

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

16

Estudios

Libertad de expresión vs. derecho al honor de niños, niñas y adolescentes. Caso: Calma Pueblo
Jonás E. Aponte A.

Régimen legal de las Empresas del Estado venezolano y aplicabilidad de las leyes administrativas
venezolanas a las Empresas del Estado constituidas en el extranjero
José Rafael Belandria García

El reparo como forma de determinación de la responsabilidad civil del funcionario público
Alejandro Canónico Sarabia

Breves antecedentes históricos de la delegación legislativa en Europa, América Latina
y especialmente en Venezuela
Nélida Peña Colmenares

Expropiación de marca. Breve reseña de algunos de los casos más emblemáticos
Samantha Sánchez Miralles

Acto administrativo electrónico y nuevas tecnologías, ¿evolución o disrupción?
Pablo Schiavi

Las ponencias de Farías Mata en la Corte Suprema de Justicia en
Sala Político-Administrativa (1986-1990)
Gabriel Sira Santana

El contencioso administrativo de la responsabilidad patrimonial extracontractual
de la Administración Pública en Venezuela
Jackelyn Sosa

The complex overlap between administrative and criminal law:
some policy considerations and AML regulations
Jesús A. Villegas-Ruiz

La buena Administración y el procedimiento de determinación de responsabilidad
administrativa de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República
y del Sistema Nacional de Control Fiscal
Jessica Vivas Roso

Actualidad

El vencimiento del mandato presidencial como causal de falta absoluta
Angélica Calzadilla Rodríguez y Edison Lucio Varela Cáceres

Estadísticas no publicadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia
venezolano: argumentos para discutir sobre la legitimidad de la Corte venezolana
José Ángel Cornielles Hernández

El derecho de acceso a los servicios públicos, el Estado fallido y la responsabilidad
de la Administración. El caso de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela
José Ignacio Hernández G.

Septiembre - diciembre 2018

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

Nº 16 septiembre - diciembre 2018



© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
© Universidad Monteávila

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público
de la Universidad Monteávila

Final Av. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte,
Caracas, Venezuela

Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80

Fax (0212) 232-56-23

RIF J-30647247-9

www.uma.edu.ve

www.redav.com.ve

Hecho el Depósito de ley

Depósito legal ppi201302DC4673

ISSN: 2542-3169

Caracas, 2020

Esta publicación no puede ser reproducida en todo o en parte,
salvo permiso escrito de los autores.

REVISTA ELECTRÓNICA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO
Publicación cuatrimestral

Consejo de Redacción

José Ignacio Hernández G.
Director

Carlos Reverón Boulton
Subdirector

Miembros del Consejo de Redacción

Antonio Silva
Claudia Nikken
Cosimina Pellegrino
Daniela Urosa Maggi
Flavia Pesci-Feltri
José Valentín González
Fabiola Tavares

“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”.

Federico Urbano
Exposición de Derecho administrativo venezolano
1910

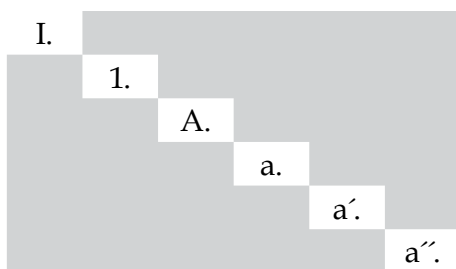
Normas de publicación

Las colaboraciones serán solicitadas por el Consejo de Redacción o serán recibidas por éste, para su evaluación a los efectos de su publicación, a las siguientes direcciones de correo electrónico: info@redav.com.ve. Las colaboraciones, solicitadas o recibidas, deben ser inéditas. REDAV no está en la obligación de publicar la colaboración solicitada o recibida. Los autores que publican colaboraciones en REDAV ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así como el derecho de explotar y usar la colaboración para posteriores publicaciones. Si el autor decide publicar su colaboración posteriormente, debe comunicarlo a REDAV.

Las colaboraciones recibidas, bien sea porque hayan sido solicitadas por REDAV, o porque hayan sido recibidas sin haber sido solicitadas, serán sometidas al arbitraje de dos miembros del Consejo de Redacción, quienes no conocerán la identidad del autor de la colaboración sometida a arbitraje. Si el dictamen de los dos miembros del Consejo de Redacción no coincidiera, se someterá al dictamen de un tercer miembro del Consejo de Redacción.

En todo caso, las colaboraciones deben cumplir con las siguientes políticas editoriales:

1. Deben presentarse a espacio y medio, en letra *Times New Roman*, 12, en hoja tamaño carta. Si el trabajo ha de ser publicado en la sección “estudios”, la extensión no debe sobrepasar las cuarenta cuartillas. Si ha de ser publicado en la sección “actualidad”, la extensión no debe sobrepasar las veinte cuartillas.
2. Utilizar los siguientes tipos para la división del texto según la jerarquía de sus partes:



3. Las notas bibliográficas deben ajustarse a las siguientes reglas. Para libros: nombre y apellidos del autor o compilador, en el caso que sea obra colectiva; título del libro (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número de la (s) página (s) citada (s). Para revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor; título del trabajo (entre comillas); nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número (s) de la (s) página (s) citada (s). Todas las notas bibliográficas deben realizarse al pie de la página correspondiente.
4. Antes del texto de la colaboración debe colocarse en un solo párrafo un resumen de la colaboración, en idiomas español e inglés, junto con cinco palabras claves, en idiomas español e inglés.
5. En texto aparte de la colaboración, deben señalarse todos los datos necesarios para ubicar al autor, además de un breve resumen de su información académica y profesional.

ESTUDIOS

Jonás E. Aponte A., *Libertad de expresión vs. derecho al honor de niños, niñas y adolescentes. Caso: Calma Pueblo.*

José Rafael Belandria García, *Régimen legal de las Empresas del Estado venezolano y aplicabilidad de las leyes administrativas venezolanas a las Empresas del Estado constituidas en el extranjero.*

Alejandro Canónico Sarabia, *El reparo como forma de determinación de la responsabilidad civil del funcionario público.*

Nélida Peña Colmenares, *Breves antecedentes históricos de la delegación legislativa en Europa, América Latina y especialmente en Venezuela.*

Samantha Sánchez Miralles, *Expropiación de marca. Breve reseña de algunos de los casos más emblemáticos.*

Pablo Schiavi, *Acto administrativo electrónico y nuevas tecnologías, ¿evolución o disrupción?*

Gabriel Sira Santana, *Las ponencias de Farías Mata en la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (1986-1990).*

Jackelyn Sosa, *El contencioso administrativo de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública en Venezuela.*

Jesús A. Villegas-Ruiz, *The complex overlap between administrative and criminal law: some policy considerations and AML regulations.*

Jessica Vivas Roso, *La buena Administración y el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa de la Ley Orgá-*

nica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

ACTUALIDAD

Angélica Calzadilla Rodríguez y Edison Lucio Varela Cáceres, *El vencimiento del mandato presidencial como causal de falta absoluta.*

José Ángel Cornielles Hernández, *Estadísticas no publicadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano: argumentos para discutir sobre la legitimidad de la Corte venezolana.*

José Ignacio Hernández G., *El derecho de acceso a los servicios públicos, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración. El caso de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela.*

ESTUDIOS

LIBERTAD DE EXPRESIÓN VS. DERECHO AL HONOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. CASO: CALMA PUEBLO

Jonás E. Aponte A.

Profesor de Armonización Tributaria en la ENAHP – IUT

Resumen: Con el presente trabajo pretendemos abordar la censura del programa radial Calma Pueblo, producto del comentario realizado por una de sus presentadoras hacia un niño de siete (7) años que, a criterio de la Administración, pudo haber vulnerado su derecho al honor. Las disertaciones de este trabajo giraron alrededor del derecho a la libertad de expresión como derecho fundamental y que garantiza los pilares democráticos de toda sociedad libre, y cómo a partir de la desviación de poder fueron censuradas voces de libertad.

Palabras clave: Calma Pueblo. Verónica Gómez. Libertad de expresión. Derecho al honor. Servicio público.

Summary: With this work, we intend to address the censorship of the Calma Pueblo radio program, as a result of the comment made by one of its presenters to a seven (7) year old boy who, at the discretion of the Administration, may have violated his right to honor. The dissertations of this work revolved around the right to freedom of expression as a fundamental right and that guarantees the democratic pillars of any free society, and how from the deviation of power voices of freedom were censored.

Key words: Calma Pueblo. Verónica Gómez. Freedom of expression. Right to honor. Public service.

Recibido: 9 de agosto de 2019 Aceptado: 15 de enero de 2020

SUMARIO

Prolegómeno

- I. De la conversación
 - II. Del derecho al honor del niño
 - III. Del derecho de libertad de expresión
 - IV. Violación del debido proceso
- Recapitulación

PROLEGÓMENO

La crítica y el reclamo como valores inefables e ineludibles en cualquier sociedad democrática han sido enucleados en la censura en la era marcada por el socialismo del siglo XXI. Las políticas totalizantes hacen de los individuos cada día más ciudadanos ciervos. Personas que temen pensar porque tienen miedo de hacerlo; personas que no expresan sus ideas, porque apostan han logrado que carezcan de ellas; personas que sirven y obedecen, porque es lo que le han inficionado mentalmente y que, lamentablemente, han sido absorbidas en la vorágine de la censura y control antes que la libertad.

La era chavista ha provocado que las nuevas generaciones desconozcan cuáles son los pilares sobre los cuales se erige una sociedad libre y democrática y que, incluso, algunos ya no tan jóvenes hayan paulatinamente borrado aquellas líneas maestras. Esta situación provoca que la censura a medios de comunicación se vea normal y cotidiana, las expropiaciones se aprecien como prácticas comunes por parte del Estado, que resulte plausible condenar a prisión a comerciantes que tienen bajo buen recaudo su mercancía, acusándolos de acaparadores, que la especulación sea una noción contraria al comercio y que las elecciones sean el único baluarte de la democracia.

El cierre de medios de comunicación, así como la censura que viven los comunicadores sociales es realmente alarmante;

pero más preocupa que la sociedad, en situaciones muy específicas, aún no termine por reconocer la importancia de la libertad de expresión como derecho fundamental y que, para poder limitar legítimamente ese derecho, tales expresiones deben ser capaces de provocar una hecatombe social. Tácticas cismáticas del gobierno chavista han provocado que algunos comentarios o expresiones resulten mal vistos por la comunidad y, a partir de allí, procurar justificar el cierre o cesión de espacios televisivos, radiales o electrónicos¹. Pero, lo que hace el régimen en el fondo es legitimar su actuación ilegal y además censurar la libertad de expresión *ex nunc*.

Un hecho ocurrido hace aproximadamente dos (2) años me convocan, aunque tardíamente, a escribir estas breves y humildes líneas: el cierre impuesto por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) al programa radial “Calma Pueblo” transmitido en la estación radial La Mega, por un comentario que hizo una de sus presentadoras en contra de un niño de siete (7) años, al llamarlo gay luego de que éste expresara su preferencia deportiva por el jugador de fútbol Cristiano Ronaldo. La salida al aire se produjo al día siguiente,

1 En similares términos se han pronunciado Herrera y Matheus, en el sentido que: “Periódicos cerrados y desempleo para trabajadores de la prensa es la consecuencia directa más visible del chantaje político ejercido desde el Gobierno hacia la prensa no alineada con sus intereses. Pero otros flagelos intangibles como la censura, la autocensura y la censura previa, entre los dueños de medios y los periodistas, para no caer en el radar de las represalias gubernamentales, erosionan de forma más peligrosa y determinante el libre ejercicio del periodismo y la libertad de prensa en Venezuela. Las nuevas generaciones de periodistas, no solo están emigrando, sino que se están formando en un campo laboral deprimido y signado por el control estatal. Muchos periodistas no conocen otra forma de trabajar que no sea bajo la amenaza de sanciones internas o externas al medio, como resultado de investigaciones o denuncias periodísticas que afecten los intereses del Gobierno y sus relacionados”. Cfr. Herrera O., Luis A. y Matheus H., Mayerlin, “Las inmunidades del poder contra las libertades de expresión e información: propuestas para el restablecimiento pleno de la libertad informativa en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (REDAV) N° 8, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2016, p. 192.

por vulnerar, presuntamente, la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos.

