, la biodiversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y demás áreas de especial importancia ecológica.

En este sentido, en su artículo 11 la LPA dispone que el Juez penal podrá imponer el “comiso” de “los equipos, instrumentos, substancias u objetos con los cuales se hubiere cometido el hecho punible y los efectos que de él pro vengan, a no ser que pertenezcan a un tercero ajeno al hecho”, de lo que se infiere que la norma asimila la confiscación al comiso de bienes, pues no solo

⁶³ Gaceta Oficial N° 39.913 del 02-05-2012.

abarca los instrumentos con los cuales se hubiere cometido el delito, sino la ganancia obtenida de ellos.

Establecido lo anterior, es de destacar que varios de los tipos penales dispuestos en la LPA son conductas que pueden conllevar a un daño grave al patrimonio público, como lo es por ejemplo la degradación alteración, deterioro y demás acciones capaces de causar daños a las aguas, la degradación de los suelos, la extracción ilegal de minerales no metálicos y la propagación culposa de incendios⁶⁴, los cuales pueden ser enmarcados dentro de la primera de las excepciones establecidas por el Constituyente para la aplicación de la confiscación en Venezuela.

De manera que es el Juez penal quien deberá fundamentar en su sentencia la aplicación de esta pena de carácter accesorio, y su consonancia con el Texto Constitucional, ya que la LPA igualmente contiene tipos penales que no están relacionados con lo establecido en el artículo 116 constitucional, tal es el caso de la “Transacción ilícita de guías de circulación” tipificado en el artículo 70 de la LPA.

CONCLUSIONES

Una vez realizado el análisis correspondiente sobre el tema de la confiscación de bienes en Venezuela, institución que interesa al Derecho Administrativo por cuanto se constituye en una de las formas de adquisición especial o forzosa de la propiedad por parte del Estado, podemos plantear como ideas conclusivas las siguientes:

i) Junto con la expropiación, la nacionalización, la requisición, el comiso y la reversión, la confiscación es una forma de ingreso de bienes de los particulares, hacia el patrimonio público, sin que para ello exista el negocio jurídico bilateral por excelencia para la transmisión de bienes y servicios, es decir, la contratación, en este caso pública, de allí que se les considere a estas instituciones “formas coercitivas de adquisición de la propiedad privada”, por parte de la autoridad pública.

ii) La confiscación se distingue de la expropiación en virtud de su naturaleza jurídica, ya que se trata de una sanción penal de carácter accesorio, mientras que la expropiación jamás puede ser considerada una medida sancionatoria; además, se diferencian en razón de la causa que las motiva, la autoridad competente que las decreta y el procedimiento aplicable a cada una de ellas. En el caso del comiso, la diferencia fundamental es que la confiscación recae sobre los bienes muebles e inmuebles producto de la comisión de

⁶⁴ Véase el artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza Ley Orgánica de Bienes Públicos.

determinados hechos punibles, mientras que el comiso solo afecta a los bienes muebles que han sido utilizados para la realización del acto ilícito. Asimismo, hemos resaltado diferencias de la institución objeto de este trabajo con el resto de las instituciones enunciadas anteriormente.

iii) La confiscación al ser una pena de carácter accesorio, con efectos ablativos y absolutos sobre el derecho de propiedad del sujeto sancionado penalmente, es una expresión del poder jurisdiccional del Estado, ejercida a través de los tribunales de justicia, proceso penal con todas las garantías consagradas en el artículo 49 constitucional. En consecuencia, esta institución no puede ser aplicada por la Administración Pública en el ejercicio de su potestad sancionatoria. Ello se fundamenta, además, con el establecimiento de un Estado Social, de Derecho y de Justicia, donde la propiedad privada se encuentra plenamente garantizada por el Texto Fundamental.

iv) Si bien la institución objeto de estudio se encuentra prohibida por el artículo 116 constitucional, dicha norma también dispone tres excepciones para su procedencia, tales son, por delitos cometidos contra el patrimonio público; por enriquecimiento ilícito al amparo del Poder Público y por el tráfico ilícito con sustancias estupefacientes y psicotrópicas, que se encuentran desarrolladas esencialmente en dos leyes nacionales: la Ley contra la Corrupción y la Ley de Drogas. Sin embargo, debe concluirse que el desarrollo de esas excepciones pueden encontrarse en diversos textos normativos de rango legal (por cuanto constituyen una limitación de un derecho humano y por lo tanto no pueden ser desarrolladas por vía reglamentaria), tal como ocurre, por ejemplo, con las previsiones de la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, relacionadas con el tráfico ilícito de drogas. Por lo tanto, es determinante contrastar la norma que prevea la confiscación, con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución, para determinar su encuadramiento o no en los supuestos excepcionales allí contenidos.

v) Con relación al destino de los bienes objeto de la confiscación, en algunos casos la Ley dispone que éstos deben destinarse a la prevención, control y represión de los delitos que han generado tales productos, como ocurre por ejemplo con la Ley Orgánica de Drogas; en otros casos, éstos deberán ingresar al patrimonio público con la finalidad de restituir el daño causado (delitos contra el patrimonio público). Ello es importante de tener en cuenta, toda vez que determina de qué forma puede el ente público respectivo disponer de dichos bienes, dependiendo de si son bienes del dominio público de uso público (por tanto inalienables, imprescriptibles e inembargables) o bienes de dominio privado.

vi) Con relación al desarrollo legislativo de la confiscación en Venezuela, observamos que algunas leyes la disponen para la represión de delitos que no

son posibles de encuadrar dentro del marco excepcional establecido por el artículo 116 constitucional, como ocurre, por ejemplo, con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos, la cual, inclusive, la prevé en sede administrativa. En cuanto a la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, consideramos que su previsión para la lucha contra el tráfico ilícito de drogas a nivel nacional e internacional es perfectamente constitucional, no así para el caso de otros hechos delictuales, escenario similar al que presenta la Ley Penal del Ambiente.

vii) Finalmente, consideramos que en una futura reforma constitucional, deberían incluirse como supuestos generadores de confiscación de bienes, tipos penales como la legitimación de capitales, violación de derechos humanos y daños graves causados intencionalmente al ambiente por las empresas, por cuanto estas conductas atentan contra el sano desarrollo del país y generan grandes ganancias para sus autores.