Dichas expresiones han hecho que la opinión pública se divida en dos (2) grandes segmentos: por un lado, están los que apoyan la medida de cierre patrocinada por CONATEL y, por el otro lado, quienes la consideran abusiva y desproporcionada. En todo caso, algunas personas parecen estar conteste en lo adocenado del comentario y que se pudo, en el marco de la fustigante censura que sufren los medios de comunicación, haberse evitado. Preocupa, igualmente, que existan personas que aplaudan el cierre de un programa radial, sin advertir que con ello se mutila a la libertad de expresión, principal bastión de la democracia. Al mismo tiempo, el comentario genera otro gran debate: ¿cuándo es admisible vituperar expresiones, manifestaciones o ideas amparadas por la libertad de expresión?, o dicho de otro modo: ¿cualquier colisión con otro derecho de igual o superior rango permiten la censura absoluta de ésta?

El honor, derecho que pudo haber sido conculcado por el comentario de la presentadora es difícil de contornear, precisamente, por las valoraciones sociales, culturales, políticas y económicas que sobre el mismo orbitan; adicionalmente, los verbos rectores que motorizan la vulneración de ese derecho no pueden apreciarse objetivamente, por cuanto, irrefragablemente, siempre existirá el elemento subjetivo, lo que lo hace altamente relativo. Adicionalmente, existe una nueva sensibilidad alrededor del honor la cual ha sido erigida por una serie de fallos judiciales en el siempre espinoso ámbito de la colisión entre los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión y los derechos fundamentales de la personalidad, del honor, a la intimidad y a la imagen y que, por desgracia, se manifiestan en una mayor preocupación por la protección de estos últimos en detrimento de aquellos².

2 De Verda y Beamonte, José Ramón, "Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamen-

Es preciso advertir de forma preliminar, antes, claro está, de poner mi posición sobre el tapete, que en este programa desde sus inicios se mostró una posición política adversa al chavismo. Entre juegos, chácharas y canciones, todas en clave de humor, exponían su animadversión a algunos de los adalides y capitostes del gobierno, situación que siempre los mantenía en el ojo de huracán. Llegaron a tener más de cincuenta (50) anunciantes, un número bastante elevado considerando el hecho que el programa se transmitía en la radio y que, durante esos años, se vivieron las peores crisis económicas y políticas en el país.

La realidad es que el Estado a través de CONATEL tenía intenciones de cerrar el programa radial, pero, por muy difícil que parezca demostrarlo, debía darle cierta legitimidad y moralidad a su actuación, de manera que la tropelía que estaba por cometer no formara parte de las miles de denuncias de censura que hasta ese momento se le imputaban³. Su misión

tales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución* N° 29, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.29.10>, p. 390.

- 3 Bastante expresivo es el informe levantado por Espacio Público, en el que señala que para el año 2017: “se documentaron 708 casos que sumaron 1002 denuncias de violaciones al derecho humano a la libertad de expresión. Estos datos son los más altos desde el año 2002 y muestran un deterioro sustantivo de las garantías de este derecho en Venezuela. Los 708 casos en los que se vulnera el derecho a la libre expresión en su mayoría corresponden al uso de la violencia física, la intimidación y ataques no solo a trabajadores de la prensa, sino también contra ciudadanos que buscaban registrar los hechos que sucedían al momento. Entre los patrones de violaciones más frecuentes están: detenciones, impedimento de cobertura, robo de equipos, destrucción de material, desalojo de espacios o instituciones públicas; agresiones contra periodistas, reporteros gráficos o infoc Ciudadanos por registrar hechos o difundir información; y ataques contra sedes o equipos de medios de comunicación, la mayoría de estos durante protestas de calle. El año 2017 cerró con la salida del aire de ocho canales de televisión, 54 emisoras, y 17 medios impresos que dejaron de circular por falta de papel prensa, seis de ellos indefinidamente”. Disponible en: <http://espaciopublico.org/informe-anual-2017/#.XUsZ9-hKjIU>.

era, como buen cazador, estar silente, sigiloso y vigilante de su presa, ser centinela de opiniones y esperar el mejor momento para dar el zarpazo. Su actuación lejos de ser legal, legítima y justa, albergaba uno de los más nefandos vicios de la actuación administrativa: el vicio de desviación de poder⁴.

La desviación de poder implica que la autoridad administrativa que se sirve del poder que le ha sido conferido, lo emplea para obtener un fin distinto de aquel buscado por la ley, soslayando la finalidad de ésta, los servicios públicos y los principios que la informan⁵. En apariencia el acto puede ser legal, pero entraña sentimientos, pasiones y rencores en contra del afectado que lo enervan teleológicamente. En forma, este vicio no se aprecia *prima facie* pero la felonía de su contenido es evidente.

4 Un excelente estudio sobre el exceso de poder fue realizado por el Catedrático Lorenzo Martín Retortillo-Baquer, en el que magistralmente, con su refinada pluma, dibujó un excursus histórico de dicho vicio, de todas sus variaciones y de los crisoles que lo acompañan, entre ellos, el de la desviación de poder, especialmente confeccionado por la jurisprudencia y legislaciones de Francia e Italia. Para este autor la desviación de poder se da en aquellos supuestos en que, faltando el fin que motoriza la actividad administrativa y la causalidad que esta expresión lleva consigo, el acto está inspirado en un interés personal del agente que lo emana, ya sea de carácter patrimonial, de venganza o de diversidad del pensamiento político. En tal sentido, expone Martín Retortillo, que: “[l]a desviación de poder existirá, por lo tanto, siempre que se olvide la primera característica que matiza su propia teleología, es decir, el carácter público de la misma”. Cfr. Retortillo-Baquer, Lorenzo Martín, “El exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *Revista de administración pública* N° 23, Civitas, Madrid, 1957, p. 120. En Venezuela Carlos García Soto ha dado algunos pincelazos sobre el origen de la desviación de poder en Venezuela y cómo se produjo su regulación constitucional. Cfr. García S., Carlos, “‘Incluso por desviación de poder’. Notas acerca de los orígenes de una parte de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativo”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)* N° 3, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2014.

5 Corte Federal de 28 de septiembre de 1954.

Así las cosas, para fines metodológicos del presente ensayo, es oportuno transcribir la conversación mantenida entre Manuel Silva (presentador) Verónica Gómez (presentadora) y Alejandro [niño de siete (7) años], de manera que en el contexto de la conversación sea valorado agudamente el comentario realizado, para luego disertar someramente de lo que ha debido hacer CONATEL si pretendía cerrar el programa y de los derechos constitucionales que se vulneraron, entre ellos la libertad de expresión y el debido proceso. Por tal motivo, una vez transcritos los extractos de la conversación serán puntualizados los errores que a nuestro criterio fueron cometidos en este caso, que ponen de rodillas los derechos fundamentales arriba señalados.

I. DE LA CONVERSACIÓN

Verónica: Ale, te quiero hacer una pregunta ¿tú estás yendo al colegio en carro, o cómo está yendo al [colegio]?

Manuel Silva: ¿O en limosina?

Alejandro: en carro.

Verónica: ¿Y tu mamá consiguió gasolina? Porque dicen que no hay gasolina en Margarita ¿Esto es verdad Alejandro?

Alejandro: sí.

Verónica: ¿hay colas horribles para poner gasolina?

Alejandro: Ujum. [Sonido hecho con la boca, significa sí].

Verónica: Alejandro, ¿Y qué te parece a ti eso viniendo de un país petrolero?

Alejandro: no sé.

Verónica: ah perfecto.

Manuel: ah muy bien. Tú eres un niño muy inteligente, porque cuando alguien no sabe algo uno dice: no sé; no inventa porque inventar queda peor. Te quería hacer una pregunta, Alejandro: -¿Qué llevas de desayuno?

Alejandro: tequeños.

Verónica: uff pero niño tan increíble.

Manuel: mamá y papá fueron para un matrimonio este fin de semana, miren por favor, padres...

Verónica: este es el primer día, mañana le mandan una arepa envuelta en servilletas.

Manuel: tequeños recalentados después de una boda no es una buena idea, por favor, padres.

Verónica: ¿Cuál es tu desayuno favorito para llevar al colegio?

(...*Omissis*...)

Verónica: ¿Qué?

Manuel: ¿Cómo? ¿Cualquiera dijiste? Entendí cualquiera.

Verónica: mira Ale, quiero hacerte una pregunta: ¿Cuándo seas grande quieres tener bigotes?

Manuel: ¿Que si quieres tener bigotes cuando seas grande?

Alejandro: sí.

Verónica: Ahh como Maduro, muy bien. [Se refiere a Nicolás Maduro].

Manuel: como Manuel.

Verónica: ahh como Manuel.

Manuel: dale buenas imágenes al niño.

Verónica: mira ehh, Alejandro, ¿Cuál es tu postura política? ¿Tú eres opositor o eres oficialista?

Manuel: deja al niño Verónica, coye vale, ahí está.

Verónica: está pensando, está bien.

Manuel: está pensando... no... que mami y papi le dice que no participe.

Verónica: así es la democracia.

Manuel: Alejandro, mira.

Alejandro: opositor.

Verónica: opositor, dijo, muy bien, Alejandro.

Manuel: tu materia favorita va a ser la última pregunta, me cuentas porqué te gusta.

Alejandro: no puedo escuchar.

Verónica: perdió la audición el niño... alooo...

Alejandro: ahora sí.

Manuel: ok, estaba pasando por un túnel. ¿Cuál es tu materia favorita que te gusta a ti mucho?

Alejandro: hacer deportes.

Verónica: hacer deportes.

Manuel: ¿Cuál es tu favorito?

Alejandro: fútbol.

Manuel: muy bien, que fino.

Verónica: **¿y quieres ser como Messi o como Ronaldo?**

Alejandro: **Ronaldo.**

Verónica: **ahh, gay... bueno...**

Manuel: la mujer está alcohólica.

Verónica: Ale, te amo, Dios te bendiga.

Manuel: Dios te bendiga Alejandro; saludos a tu mamá, a tu papá a los dos en la casa y a todos los niños de Margarita.

Manuel: totalmente, totalmente, porque tendría que tener al niño disfrazado para ir al colegio.

Verónica: **ahhh, el niño gay que quiere ser como Ronaldo; vamos a sacarle las cejitas... vamos a sacarle las cejitas...**

Manuel: en todo caso metrosexual.

II. DEL DERECHO AL HONOR DEL NIÑO

Como puede apreciarse, hubo dos (2) comentarios realizados por la presentadora que pudieron haber afectado el honor de un niño: el primero, llamarlo gay por tener preferencias por Cristiano Ronaldo, y el segundo, decir que en virtud de ello le sacarían las cejas. Ernesto Villegas⁶, importante personero del Gobierno, en su programa de televisión “Toma nota Venezuela” transmitido en Venezolana de Televisión, al tiempo que criticó los comentarios en el que se aludía gay al niño también reprochó que lo hubieran increpado para conocer su posición política.

El derecho al honor está protegido constitucionalmente, el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a tal respecto, dispone que:

Artículo 60. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

Asimismo, la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente (LOPNA), en su artículo 65, establece que:

Artículo 65. Derecho al Honor, Reputación, Propia Imagen, Vida Privada e Intimidad Familiar. Todos los niños y adolescentes tienen derecho al honor, reputación y propia imagen. Asimismo, tienen derecho a la vida privada e intimidad de la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales.

Parágrafo Primero: Se prohíbe exponer o divulgar, a través de cualquier medio, la imagen de los niños y adolescentes contra su voluntad o la de sus padres, representantes o responsables. Asimismo, se prohíbe exponer o divulgar datos, imágenes o informaciones, a través de cualquier

6 <https://www.youtube.com/watch?v=GzUnAiXiBYI&t=189s>

medio, que lesionen el honor o la reputación de los niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.

Parágrafo Segundo: Está prohibido exponer o divulgar, por cualquier medio, datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente, a los niños y adolescentes que hayan sido sujetos activos o pasivos de hechos punibles, salvo autorización judicial fundada en razones de seguridad u orden público.

La protección del honor es ostensible tanto legal como constitucionalmente; empero, como buen enunciado normativo, no se define la conducta que se quiere resguardar. Sin embargo, la LOPNA consagra un elenco de situaciones, conductas y acciones que deben evitarse para no torpedear este derecho, entre las cuales tenemos: *i)* no divulgar imágenes, datos e información de niños sin el consentimiento de sus padres; y *ii)* se prohíbe exponer información que permita la identificación de niños que estén sometidos o hayan sido sometidos a un proceso judicial.

Aunque autores como Risso, contrario a lo que podría pensarse, aducen que el honor tiene dos (2) áreas bastante nítidas: *i)* el derecho al propio decoro⁷. Ello comporta que a nadie se le imponga la ejecución de actos, hechos u omisiones que lo disminuyan; y *ii)* la protección frente a intromisiones injustas. No obstante ello, al mismo tiempo señala que es difícil lograr pautas para la determinación de cuándo un acto lesiona ese derecho, siendo necesario el estudio de cada caso particular, toda vez que estaría compuesto de dos (2) elementos: *i)* de una valoración estrictamente subjetiva, toda vez que para un

7 Risso F., Martín J., "Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2002, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3561/3327>, p. 279.

sujeto algo puede ser decoroso y para otro no serlo y; ii) valoración media de la colectividad, ya que incide en la cuestión el hecho de que cierto acto sea socialmente considerado indecoroso, teniendo en cuenta que estas apreciaciones se modifican con el tiempo y en cada sociedad en particular⁸.

Con el propósito de explicitar lo anterior, señala Risso, a guisa de ejemplo, que a una persona se le imputa ser partidaria o afín a grupos o prácticas terroristas y admitiendo que tal práctica viola los cánones medios en cuanto a lo que se corresponde con un comportamiento honroso, habría que preguntarse, desde el plano subjetivo, si el individuo es terrorista o afín al terrorismo, porque si fuese afín, no habría problema, pero, si la imputación es falsa sí habrá lesión al honor del sujeto⁹.

Sin embargo, en España este ejemplo tuvo un desenlace diferente. Un acreditado periodista radiofónico al informar sobre una reunión del presidente en funciones de la Generalidad de Cataluña en Perpiñán, afirmó que el partido político ERC “está lleno de pistoleros sin arrepentir”, llamando “terrorista” a uno de los dirigentes de dicho partido. El Tribunal Constitucional absolvió al periodista y la cadena en la que trabajaba, pronunciándose en los siguientes términos:

Es cierto que tales expresiones se sitúan en los límites de lo admisible por su marcado carácter hiriente y desmesurado, pero las manifestaciones realizadas en los programas radiofónicos examinados se encuentran amparadas por la libertad de expresión, por cuanto que se enmarcan en un debate nítidamente público y de notorio interés, fueron pronunciadas por un periodista y se referían a la actividad de dirigentes políticos en cuanto tales, lo que amplía los límites de la crítica permisible, por tratarse de un debate de relevante inte-

8 *Ibidem*, p. 280.

9 *Ídem*.

rés general, lo que comporta un riesgo de que los derechos subjetivos de personas públicas puedan resultar afectados por dichas opiniones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática¹⁰.

Ahora bien, el caso planteado en el programa radial Calma Pueblo presenta varias aristas que hacen que la valoración resulte más compleja, fundamentalmente porque la libertad de expresión no protege de la misma forma a las personas que dentro de sus actividades manifiesten críticas y desavenencias hacia el Gobierno de aquellos que emitan comentarios contra personas que no formen parte de la esfera pública. Pero si bien la libertad de expresión enfrenta una posición compleja en situaciones como la planteada, siempre deberá existir un proceso de valoración del comentario que garantice que el mismo haya sido analizado pasado por un tamiz social, económico y político y, sin duda alguna, más importante aún, de su resonancia *a posteriori*.

Entre las tasaciones que han debido hacerse en el presente caso, tenemos las siguientes:

La primera, los comentarios fueron proferidos en contra de un niño. Esta situación genera en la colectividad un inmediato sentimiento de rechazo, es decir, la media de los individuos deplorará el contenido de las palabras incluso en los casos que no resulten ofensivas, siempre verán en ellas una afrenta colectiva. Si hay un niño presente en medio de los comentarios, las condiciones que rodean y recubren el caso no serán analizadas de la misma forma que a una persona adulta, tampoco a profundidad ni en todas sus dimensiones; el discurso se

10 De Verda y Beamonte, José Ramón, "Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?", *op. cit.*, pp. 407-408.

paseará en una cuestionable singularidad, en una desoladora preterición del fondo por la forma.

La segunda, habría que preguntarse: ¿constituye la palabra gay una injuria? hoy por hoy está muy de moda eso de lo políticamente correcto a los efectos de resguardar y proteger algunos derechos e integridad de ciertas minorías; no es posible llamar negro a alguien sin que de inmediato se activen organizaciones y grupos de protección. Delitos como el de homofobia se han aprobado, aunque cuestionablemente en algunas latitudes¹¹, en virtud de la presión generada por organizaciones LGTB. Pero, cómo podemos decir que en Venezuela decirle gay a alguien resulte un oprobio sin al mismo tiempo negar los considerables avances en cuanto al reconocimiento de los derechos de estas comunidades.

Es una línea muy delgada la que separa reconocer a la comunidad gay de negarla. Si decimos que llamar gay a alguien es ofensivo, al mismo tiempo diremos que ser gay es una aberración o abominación y con ello se echa por borda todas las reivindicaciones que por años se vienen luchando.

Incluso, en Venezuela la palabra gay forma parte de nuestra jerga, tan común como pana o chamo. Decirle gay a alguien no representa una ofensa, por el contrario, actualmente es proferida en *animus jocandi*. Claro, si la misma viene acompañada con epítetos descalificativos, despectivos e hirientes, y que tenga por objeto generar rechazo, violencia, paroxismo social, la situación cambia y deja de estar protegido por la libertad de expresión. Pero, como se indicó en el punto *primero*, el hecho que un niño esté en medio de la broma hace que se aflore una

11 En Brasil el Tribunal Supremo del país decidió que los actos de homofobia y transfobia serán considerados delitos y tendrán el mismo trato penal que el racismo -con penas de hasta cinco años de prisión- hasta que el Congreso legisle sobre ese asunto. Cfr. Oliveira, Joana, "El Supremo de Brasil tipifica la homofobia como delito", disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/06/14/actualidad/1560496365_764572.html, [consultado el 26 de julio de 2018].

mayor sensibilidad, en busca, claro está, de propender a su protección.

El artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, establece que:

(...*Omissis*...)

4. Se sancionará al prestador de servicios de radio, televisión, difusión por suscripción, en los casos que le sea aplicable, con multa desde el tres por ciento (3%) hasta el cuatro por ciento (4%) de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal, inmediatamente anterior a aquel en el cual se cometió la infracción, cuando:

(...*Omissis*...)

u. Difunda mensajes discriminatorios, especialmente aquellos donde los niños, niñas y adolescentes sean objeto de burla, ridículo o desprecio.

Si se leen o escuchan con detenimiento los comentarios realizados por la presentadora advertiremos que los mismos no tienen por objeto discriminar a nadie, fue una broma mal dirigida, o dirigida a la persona incorrecta. La otra pregunta que debemos formularnos es: ¿era justa la medida de cierre del programa radial por un comentario de ese tipo? La respuesta es no. Lo que priva en este caso es una censura interpuesta, es decir, CONATEL justificó el cierre del programa por un hecho, cuestionable desde el plano moral, pero que en realidad iba dirigido a censurar sus siempre vitriólicos comentarios en contra de las políticas del gobierno, quedando en evidencia el vicio de desviación de poder.

Ahora bien, tampoco era legal el cierre. Si apreciamos la norma, de demostrarse que efectivamente se quebrantó la Ley, la sanción ha debido ser pecuniaria, con multa desde el tres

por ciento (3%) hasta el cuatro por ciento (4%) de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal. Pero, habrá quienes aún piensen que la medida está ajustada a derecho y justa. El problema, como ya se precisó, es la inoculación del gen chavista que logró borrar o desdibujar al menos las líneas de las libertades y de los derechos fundamentales¹².

El derecho que evidentemente resultó lesionado es la libertad de expresión, porque pese a que el comentario pudo haber resultado hiriente para el niño y los familiares, que no lo fue, no es capaz de provocar paroxismo social, arengado a la multitud a odiar a la comunidad LGTB. Por el contrario, la medida sacó del aire un programa que le era contrario al Gobierno y, al igual que otros muchos medios, programas y canales resultó completamente censurado.

La censura contra el programa radial no devino en razón del comentario de Verónica Gómez contra el niño, éste fue el hecho empleado solapadamente para colocarlos en el patíbulo de la ignorancia y que, sin saberlo, estaban emitiendo sus últimos estertores. Los Derechos fundamentales como la libertad de expresión y el debido proceso fueron evidentemente lesionados. Entender qué es la libertad de expresión, así como los mecanismos que emplea el Estado para censurarla es imprescindible a los fines de apreciar la magnitud del problema, para ello, explicaremos tales nociones, así como el concepto de servicio público y la evidente vía de hecho producida en desmedro de aquélla.

12 La neolengua y la propaganda chavista han impregnado todo el sistema social, educativo y económico a través de un impresionante aparato propagandista del gobierno. Un importante estudio sobre dicha problemática puede leerse en: Canova G., Antonio, Leañez A., et. al., *La Neolengua del Poder en Venezuela*, Editorial Galipán, Caracas, 2015.

III. DEL DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Concepto y formulación constitucional

La libertad de expresión es uno de los principales derechos civiles de la ciudadanía, que consagrado en el artículo 57 de la Constitución, reza lo siguiente:

Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.

Este derecho es ante todo una libertad que, conforme al concepto general, en especial, la negativa, constituye un límite frente al poder de quienes lo ejercen legítimamente. Bajo ese prisma, se suma el derecho a la libertad de expresión. Indica Díez-Picazo que suele señalarse, citando los criterios establecidos en la STC 6/1981, 20/1990, 85/1992, que el valor protegido por la libertad de expresión e información es la existencia de una opinión pública, la cual es, a su vez, una condición necesaria para el correcto funcionamiento de la democracia, excediendo por ello, del ámbito político¹³.

Así, la libertad de expresión está al servicio de la sociedad la cual no puede ser condicionada por los gobernantes y,

13 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Segunda Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 320.

por ello, opera primariamente frente a los poderes públicos, no existiendo un obstáculo oponible entre los propios particulares, especialmente cuando coliden con otros derechos fundamentales, (honor, intimidad y libertad de empresa)¹⁴.

- 14 A tenor del desarrollo producido de la libertad de expresión, Santiago Sánchez realiza un exhaustivo estudio que valdría la pena reseñar. En primer lugar, se refirió a la obra *Aeropagítica. Un discurso del señor Milton a favor de la libertad de imprenta* dirigido al Parlamento de Inglaterra, y escrito por John Milton en 1644. Este es el primer alegato moderno a favor de la libertad de expresión y en contra del absolutismo, que imponía fuertes controles para la presa, incluso, exigía un permiso oportuno para publicar un libro, siendo considerado como un apologeta de la libertad de expresión y, básicamente, contra la censura previa y otras limitaciones administrativas. En segundo lugar, otra obra de gran significación teórica es la de John Stuart Mill (1859) "Sobre la Libertad" que, en atención a dicho tópico, manifestó lo siguiente: "[h]emos reconocido la necesidad de la libertad de opinión y de la libertad [con] base a cuatro fundamentos que pasamos a resumir. Primero, una opinión reducida al silencio puede ser verdad. Negarlo es asumir nuestra infalibilidad. En segundo lugar, aunque la opinión censurada sea un error, puede contener algo de cierto. Tercero, aun en el caso de que la opinión general sea no sólo verdadera, sino toda la verdad, se tendrá como una suerte de prejuicios con escasa comprensión de sus fundamentos racionales a menos que sea constatada de manera seria y enérgica. Y cuarto, de convertirse en un dogma, se traduciría en un obstáculo e impediría el desenvolvimiento de otras convicciones". (Interpolados nuestros). En tercer lugar, la noción de libre mercado de ideas o en su voz inglesa "*marketplace of ideas*" también contribuyó al fortalecimiento de la libertad de expresión, hecha pública por uno de los grandes miembros del Tribunal Supremo norteamericano, el Juez Oliver Wendell Holmes cuyas ideas derivan directamente de Mill. En cuarto lugar, otra tesis interesante es la expuesta por el Juez Brandeis en la sentencia *Whitney v. California* en 1927, que con brillantez expuso varias razones en apoyo de la práctica de la libertad de expresión, cuya idea central se basa en que aquélla facilita: "el desarrollo y la felicidad del individuo, el hecho de constituir un medio para descubrir la verdad política, su naturaleza de instrumento de la democracia y su condición de factor de estabilidad político-social". En quinto lugar, Alexander Meiklejohn en su obra *The First Amendment Is an Absolute, The Supreme Court Review* propuso una tesis prácticamente aplicable sólo a la Constitución Norteamericana, indicando entre otras cosas, que la primera enmienda no protege la libertad de expresión, ampara aquellas actividades del pensamiento y de la comunicación mediante los cuales nos gobernamos. En sexto lugar, Robert Bork en su obra *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, acogiendo parte de la tesis propuesta por Meiklejohn, indicó que la expresión protegida es la referida al comportamiento gubernamental, la política, referida a como somos gobernados y no cubre, por tanto, el discurso científico, educacional, comercial o literario. En sép-

Stuart Mill realizó un conjunto de observaciones relativas a las limitaciones del poder del gobernante y, especialmente, contra la mayoría representada por el pueblo o la mayoría de éste, a quien veía con cierto celo pudiendo constituir una tiranía de la mayoría¹⁵. En ese sentido, indicó que no bastan sólo límites contra la tiranía de los magistrados, sino se necesitan límites contra la tiranía de la opinión prevaleciente; por ende, concluyó que algunas reglas de conducta deben, pues “*imponer en primer lugar, la Ley y después, la opinión, para muchas cosas a las cuales no puede alcanzar la acción de la Ley*”.

En ese sentido, el desarrollo de la libertad de expresión como derivación de la voz libertad, en general, se perfiló, igualmente, como una forma de limitar el poder, y lo que en principio habría supuesto una emanación *ius natural* del pueblo se tradujo en el poder de emitir sus opiniones sin obstáculos e interferencias en todo su recorrido. La exigencia de libertad de expresión derivó, posteriormente, en ciertas aristas fundamentales que no protegían cualquier tipo de opiniones, sino aquellas que implicaran situaciones políticas o públicas, ello supuso que las demás opiniones no sólo no quedaran garan-

timo lugar, en las sentencias del Tribunal Supremo Norteamericano tales como *Pickering V. Board of Education*, se estableció que el valor nuclear de la cláusula de la libertad de expresión de la Primera Enmienda es: “*el interés público en tener un debate libre y sin trabas sobre materias de importancia pública*”; o en el caso *New York Times v. Sullivan*: “*la libertad de debatir sobre asuntos públicos y cargos públicos es incuestionablemente, tal y como el Tribunal lo dispone hoy, el tipo de expresión que debe mantenerse en el área de la libre discusión a tenor con el diseño originario de la Primera Enmienda*”. Y por último, vale la pena indicar lo que Thomas I. Emerson, en su obra *The System of Freedom of Expression*, señala al respecto, para quien la libertad de expresión está integrada por un conjunto de derechos que van desde el derecho a formarse y poseer sus propias creencias y comunicarlas hasta los derechos de reunión y asociación. En ese sentido, la libertad de expresión representa un medio para la realización personal; sirve para incrementar el conocimiento y descubrir la verdad a través de la exposición y discusión de las ideas; es un requisito esencial para el normal desenvolvimiento del proceso democrático. Sánchez González, Santiago, *La Libertad de Expresión*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992.

15 Mill, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2011, p. 62.

tizadas por el manto de la libertad de expresión, sino que, al mismo tiempo, podrían ser castigadas en la medida que contuvieran aspectos difamatorios o atentatorios contra la moral o dignidad de la persona.

2. La libertad de expresión. Un derecho fundamental

Lo teoría de los derechos fundamentales, como sistema que interconecta ciertos elementos para proteger y garantizar los derechos de libertad frente a posibles no sólo arbitrariedades sino intromisiones e interferencias del Estado, es de raigambre liberal, comporta ello que una vez alterado los patrones o estructuras imperantes en el absolutismo, poder concentrado en una persona, el rey, sería la Constitución y especialmente la Ley, la que establecía la composición social, la estructura orgánica del Estado, definiendo las atribuciones y competencias de éste.

Los derechos fundamentales (*grundrechte*), tal y como señala Carlos Bernal Pulido al prologar la obra de Robert Alexy, representan los derechos más importantes del individuo, protegidos por la Constitución y oponibles frente al Estado¹⁶. Por lo pronto, en un Estado constitucional democrático, se reconocen ciertos elementos: *i*) dignidad humana; *ii*) supremacía constitucional; *iii*) principio de Estado de derecho, social y democrático; y *iv*) jurisdicción constitucional, situándose los derechos fundamentales en el centro de este sistema integrado.

Estos derechos se caracterizan por un núcleo de certeza o un halo de incertidumbre, y la concepción predominante del contenido de los mismos no traza una neta distinción entre lo incluido y lo excluido, sino que tiende a verlos bajo la ambigüedad prevista entre el núcleo de certeza y halo de incer-

16 Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Prólogo: Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 20.

tidumbre, lo cual tiene contornos difusos y abarca todas las situaciones potencialmente cubiertas por el valor o bien jurídico proclamado.

Para Prieto Sanchís, los derechos operan como principios, vale decir, como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas o epistemológicas existentes, tal y como sugiere Alexy, lo cual implica que no pueden ser delimitados al modo de reglas, esto es, según criterios de jerarquías o especialidad y, si ello es así, resultaría un equívoco, por ende, completamente ilusorio pensar que a partir de la delimitación de los derechos fundamentales, plena o parcialmente, que pueda realizar la Constitución las intervenciones tendrían que ser menos vigorosas. Pero en todo caso, para Sanchís:

(...) se trata de limitaciones concebidas al modo de los principios: orden público y libertad religiosa, honor y libertad de expresión, son binomios que encierran una colisión a resolver con las herramientas de la ponderación; el derecho y su límite constitucional son principios «abiertos» que comparten sus condiciones de aplicación y que, por tanto, concurren de modo simultáneo: decidir que una determinada conducta forma parte del contenido del derecho o se incluye en la esfera de su límite requiere reformular aquellas condiciones, «cerrando» lo que en el plano de los enunciados constitucionales permanece abierto.

Ante la indeterminación de los enunciados debe tomarse en cuenta que existe un núcleo que lo reviste de contenido esencial, que muy a pesar de ese halo de incertidumbre que caracterizan los derechos fundamentales no puede ser interferido por el legislador, precisamente, porque al hacerlo, lo estarían vaciando de contenido. Así, por ejemplo, Díez-Picazo, manifiesta que si se sostiene que la libertad de expresión cubre sólo las opiniones de naturaleza política, resulta fácil sostener que las restricciones legislativas sólo son constitucionalmente

admisibles en casos extremos, vale decir, si hay riesgo claro de un inminente desorden público, “*ya que la mayoría de los supuestos problemáticos (publicidad comercial, pornografía) han quedado de antemano excluidos del contenido del derecho*”¹⁷.

A. Limitación de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales están dispuestos para proteger y garantizar ciertos derechos asociados a la libertad y a los derechos políticos. Constituyen una barrera frente aquellas personas que detentan legítimamente cargos políticos, lo que supone que en principio la única limitación admisible a los derechos fundamentales es frente a las actuaciones de aquellos.

En similares términos, y sólo en cuanto a la ilimitación de los derechos fundamentales, se pronunció el Tribunal Constitucional Español, en sentencia N° STC 2/1982, al indicar que “*no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución (...)*”.

La limitación de los derechos fundamentales, en los supuestos que determinada actividad afecte el orden público, con amplios grados de generalidad, justificarían el establecimiento de un régimen jurídico especial, pero siempre atendiendo al principio de reserva legal, lo cual posibilitaría, marginalmente y con una importante conciencia liberal y democrática, la imposición de condiciones o restricciones al ejercicio de las mismas por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras razones de interés social¹⁸.

17 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 107.

18 En similares términos véase: Sala Constitucional, sentencia N° 1092 de fecha 13 de julio de 2011, caso: *Corporación Industrial Class Light C.A. y otro*.

En efecto, el Tribunal de Luxemburgo en sentencia N° STJCE del 14 de mayo de 1974, señaló que los derechos fundamentales reconocidos no son de carácter absoluto, sino que deben ser valorados en relación a la función social; en consecuencia, pueden imponerse restricciones a su ejercicio, pues son derechos que lejos de parecer prerrogativas absolutas, deben considerarse a la vista de la función social y de los bienes y actividades protegidas.

La libertad de expresión no es absoluta, como es lógico pensar, y podrá limitarse sólo en tres (3) situaciones básicamente: *i)* necesidad social; *ii)* interés social imperativo; y *iii)* orden público. Sin embargo, las limitaciones a cada derecho responderán a la categoría en la que estos se encuentren, a su composición normativa o estructura jerárquica, a su radio de acción o lo que pretende proteger, para de ese modo poder establecer el rango, dimensión o la intensidad con la cual puede ser limitado un derecho fundamental.

*B. La protección de la libertad de expresión
frente a comentarios hirientes*

En sentencia N° 1942, de fecha 15 de julio de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, expresa que la severidad de la crítica periodística ha sido admitida en el sentido que:

Las expresiones y mensajes que buscan que las personas públicas, señaladas en ambas normas, cumplan con sus deberes legales no pueden ser consideradas ni ofensivas ni irrespetuosas, así el lenguaje utilizado sea duro; pero el ataque personal denigrante dirigido contra las personas que la norma señala, y que por sus cargos conforman la cúpula del Estado, que atropella la dignidad de esos sujetos (determinada conforme a máximas de experiencia comunes), y que presenta públicamente a los dignatarios del Estado -en lo personal- como seres indignos, tiende a

debilitar las funciones que ejercen, al menos ante la opinión pública, pudiendo crear estados de preanarquía.

(...Omissis...)

El denigrar públicamente a las instituciones (vilipendio) puede perseguir su debilitamiento con fines de desprestigio, para así lograr un desacato colectivo a lo que ellas -conforme a la ley- deban obrar o cumplir.

El vilipendio, como parte de un plan o de un movimiento tendente a la desobediencia pública, al caos, a quebrar el orden o la moral pública, no puede ser tolerado por el Estado, ya que, con tal tolerancia, podría estar jugándose su subsistencia.

Una cosa es la crítica fundada en hechos que se exponen, lo cual es aceptable en una sociedad democrática, y que permite a la institución, según sus estrategias, callar o defenderse ante ellas, y otra es el vilipendio como arma para destruir las instituciones del Estado. Éste no puede estar inerte ante esos ataques y, desde ese ángulo de visión del problema, el vilipendio subversivo puede ser penalizado para que el artículo 2 constitucional se cumpla¹⁹.

Las ideas iniciales de la sentencia *supra* transcrita relativas a las expresiones y mensajes que procuran que las personas públicas, cumplan con sus deberes legales no pueden ser consideradas ni ofensivas ni irrespetuosas, así el lenguaje utilizado sea duro, ha sido producto de la tradición jurisprudencial norteamericana, que para dar solución a posibles

19 Sobre las repercusiones que ha tenido ese fallo sobre la libertad de expresión, véase: Chavero Gazdik, Rafael J., "Intolerancia suprema. La sentencia 1942 y sus implicaciones en el derecho a la libertad de expresión", *Sentencia 1,942 vs. libertad de expresión: comentarios a la decisión de la Sala Constitucional referida a las leyes de desacato*, AeQUITAS, Comisión Andina de Juristas, Caracas, 2003.

colisiones entre los derechos a la libertad de expresión e información con otros derechos constitucionales relevantes, se ha resuelto dando una posición “*preferente*” a los primeros. Ello explica por qué la libertad de expresión alcanza su grado más alto en los temas relacionados con la organización y funcionamiento de los poderes públicos. (STC 171/1990, 154/1999, 110/2000)²⁰.

En tal sentido, y en función de lo anterior, STDH como las de Handyside c. Reino Unido de 7 de diciembre de 1976 y Oztürk c. Turquía de 28 de septiembre de 1999, Jerusalén c. Austria de 27 de febrero de 2001 y Colombani c. Francia de 25 de junio de 2002 y STC 192/1999, se estableció que la libertad de expresión e información en materia política prácticamente no conoce límites, “*aun si se defienden posiciones inquietantes o usan términos duros o, incluso, si puede afectar a las relaciones exteriores del Estado*”²¹.

Ello implica que, en los supuestos que las opiniones versen sobre materias públicas o políticas o que refieran personas con cierta investidura pública, las opiniones que emitan contra estos estarían amparadas con un grado superior de intensidad por el principio de libertad de expresión, y en los supuestos que medie algún tipo de colisión de éste con otro derecho con igual peso en abstracto, en principio, el primero se le dará mayor relevancia. La razón por la cual la comunidad u opinión pública condiciona a la libertad de expresión y que de algún modo la dosifica, viene dado por la exposición a los que están sometidos los actos con relevancia pública y los realizados por las personas que ocupan cargos políticos, al hallarse esencialmente en un constante escrutinio público-social.

Imponer interferencias en los tiempos de las expresiones u opiniones que se realicen en contra o favor de esos actos y personas con relevancia pública, terminarían por negar o

20 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 330.

21 *Ibídem*, p. 331.

enerva la libertad de expresión. Ello en virtud que, todo acto que realice una persona pública, no pudiéndose expresar ni cualitativa ni cuantitativamente, genera necesariamente una opinión en la comunidad, quedando para el público reservada la opción de expresarla o no, y en el supuesto que lo haga, no podrán establecerse limitaciones previas que impliquen reservas injustificadas.

Una decisión verdaderamente cuestionable de cara a los postulados de la libertad de expresión, fue dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en sentencia N° 2007-1962 de fecha 7 de noviembre de 2007, caso: *Hilario Padrino contra la Fundación Instituto Carabobeño para la Salud (INSALUD)*, en la cual se estableció que la misma no ampara la emisión de conceptos ofensivos o que atenten o vayan en detrimento de las personas o las instituciones, lo cual pueda causarles daños en su imagen o reputación. En efecto, puntualizó la referida sentencia que los actos lesivos al buen nombre de la Administración Pública, constituye una causal de destitución consagrada en la Ley del Estatuto de la Función Pública y se manifiesta en aquellas actuaciones perniciosas que vayan en detrimento o atenten contra la reputación o integridad del organismo.

En el presente caso, el derecho que resultó evidentemente vulnerado fue la libertad de expresión. Quienes de alguna manera escuchamos el programa Calma Pueblo sabemos que sus dardos no iban dirigidos en contra de niños o sus inclinaciones sexuales, sino en contra del Gobierno. Pero, naturalmente, estos comentarios al estar protegidos por la libertad de expresión difícilmente podían ser censurados sin advertir su talante o catadura dictatorial, por lo que se simplificó el asunto colocando a un niño como chivo expiatorio.

3. Derecho a la libertad de expresión, de información y los servicios públicos

El artículo 58 Constitucional, dispone lo siguiente:

La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

El derecho a la información brinda la otra cara de la moneda, un binomio que expresa una relación de dar y recibir indisoluble, con ciertos matices que los hace diferenciables, pero que en definitiva conducen a la protección de la expresión, tanto la dada como la recibida. Ahora bien, la libertad de expresión como el derecho a la información, son derechos subjetivos cuyas limitaciones pasan por no desconocer la relevancia de la veracidad de lo que se expresa o comunica y de no afectar derechos de otra entidad, como lo puede ser el honor y la reputación, ya explicados *ut supra*.

Así las cosas, la libertad de expresión como el derecho a la información, si bien se reconocen a todos los ciudadanos por igual, quienes están más en contacto con los mismos son los medios de comunicación social²². El contenido de los artículos 57 y 58 de la Constitución, conserva una redacción muy similar a la establecida en el artículo 20 de la Constitución española, que reza: “*se reconocen y protegen los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y a comu-*

22 El oligopolio que tenían la radio y la televisión ha llegado a su fin con la aparición de las redes sociales. Las personas cuentan con un espectro más dilatado para comunicarse y comunicar información.

nicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. En España, dicho artículo sirvió de fundamento para el Estatuto de la Radio y la Televisión que en su artículo 1.2 declaró categóricamente que la televisión es un servicio público esencial²³.

*A. La actividad de los medios de comunicación
como de servicio público*

La definición de una actividad como servicio público²⁴ es realmente compleja o difícil de acometer²⁵, pero, de ordinario, implica una sujeción especial a las reglas de derecho público. El Estado ejerce sobre éstas un control permanente en virtud de los desequilibrios que pueden generar en la colectividad si su prestación no es realizada, o de serlo se ejecute deficitariamente. La categorización de una actividad como servicio público supone en principio que dicha actividad deba ser prestada o realizada por el Estado, en virtud de sus implicaciones en la generalidad, por ende se le es reservada, y en los supuestos que se permita su prestación a los particulares, debe ser

23 Una explicación sobre el proceso que sufrió España sobre la categorización de la televisión como servicio público, especialmente en las comunidades autonómicas, puede leerse en: Esteve P., José, “Servicio público de televisión y garantía de la institución de la opinión pública”, *Revista de Administración Pública* N° 123, Civitas, Madrid, 1990.

24 Sobre el origen y concepto de servicio público véase: Aponte A., Jonás E., “La suspensión del servicio público eléctrico”, *Revista electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (REDAV) N° 9, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2016.

25 Reverón, no obstante, advertir las complicaciones de conceptualizar los servicios públicos, propone una definición que englobe todas sus aristas, indicando a tal respecto que: “se trata de una actividad previamente calificada como servicio público, en la que la que se llevan a cabo determinadas actuaciones materiales con el objeto de satisfacer las diversas necesidades esenciales de los ciudadanos”. Reverón B., Carlos, “La inconstitucionalidad intervención de los consejos comunales en el contencioso de los servicios públicos”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (REDAV) N° 13, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2016, p. 140.

por medio de un instrumento que lo habilite, por lo general concesional²⁶.

Los medios de comunicación en Venezuela tal y como dispone la Constitución en su artículo 108, sean de carácter social, públicos o privados debe contribuir con la formación ciudadana. Y “[el] Estado garantizará **servicios públicos** de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley”.

El enunciado normativo de la constitución cataloga a la actividad prestada por los medios de comunicación como de servicio público, lo que implica una sujeción a un régimen de derecho público, que promedie su gestión, en función de los fines propuestos.

En tal sentido, se han configurado ciertos fines de los medios de comunicación en una sociedad democrática, los cuales son: i) supervisan, vigila o inspeccionan el entorno; ii) establecen relaciones entre las noticias, subrayando la dependencia

26 A propósito de los elementos que se le han atribuido al servicio público, véase: Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 4933, de fecha 15 de diciembre de 2005, caso: *CADAFE*, estableció los elementos que debe tener todo servicio público, que son como sigue: En tal sentido, se observa que en tales actividades de interés general se advierte una ausencia de una declaración formal de servicio público; pero a pesar de ello, en virtud de que encierran un especial interés público, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial, con lo cual, puede señalarse que: (i) son actividades que no se encuentran ni atribuidas, ni asumidas por el Estado, por lo que se trata de actividades fundamentalmente privadas; (ii) constituyen actividades dirigidas al público, es decir, a la masa indeterminada de ciudadanos que se encuentran en la necesidad y en condiciones de reclamarlos; (iii) tales actividades se desarrollan en régimen de autorización y no de concesión, pero sometidas, a todo evento, a un régimen reglamentario muy especial y controlador, propio de un régimen de policía administrativa y; (iv) revisten, no obstante, un interés general muy caracterizado por la colectividad.

existente entre los acontecimientos, los grupos sociales y los diferentes elementos que componen su estructura social; *iii*) son transmisores generacionales de la herencia cultural de la sociedad²⁷.

Dichos elementos permitirán una real fundación de la democracia al enriquecer la discusión, pero ello no se logrará en la medida que la ciudadanía no esté bien informada para promover su interés en los asuntos públicos.

Ello así, el hecho que los medios de comunicación y, en especial, la televisión y la radio se hallen sometidos a las reglas de los servicios públicos, supone, necesariamente, que deben ajustar su actividad a los mandamientos que ordene la Ley -como pueden serlo- los principios que informa el artículo 2 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, lo cuales son: libre expresión de ideas, opiniones y pensamientos; comunicación libre y plural; prohibición de censura previa; responsabilidad ulterior; democratización; participación; solidaridad y responsabilidad social; soberanía; seguridad de la Nación y libre competencia.

En palabras de Derieux, citado por Esteve, la referencia al servicio público justifica la existencia de una serie de prescripciones orientadas a respetar la expresión pluralistas de corrientes de pensamiento y opinión; a velar por la protección de la infancia y adolescencia; a verificar los contenidos de los mensajes publicitarios; a garantizar, en atención a los usuarios, la objetividad de la información²⁸. Sin embargo, habría que guardar cierto celo a dicha formulación, precisamente porque mal entendida o inclinada exclusivamente a su connotación

27 Rodríguez Lozano, Luis, *Democracia, Servicio Público y Medios de Comunicación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., p. 625.

28 Esteve P., José, "Servicio Público de Televisión y Garantía de la Institución de la Opinión Pública Libre", *Revista de Administración Pública* N° 123, Civitas, Madrid, 1990, p. 188.

restrictiva antes que fomentar la libertad de expresión puede negarla.

Rodríguez Lozano señala que la función social que le corresponde a los medios de comunicación, en específico la radiotelevisión, está orientada hacia el servicio público, y en la medida que el emisor respete la veracidad, que los programas y transmisiones tengan fines educativos, la pluralidad informativa, y que contribuya a fortalecer la democracia «*se afirma la función informativa, formativa y de entretenimiento, (...) se fortalece la postura de servicio público*»²⁹.

El principal escollo de entender que los medios de comunicación están sometidos a las reglas del servicio público, sin sólidos pilares democráticos, es que los interlocutores de la Administración, amparados en incorrectas políticas de gobierno, censuran a medios de comunicación siempre que entiendan que no se proteja a la infancia y adolescencia, que no se garantiza el acceso de los ciudadanos a la comunicación y que no exista una información pluralista. Pero, tal concepción es atribulada, especialmente, porque solapadamente se han censurado medios de comunicación por estar en las antípodas ideológicas del gobierno de turno. Un caso típico es el aquí planteado, en el que se censura un programa de radio abiertamente contrario al Gobierno.

Es importante destacar que, cuando la prestación del servicio se realiza por un particular y no por el Estado, precisa de una gestión indirecta, en la cual se debe autorizar o facultar mediante algún tipo de título habilitario, vale decir, concesiones³⁰, autorizaciones o permisos en la medida que reúna cier-

29 Rodríguez Lozano, Luis, *Democracia, Servicio Público y Medios de Comunicación*, ob. cit. p. 625-627.

30 Habría que señalar que la concesión de un servicio público, se materializa en un contrato administrativo donde se regulan un conjunto de derechos y obligaciones que le atribuye a la Administración, ciertos poderes -en ocasiones- exorbitantes -dentro de las cuales se encuentra la rescisión unilateral del contrato en casos de incumplimientos comprobados- con

tos requisitos técnicos, legales, económicos, tecnológicos. Estas técnicas son la principal fuente de control sobre los medios de comunicación³¹. El gobierno se ampara en ellas para exigir a los medios de comunicación que sigan una sola línea editorial: una que no contravenga las políticas del régimen.

Los estándares internacionales aplicables para que pueda entenderse legítima la restricción al ejercicio de los derechos humanos y, principalmente, al derecho a la libertad de expresión como un derecho fundamental, son: i) el orden público; y ii) la necesidad de un interés social imperativo³². En el caso de Calma Pueblo no hubo normas de orden público que resultaron quebrantadas y el interés social que se pretende resguardar no se logra censurando absolutamente el programa radial, a lo sumo un llamado de atención o advertencia.

Señala Pietro Sanchís, que en la Constitución española es muy común que los derechos figuren limitados por el “orden público protegido por la ley”, libertad ideológica y religiosa, artículo 16.1, *“que la alteración del orden público sea una causa para prohibir el ejercicio de un derecho”*, de manifestación artículo 21.2, ello dispone un conjunto de autorizaciones dirigidas al legislador a fin de que sea éste quien decida la forma como se deberá limitar la libertad personal, así como el orden público como límite de manifestación pública.

el objeto de asegurar la continuidad en la prestación del servicio Cfr. Sala Constitucional, sentencia N° 568 de fecha 20 de junio de 2000.

31 El Estado venezolano suele otorgar concesiones por un máximo de cinco (5) años, ello con el propósito de garantiza que los medios de comunicación tributarán noticias favorables al gobierno o, en el peor de los casos, no emitirá información que le sea contraria.

32 La Corte Interamericana de Derechos Humanos exige, para poder limitarse el derecho a la libertad de expresión, lo siguiente: i) la limitación debe estar definida en una Ley formal y material; ii) debe estar dirigida a lograr objetivos imperiosos autorizados por la Convención; y iii) debe ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional a la finalidad perseguida.

En un interesante artículo de Amos Shapira este se pregunta si los discursos violentos deben ser protegidos, y responde a su interrogante en un modelo basado en la consecuencia, en el entendido que las restricciones nunca deben tomarse ligeramente y debe sobre todas las cosas demostrarse que el discurso, las expresiones, no sólo son feas e hirientes, sino que sean las responsables de generar violencia³³.

La libertad de expresión, como uno de los principales derechos de libertad, supone, necesariamente, una categoría oponible frente al Estado; es un derecho fundamental, lo cual no implica que sea absoluto, deberá no afectar el orden público y el interés social; su consagración constitucional consiste necesariamente en la emisión libre de pensamientos, ideas y opiniones sin que pueda establecerse censura y, esencialmente, que se haya categorizado como un servicio público, para efectos prácticos, comporta un ajuste de los medios de comunicación de su conducta a ciertas reglas, orientadas por el interés general, y por fines de pluralismo, ética de responsabilidad, veracidad y fiabilidad en emisión de información, objetividad, educación, entre otras.

B. La información plural

La información debe ser lo más plural posible, en términos cualitativos; su labor como un medio de comunicación que presta un servicio público supone que su finalidad es garantizar no sólo que se transmita la información, sino que la misma no sea direccionada y sesgada. Bajo una perspectiva democrática, los medios de comunicación deben suministrar una información veraz, plural y que atienda a un interés público

33 Shapira, Amos, "Should violent and hate speech be protected? Some reflexions on freedom of expression and its limits", *Derechos fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Coordinador: Miguel Carbonell, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Colegio de México, México D.F., 2002, p. 678 y ss.

actual. Ello así, en palabras de Rodríguez Lozano “*una vez que los medios de comunicación tomen conciencia de su vocación democrática asegurando los derechos informativos del público, aquéllos se dedicarán a informar con visión incluyente respetando los derechos del receptor de la información*”³⁴.

El pluralismo no es más que uno de los elementos cardinales de la democracia y supone la expresión de una sociedad abierta en la cual se manifiesta un profundo respeto y garantía en la realización de actos con contenido político. En tal sentido, el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce y propugna al pluralismo político, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Ahora bien, existen dos (2) tipos o dimensiones de cómo se manifiesta el pluralismo: *el primero*, el externo. Supone la multiplicidad de operadores, de manera que no se produzca un monopolio e incluso oligopolio que incidan posteriormente en el contenido de la información y en la cual se garantice unos óptimos niveles de transparencia; *el segundo*, el interno. Implica una diversidad, no en cuanto a los medios u operadores, sino, social, vale decir, en cuanto a opiniones, intereses e ideas.

Para Díaz Arias la sociedad y los destinatarios son diversos pero esa pluralidad queda constreñida por el número de emisores y el grado de diversidad de los mensajes³⁵. Indica el autor que el pluralismo interno tiene tres (3) subtipos, a saber: *i)* el pluralismo interno profesional, que un trabajador, dependiente, sea independiente y que su libertad de expresión e información no quede cercenada cuando se incorpore a su tarea informativa; *ii)* el pluralismo interno social, que supone el derecho de acceso, circunscrito a que ciertos grupos sociales y políticos representativos tengan acceso en el ámbito de los medios de comunicación; y *iii)* el pluralismo interno de los

34 Rodríguez Lozano, Luis, *Democracia, Servicio Público y Medios de Comunicación*, ob. cit. p. 615.

35 Díaz A., Rafael, *El Pluralismo Interno, Clave del Servicio Público de RTVE*, Teledetodos, Madrid, 2011, p. 1-15.

mensajes, que implica que los mismos, sean en la medida de lo posible los más diversos, y por ello, la información periodística y los medios en general *“no son un reflejo fiel de la realidad, no son un espejo nítido, sino un espejo deformante, pero se trata de que esa deformación sea la menor posible”*³⁶.

En materia de pluralismo pueden darse dos (2) fenómenos de gran relevancia, explicitados felizmente por Giovanni Santori, citado por Rodríguez Lozano, y que dibujan el escenario que vive la Venezuela con el socialismo del siglo XXI; *el primero*, reducir el escenario de deliberación y debate político a unos medios de comunicación ha llevado consigo que cada día informen menos y desinformen y subinformen más, por una parte tenemos *“(...) una información totalmente insuficiente que empobrece demasiado la noticia que da, o bien el hecho de no informar, la pura y simple eliminación de nueve de cada diez noticias existentes. Por tanto, subinformación significa reducir en exceso. En cambio por desinformación, (...) dar noticias falseadas que inducen a engaño al que las escucha”*³⁷.

La pluralidad en la comunicación en Venezuela está de capa caída. Cada vez más medio de comunicación son cerrados o censurados y, la misión principal del Estado que es fomentar la comunicación plural resulta con el pasar de los días más monopólica. Existe una sola verdad en Venezuela y es la que

36 Ídem.

37 Indicaría Santorí que la subinformación y la desinformación no escapan de ningún medio de comunicación, sin embargo, dicho problema se acentúa con la televisión, por cuanto a su criterio, al darle mayor importancia al aspecto visual, la labor informativa se pierde. Asimismo, añade que, *“(...) en aras de la claridad, y previa consideración del panorama que nos ofrece la televisión, parece que el comportamiento de este medio tiene una clara orientación hacia la subinformación, entendiéndolo por esto a toda la información que resulta insuficiente, o la omite cuando así conviene a los intereses comerciales, y, por ende, se está en busca únicamente de mayores índices de audiencia. Aquí lo que interesa son los programas de tipo comercial, o, dicho de otra forma, la telebasura. El verdadero periodismo informativo se vuelve cuestión secundaria”*. Cfr. Rodríguez Lozano, Luis, *Democracia, Servicio Público y Medios de Comunicación*, ob. cit. p. 621.

ofrece el régimen, la demás es tratada como falsa, vilipendiosa o sedicente, susceptible de ser castigada, incluso, en un techo abovedado. En Venezuela no existe una comunicación plural. Los temas más importantes que interesan a los venezolanos están fuera del debate político. Los medios de comunicación entrampados en la red del servicio público se hayan sometidos a una autocensura y cuando el programa resulta odioso se buscan excusas, como la del niño, para enviarlos al paredón.

IV. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

CONATEL eludió una obligación fundamental: dar apertura a un procedimiento previo, por el contrario, impuso directamente la medida de cierre sin justificarla teleológicamente; sin advertir las consecuencias que estos comentarios tendrán en la colectividad; sin señalar en qué medida afectó el honor del niño y; sin precisar cómo funcionó la ponderación en este caso.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 49, consagra al debido proceso como un derecho fundamental, tendente a resguardar todas las garantías indispensables que deben existir en todo proceso para lograr una tutela judicial efectiva.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con relación al debido proceso y al derecho a la defensa, estableció en decisión de fecha 20 de noviembre de 2001 (Caso: *José Gregorio Rosendo Martí vs. Ministro de la Defensa*) que el debido proceso es un derecho complejo que comprende un cúmulo de garantías que se convierten en una multiplicidad de derechos para el procesado, entre los que destacan, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho a la articulación de un proceso debido, derecho de acceso a los recursos legalmente instituidos, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a obtener una reso-

lución de fondo fundada en derecho, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la ejecución de las sentencias, entre otros, que la jurisprudencia ha venido estableciendo.

En este caso medió una vía de hecho, no se realizó un procedimiento previo que permitieran a las partes involucradas exponer sus argumentos, promover y evacuar pruebas y, por último, obtener una decisión motivada. Debe precisarse que aun cuando se hubiera realizado un procedimiento administrativo, bajo ningún supuesto la medida que ha debido adoptarse era el cierre del programa.

CONATEL ha debido iniciar el procedimiento sancionatorio y permitir que el programa siguiera su transmisión durante la sustanciación del mismo, pero, no convenía a sus intereses, es más fácil censurar.

RECAPITULACIÓN

El programa radial Calma Pueblo fue censurado porque una de sus presentadoras le dijo gay a un niño de siete (7) años.

CONATEL decidió sacar del aire al programa Calma Pueblo, de forma inmediata, sin esperar la resolución del procedimiento administrativo, la razón: haber presuntamente conculcado el derecho de honor del niño.

Calma Pueblo no fue censurado por el comentario hacia el niño, sino por su palpable animadversión contra el Gobierno de turno. El acto de cierre, además de la evidente violación a los derechos a la libertad de expresión y el debido proceso, está viciado de desviación de poder.

La LOPNA prohíbe la divulgación de imágenes, datos e información de niños sin el consentimiento de sus padres y exponer información que permita la identificación de niños

que estén sometidos o hayan sido sometidos a un proceso judicial. El honor es un derecho que es difícil de contornear, pero, para la doctrina tiene dos (2) áreas diáfanas, a saber: *i*) el derecho al propio decoro; y *ii*) la protección frente a intromisiones injustas.

Decirle gay a alguien, incluso a un niño, no puede constituir una ofensa sin que al mismo tiempo se sugiera que ser gay es un delito o una abominación. Por lo tanto, era imprescindible que se valorara la expresión en contexto y no ser revisada de forma aislada.

La libertad de expresión es un derecho fundamental y está al servicio de la sociedad la cual no puede ser condicionada por los gobernantes.

Los comunicadores sociales prestan un servicio público, por lo que estarán sometidos a un constante escrutinio, supervisión e inspección. Pero la censura sólo procederá si la comunicación que se emite es capaz de generar un descalabro social, es decir, que quebrante el orden público y un interés social imperativo.

RÉGIMEN LEGAL DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO VENEZOLANO Y APLICABILIDAD DE LAS LEYES ADMINISTRATIVAS VENEZOLANAS A LAS EMPRESAS DEL ESTADO CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

José Rafael Belandria García¹

Resumen: Este trabajo analiza el régimen legal de las Empresas del Estado venezolano y la aplicabilidad de las leyes administrativas venezolanas a las Empresas del Estado constituidas en el extranjero. A tales fines, se hará referencia al concepto de empresa pública; el régimen constitucional y legal de las mismas; y las clases de participación accionaria del Estado en tales sociedades.

Palabras clave: Empresas del Estado. Empresas del Estado constituidas en el extranjero. Régimen legal.

Summary: This work analyses the legal regime of the State companies and the applicability of the venezuelan administrative laws to the State companies established abroad. Therefore, reference will be made to the concept of public companies; their constitutional and legal regime; and the shareholding classes of the State in such companies.

Key words: State companies. State companies established abroad. Legal regime.

Recibido: 5 de noviembre de 2019 Aceptado: 14 de enero de 2020

1 Doctor en Derecho con la calificación *Sobresaliente Cum Laude* y Diploma de Estudios Avanzados por la Universidad Complutense de Madrid (España). Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello. Abogado distinción *Magna Cum Laude* por la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

SUMARIO

Introducción

- I. La Empresa Pública. Evolución, definición y elementos
 - II. Régimen constitucional y legal de las Empresas del Estado
 - III. Clases de participación del Estado en la Empresa Pública
 - IV. Régimen legal de las Empresas del Estado constituidas en el extranjero. Aplicabilidad de las leyes administrativas venezolanas a las empresas del Estado constituidas en el extranjero
- Conclusiones

INTRODUCCIÓN

La participación del Estado en la Economía hoy en día es una realidad y sectores sociales, económicos, políticos, universitarios y académicos admiten la misma². Por su parte, la Economía venezolana desde la segunda mitad del siglo XX ha estado vinculada de manera especial al petróleo, las minas y los hidrocarburos.

Para gestionar los indicados recursos naturales y las riquezas derivadas de los mismos, el Estado venezolano creó una organización administrativa integrada por órganos y entes dotados de distintas competencias. En dicha organización destacan las empresas públicas como fórmulas organizativas para la administración de los mencionados recursos.

La cláusula del Estado democrático y social de Derecho, prevista por la Constitución de 1999³ en su artículo 2,

2 La Economía, en tanto ciencia y actividad, está referida a la producción de bienes y la prestación de servicios dentro de un territorio o conjunto de ellos, que están dirigidos a satisfacer necesidades humanas y a generar beneficios traducibles en dinero o en bienes patrimoniales.

3 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 5.453 extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000; y cuya Enmienda N° 1 fue publicada en la Gaceta Oficial de la República núm. 5.908 extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.

produce variados efectos en distintos ámbitos, siendo además una norma jurídica vinculante⁴. La Constitución ciertamente tiene un importante contenido económico⁵ y como destaca la doctrina, la cláusula del Estado social imprime sobre la Administración una permanente vocación de actuación, que puede comprender el estricto sentido prestacional y también la actividad de limitación⁶. Desde ese punto de vista, la Administración Pública puede intervenir en los ámbitos social y económico para satisfacer necesidades que de manera individual algunas personas no pueden solventar por sí mismas.

Por otro lado, la Constitución contempló las bases para la organización de la Administración Pública (artículo 156.32⁷ y artículo 236.20⁸) y de acuerdo con ellas se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁹ (LOAP), el cual en su artículo 15 expone una definición de órganos y entes, siendo de interés el concepto de estos últimos a los fines del presente análisis¹⁰.

Pues bien, las empresas públicas se hallan dentro de la categoría de entes y las mismas consisten en organizaciones

4 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos No. 83. Caracas, 2006. p. 74.

5 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., p. 75.

6 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., p. 80.

7 Relativo a la competencia del Poder Público Nacional para legislar en la materia de organización y funcionamiento del mismo.

8 Trata sobre la competencia del Presidente de la República para fijar el número, organización y competencias de los ministerios y otros organismos.

9 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 6.147 Extraordinario, de fecha 17 de noviembre de 2014.

10 “Artículo 15. [Omissis]

Tendrá el carácter de ente toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia; sujeta al control, evaluación y seguimiento de sus actuaciones por parte de sus órganos rectores, de adscripción y de las directrices emanadas del órgano al cual compete la planificación central”.

creadas por el Estado para la producción de bienes y la prestación de servicios. La legislación venezolana (de modo particular la LOAP) alude a la figura de Empresas del Estado. Si bien existen distintos tipos de empresas de dicha índole, según la participación del Estado en las mismas. Conviene expresar que un sector de la doctrina nacional sostiene que las referidas Empresas del Estado constituyen una especie del género más amplio que son las empresas públicas¹¹.

A partir de las premisas que anteceden, es de interés determinar el régimen legal de las Empresas del Estado y si las leyes administrativas venezolanas de Empresas del Estado, son aplicables a empresas del Estado constituidas en el extranjero. Para desarrollar la temática expuesta se hará referencia a continuación al concepto de empresa pública; el régimen constitucional y legal de las mismas; las clases de participación accionaria del Estado en tales sociedades; y por último el régimen legal de las Empresas del Estado constituidas en el extranjero y la aplicabilidad a las mismas de las leyes administrativas venezolanas de Empresas del Estado.

I. LA EMPRESA PÚBLICA. EVOLUCIÓN, DEFINICIÓN Y ELEMENTOS

La participación del Estado venezolano en sociedades mercantiles tiene hoy en día perfiles y características definidas. Para comprender tales circunstancias es útil, en primer lugar, hacer una breve referencia sobre la evolución histórica de la Empresa Pública; a reglón seguido exponer un concepto de la misma; y posteriormente expresar los elementos o las variables que deben estar presentes en esta clase de entes.

11 ARAUJO-JUÁREZ, José. "Régimen general de Derecho Público relativo a las empresas del Estado". *Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*. Universidad Central de Venezuela - Editorial Jurídica Venezolana. Colección Instituto de Derecho Público No. 3. Caracas, 2008. p. 213.

1. Evolución histórica de la Empresa Pública

Interesa la evolución histórica de la Empresa Pública a partir de su desarrollo en países europeos y asimismo la situación concreta en Venezuela.

En algunos países de Europa después de la gran crisis de los años treinta surgieron especies de empresas públicas¹². No obstante, es en la segunda postguerra mundial cuando los Estados europeos van a empezar a utilizar en forma casi masiva a estas figuras como instrumentos vinculados a la consecución del interés general. En esta misma época es en la que se inicia la consagración efectiva del Estado social de Derecho en las Constituciones de la mayoría de esos países. Igualmente, en ese contexto ocurren los procesos de nacionalizaciones en Francia¹³ y en el Reino Unido, en tanto que en Italia y en España se va a consolidar un fuerte sector público económico¹⁴.

Por lo que a Venezuela respecta, la doctrina ubica la aparición de las empresas públicas en la tercera década del siglo XX y al respecto –siguiendo el criterio de CABALLERO ORTIZ– es posible establecer tres períodos durante ese siglo. El primero de ellos se inicia en 1928, cuando son creados el Banco Agrícola y Pecuario (por Ley del 13 de junio de 1928) con el objeto de financiar y promover las actividades agrícolas y pecuarias; y el Banco Obrero (por Ley del 30 de junio de 1928) con la finalidad

12 PEÑA SOLÍS, José. *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Tercero. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003. p. 515.

13 Sostiene ARAUJO-JUÁREZ al respecto lo siguiente: la expresión empresa pública “parece haber nacido como categoría nueva dotada a su vez de una nueva denominación en 1946, con motivo del inventario del sector público industrial y referida inicialmente a las empresas del sector público en Francia a raíz de los procesos de nacionalización” (ARAUJO-JUÁREZ, “Régimen general de Derecho Público relativo a las empresas del Estado”, cit., p. 210).

14 Ídem.

de construir viviendas y financiar los créditos correspondientes a personas de menores ingresos¹⁵.

Un segundo período va de 1936 a 1958, en el cual puede observarse una orientación más definida dirigida a multiplicar la creación de empresas públicas, particularmente en el sector de los servicios públicos¹⁶. Dos hechos fundamentales dieron lugar al mismo: el primero, la finalización de la dictadura del General Juan Vicente GÓMEZ, en diciembre de 1935; y el segundo, la transformación de la economía nacional, que a partir de los años treinta dejó de enfocarse en la exportación del café y el cacao, para convertirse en una economía sustentada en la explotación, a gran escala, del petróleo¹⁷. Dentro de dicho sector de los servicios públicos corresponde mencionar la creación de la Sociedad Transportadora Marítima (en fecha 15 de noviembre de 1953) para la prestación de servicios aduanales y de explotación de servicios de fletamento de naves de embarque, bodegaje y desembarque de mercancía; así como la adquisición por el Estado de las acciones de la Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (creada el 20 de junio de 1930) y de la Compañía Anónima Venezolana de Navegación (creada en fecha 02 de agosto de 1917), ambas de origen privado, en 1953 y 1955, respectivamente¹⁸.

El tercer periodo arranca en 1958 y se extiende hasta finales del siglo XX. Se trata de un periodo, en lo político, de gobiernos civiles y de la denominada democracia representativa. En relación con la Economía, dicha etapa se encuentra caracterizada por la ampliación en la participación directa del

15 CABALLERO ORTIZ, Jesús. *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección estudios jurídicos N° 13. Caracas, 1982. p. 41.

16 CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., p. 44.

17 CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., p. 44 y 45.

18 CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., p. 47 y 48.

Estado en la misma, a través de empresas públicas encargadas de actividades fundamentales para el desarrollo del país. Así, del Estado abstencionista se transitó al Estado prestador de servicios públicos y posteriormente al Estado que administra las principales riquezas del país¹⁹. Esta participación puede ser agrupada por sectores, donde se hallan: el sector crediticio (Banco de Desarrollo Agropecuario, creado por Ley del 01 de agosto de 1967)²⁰; el sector del desarrollo regional (Corporación Venezolana de Guayana, creada por Decreto núm. 430 del 29 de diciembre de 1960)²¹; el sector industrial (Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico, creada el 27 de octubre de 1958; la Sociedad Diques y Astilleros Nacionales C.A., creada el 20 de agosto de 1975; la Corporación Aeronáutica Venezolana C.A., creada el 03 de septiembre de 1975)²²; el sector agrícola (con Centrales Azucareros C.A., creado el 16 de febrero de 1959)²³; el sector transporte (la Sociedad Anónima Metro de Caracas, creada el 08 de agosto de 1977)²⁴; y con particular importancia el sector de los hidrocarburos y del hierro (con base en la Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, produciéndose la creación de Petróleos de Venezuela como sociedad anónima holding, mediante Decreto núm. 1.123, de fecha 30 de agosto de 1975)²⁵.

A finales de 1999 se aprobó en el país una nueva Constitución, producto de un proceso político para su elaboración que se inició a comienzos de ese año. Dicho proceso implicó la convocatoria, conformación y puesta en funcionamiento de una Asamblea Nacional Constituyente para elaborar un Texto Fundamental e implicó también la aprobación del mismo

19 CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., p. 53.

20 CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., p. 54.

21 CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., p. 59.

22 CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., p. 60, 61 y 62.

23 CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., p. 64.

24 CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., p. 65.

25 CABALLERO ORTIZ, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., p. 72 y 73.

mediante referéndum, en diciembre de 1999. Con el nuevo siglo y el nuevo milenio, las empresas públicas adquirieron nuevas características y dimensiones. El Estado venezolano conservó empresas que ya tenía y acentuó su presencia en otros sectores de la Economía utilizando esta figura, mediante distintas técnicas (creación de nuevas empresas, adquisición de empresas privadas existentes y utilización de la potestad expropiatoria, que terminó convirtiéndose en una política recurrente del Gobierno Nacional).

De ese modo, esta etapa debe ser vista, hasta nuestros días, también en distintos períodos o de manera gradual, en la que el Gobierno Nacional utilizó las técnicas indicadas para incrementar su participación en el sector de las empresas públicas y en la Administración descentralizada funcionalmente, por consiguiente. Se originó así (aunado a otros factores) una Administración Pública de grandes dimensiones y también desorganizada, ineficiente y difícil de controlar. La participación del Estado en empresas públicas, de ese modo, abarca hoy en día sectores clásicos (como el industrial, del transporte, de los hidrocarburos²⁶ y del hierro), hasta sectores menos tradicionales como el de alimentos (Mercado de Alimentos C.A. MERCAL, Industrias Diana C.A. y la Red de Abastos Bicentenario S.A.) y el de la telefonía celular (Movilnet).

26 En relación con la empresa estatal Petróleos de Venezuela existe la siguiente tesis: *“Por ello, una posible interpretación del artículo 303 constitucional es que éste solo impone dos deberes: (i) PDVSA –o el ente de que se trate– debe ser de la exclusiva propiedad de la República, lo que implica que PDVSA debe ser una sociedad cuyo capital social pertenezca exclusivamente a la República, y (ii) que PDVSA debe actuar como empresa de control de empresas públicas operadoras, las cuales serían así la ‘industria petrolera’ que es ‘manejada’ por PDVSA. Este deber se cumple en la medida en que PDVSA sea accionista de, por lo menos, más del cincuenta por ciento (50 %) de tales empresas operadoras, pues la Constitución no exige la propiedad pública exclusiva sobre empresas operadoras. Más allá de este segundo mandato, la Constitución permite la participación privada en empresas operadoras, con exclusividad o en asociación con el Estado, a través de empresas mixtas o empresas privadas de participación pública, las cuales no serían así parte de la ‘industria petrolera’ que debe ser ‘manejada’ por PDVSA”* (HERNÁNDEZ, José Ignacio. “La regulación de los hidrocarburos en Venezuela: situación actual y propuestas de reforma”. Caracas, 2017. p. 16).

2. Definición y elementos de la Empresa Pública

A partir de la indicada participación del Estado en la Economía, de los objetivos y el régimen de organización y funcionamiento de la Empresa Pública, la doctrina venezolana del Derecho Administrativo ha formulado varias definiciones de esta clase de entes. En ese sentido, se encuentra la definición de PEÑA SOLÍS, que dice así:

“Las empresas públicas son organizaciones creadas por el Estado, conforme a las previsiones constitucionales o legales, para intervenir directamente en la economía, mediante la producción y distribución de bienes y servicios, respetando las reglas de competencia del mercado, o excepcionalmente monopolizando determinada actividad económica, sujetas a un régimen jurídico mixto, en el cual prima el derecho privado, así como el control estatal”²⁷.

Con base en la definición que antecede, es posible extraer los siguientes elementos o variables que deben estar presentes en el concepto de Empresa Pública.

En primer lugar, se halla la personalidad jurídica: no cabe duda de que para predicar la existencia de una empresa pública se requiere necesariamente dotar a un ente inmaterial de subjetividad. La empresa pública ostenta personalidad jurídica, la cual es propia o independiente del órgano del Estado que decidió su creación, por lo que posee una existencia jurídica autónoma.

Un problema en relación con lo anterior consiste en que si el Estado decide crear empresas públicas para intervenir directamente en la Economía, las mismas deben considerarse como parte integrante de la Administración Pública o si en cambio pasan a ser propiedad de la referida Administración²⁸. Para

27 PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 517.

28 PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 518.

arribar a una solución a dicho problema, es preciso considerar el ámbito de actuación de las empresas públicas, observando si gestionan servicios públicos o actividades de claro interés público, caso en el cual se tratará sin duda de Administraciones Públicas²⁹.

El segundo elemento es el de la intervención directa de las empresas públicas en la Economía. Corresponde decir al respecto que las empresas públicas, al igual que las empresas privadas, desarrollan una actividad industrial o comercial que puede consistir en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. Dicha categoría de entidades gestionan servicios o producen bienes de interés público susceptibles de contraprestación³⁰. Por ejemplo: la producción y venta de electricidad, o el transporte terrestre o aéreo de personas, etc. No obstante, se debe destacar –siguiendo la opinión de CABALLERO ORTÍZ– que las empresas privadas ejercen sus actividades con una finalidad de lucro, mientras que las empresas públicas ejercen la misma con una finalidad de interés general³¹. Dicho objetivo, sin embargo, no es incompatible con la realización de beneficios, si bien no puede considerarse la rentabilidad como una meta exclusiva de la empresa pública³².

Por último, está el elemento asociado al control. Se trata de una variable común a todas las formas de personificación de la empresa pública y consiste en un control estatal o institucional. El control de los órganos del Estado sobre los órganos

29 PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 519.

30 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo*. Parte General. Quinta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2009. p. 409.

31 Sobre este aspecto ARAUJO-JUÁREZ dice lo siguiente: desde el punto de vista sustantivo la diferencia entre la empresa pública y la empresa privada “surge del diverso fin que ambas persiguen: para la empresa privada el fin está constituido por el beneficio y toda su conducta está dirigida, consecuentemente, a hacerlo máximo; para la empresa pública, el fin es la satisfacción de un interés de la colectividad (interés público) y toda su conducta está enderezada a satisfacerlo en el mejor modo” (ARAUJO-JUÁREZ, José, *Régimen general de Derecho Público relativo a las empresas del Estado*, cit., p. 211).

32 CABALLERO ORTÍZ, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., p. 103.

y entes que conforman el mismo, puede ser de diversa naturaleza y alcance, siendo que guarda relación con las funciones del mismo. Así, puede existir un control administrativo, legislativo (o parlamentario), fiscal y jurisdiccional. Desde ese punto de vista, el control constituye una garantía contra la arbitrariedad estatal.

En relación con el control debe predicarse una relación de causalidad entre la participación patrimonial o propiedad de las acciones y el mismo, *“de tal manera que sólo si el Estado o cualquier otro ente público es propietario de una empresa, o la participación pública en la misma es mayoritaria, podrán controlarla en los términos previstos en la Ley o en los Estatutos”*³³. Al respecto, cabe añadir que el control es un factor básico en la definición de empresa pública si el Estado o cualquier ente público de manera directa o indirecta, tiene una participación patrimonial mayoritaria en la misma. En cambio, no sería un elemento decisivo en la mencionada definición en los casos en los que el Estado no tiene la referida participación mayoritaria, pues en ese supuesto el control estatal se distancia bastante del control accionarial, tanto en lo tocante a su calidad como a su cantidad, y viene a ser más bien una expresión de intervención un tanto anómala del Estado en la Economía³⁴.

Así las cosas, las empresas públicas están sujetas a las siguientes categorías o modalidades de control:

El *control directo* o administrativo que corresponde al órgano (ministerio) al que se encuentra adscrita la empresa pública, bien en caso de que se trate de un ente público empresarial, o de una sociedad por acciones con participación total o mayoritaria del Estado. Desde luego, que ese control debe obedecer al que corresponde al poder de dirección de los administradores en el marco del Derecho Mercantil, pero nada impide que algunos principios del mencionado Derecho

33 PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 531.

34 PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 534.

queden derogados por la ley o por los propios Estatutos atendiendo a disposiciones de la ley.

De modo particular, el Decreto con Fuerza de Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, a los órganos de la Administración Pública³⁵, establece en su artículo 15 (norma que incorporó a la legislación administrativa venezolana dicha posibilidad, la cual la doctrina a todo evento ya predicaba) unas modalidades de control sobre los entes descentralizados funcionalmente y una denominación para cada uno de ellos. Así, de acuerdo con el numeral 2 del mencionado artículo 15, sobre las Empresas del Estado se ejercerá un *control accionario*, el cual se verificará ejerciendo la representación de la República en las mismas. Por su parte, la LOAP contiene en su artículo 120 (ubicado en la Sección Quinta, relativa al control sobre los entes descentralizados funcionalmente, del Capítulo II, del Título IV de dicha Ley) una serie de mecanismos y fórmulas de control sobre los entes descentralizados funcionalmente, donde quedan incluidas las Empresas del Estado, algunos de ellos verdaderamente intensos³⁶, que ostentan sobre aquéllas los órganos de adscripción.

El *control mediante entes de gestión* se realiza a través de entes creados para asumir la tarea de gestionar o administrar un conjunto de empresas públicas, generalmente constituidas como sociedad por acciones. Dichos entes tienen el carácter de *holding* y el objeto de su actividad empresarial consiste en la participación en sociedades que actúan en un determinado

35 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 5.556 Extraordinario, de fecha 13 de noviembre de 2001.

36 Por ejemplo: "Definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto formularán las directivas generales que sean necesarias" (numeral 1); "Ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control conforme a los lineamientos de la planificación centralizada" (numeral 2); y "Evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al Presidente o Presidenta de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda" (numeral 4).

sector de la producción; de allí que como tales entes de gestión pueden ejercer el control sobre las empresas que forman parte del grupo³⁷.

El *control legislativo* (o parlamentario) obedece a que todas las empresas públicas están sometidas a un control político por parte del Parlamento³⁸, el cual en ejercicio de dicha potestad puede utilizar cualquiera de sus instrumentos clásicos de actuación. En el caso venezolano son los previstos en los artículos 222 y 223 de la Constitución, a saber: investigaciones, interpelaciones, preguntas, autorizaciones, aprobaciones y otros mecanismos. No obstante, ocurre que el Tribunal Supremo de Justicia en los últimos años ha dictado un conjunto de sentencias dirigidas a interpretar las normas constitucionales relacionadas con el control parlamentario sobre la Administración Pública, donde queda comprendido el control sobre las Empresas del Estado y entre ellas se puede citar la sentencia de la Sala Constitucional núm. 9, de fecha 03 de marzo de 2016³⁹. Esta decisión tiende a desdibujar las facultades de control de la Asamblea Nacional, imponiendo mecanismos de coordinación que no están en las citadas normas constitucionales (por ejemplo: con el Vicepresidente Ejecutivo), por lo que en realidad tal fallo puede resultar inconstitucional, dificulta el control institucional y condiciona el buen funcionamiento de la Administración Pública.

El *control fiscal* es el que ejerce la Contraloría General de la República y los demás órganos de control fiscal, sobre las Empresas Públicas. Dicho control a su vez puede ser un control de legalidad, que busca determinar la conformidad de los actos y las actuaciones a la Constitución y la ley; y el control de gestión que supone la evaluación de planes y programas, el resultado de la ejecución de los mismos, la determinación de

37 PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 536.

38 *Ídem*.

39 En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>.

la utilización racional de los recursos y el logro de las metas con los recursos asignados o con el mínimo de éstos posibles⁴⁰.

Por último, está el *control jurisdiccional* que corresponde a los juzgados y tribunales e implica un juicio de conformidad a reglas de Derecho. A tenor del artículo 7.3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴¹ son competentes para ejercer este tipo de control los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

II. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO

La Constitución de 1999 aborda en dos normas a la figura de las Empresas Públicas y establece ciertos lineamientos en torno a las mismas. En primer lugar, el artículo 184.4 de la Constitución, en el contexto de la descentralización por los estados y municipios a las comunidades y grupos vecinales organizados de los servicios que éstos gestionen, incorporó una referencia, quizás incidental como afirma PEÑA SOLÍS⁴², a las empresas públicas, al señalar que se deberá promover la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.

Por otro lado, el artículo 300 de la Constitución –ubicado en el Título VI del Texto Fundamental, relativo al Sistema Socio Económico de la República– de una manera más directa en alusión a este tipo de sociedades, prevé lo siguiente:

40 PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 537

41 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 39.451, de fecha 22 de junio de 2010.

42 “Es cierto que se trata de una referencia incidental, pero que resulta reveladora de la voluntad de la Constitución de otorgarles, por lo menos a los Estados y Municipios, la competencia para crear empresas públicas” (PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 635).

“Artículo 300. La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan”.

A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1999, el legislador nacional quedó llamado a dictar una legislación regulatoria para esa clase de entidades descentralizadas. El ámbito de aplicación de la misma será el de las personas jurídicas de derecho privado estatales, dentro del cual quedan comprendidas las empresas públicas, en virtud de que serán ellas las encargadas de realizar actividades empresariales⁴³.

Sin embargo, en el marco de un sistema de economía social de mercado, en el cual por principio –como dice PEÑA SOLÍS– existe la concurrencia o co-iniciativa del Estado y los particulares en la actuación en la Economía, y en el caso venezolano en que pareciera predominar la iniciativa del primero sobre los particulares, no se requiere –citando a este autor– una disposición constitucional expresa para que el Estado pueda crear empresas públicas a los fines de intervenir directamente en la Economía, pues estas son técnicas ordinariamente utilizadas por el Estado en su rol de interventor⁴⁴.

Las normas constitucionales relacionadas con las Empresas Públicas fueron desarrolladas por la LOAP en sus artículos 103 al 109, ubicados en la Sección Segunda del Capítulo II del Título IV. El primero de esos preceptos contiene una definición de Empresas del Estado en los siguientes términos:

“Artículo 103. Las Empresas del Estado son personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo a las normas del derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descen-

43 PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 638.

44 Ídem.

tralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social”.

Asimismo, la LOAP en la Sección en referencia estableció el procedimiento para la creación de las Empresas del Estado, la adquisición de la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina de registro público correspondiente (artículo 104); la obligatoriedad de publicación de los documentos de las empresas del Estado en la Gaceta Oficial (artículo 105); la figura de Empresas del Estado con un único accionista (artículo 106); la creación de empresas matrices (artículo 107); la legislación que rige a las Empresas del Estado (artículo 108); y el registro de la composición accionaria de las empresas donde el Estado tenga participación, a cargo del órgano nacional, estatal, distrital o municipal con competencia en materia presupuestaria (artículo 109).

De modo especial interesa atender a lo previsto en el artículo 108 de la LOAP, en relación con la legislación que rige a las Empresas del Estado:

“Artículo 108. Las empresas del Estado se regirán por la legislación ordinaria, por lo establecido en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y las demás normas aplicables; y sus trabajadores y trabajadoras se regirán por la legislación laboral ordinaria”.

A tenor del precepto que antecede las empresas del Estado se regirán por la legislación ordinaria, lo previsto en la LOAP y las demás normas aplicables; y la legislación laboral ordinaria. La doctrina del Derecho Administrativo venezolano coincide en afirmar que este tipo de empresas obedecen a un sistema dual de normas, formado por el Derecho Privado y el Derecho Público (PEÑA SOLÍS, ARAUJO-JUÁREZ, HERNÁNDEZ-MENDIBLE).

Como referencia comparada cabe señalar que en España ocurre una situación similar, pues –como explica SÁNCHEZ MORÓN- estas entidades aún siendo públicas se rigen por el Derecho Privado, a excepción de los siguientes aspectos: *“la formación de la voluntad de sus órganos y el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas [...], así como a su régimen presupuestario, económico-financiero y de contabilidad, incluida la intervención y control financiero”*⁴⁵.

Volviendo al Derecho venezolano es adecuado citar la opinión de la doctrina, en interpretación de lo dispuesto en la ley administrativa. Así, Peña Solís sostiene lo siguiente:

*“En principio este tipo de empresas están regidas tanto por normas de Derecho Público como de Derecho privado, pero en su régimen jurídico debe prevalecer el último tipo de normas (de derecho mercantil, civil y laboral). Esa prevalencia que es postulada doctrinariamente como regla, y se puede determinar el grado de proximidad entre el régimen como tal, y el modelo delineado en el Código de Comercio, porque debe admitirse que siempre habrá derogatorias de disposiciones de dicho modelo”*⁴⁶.

Por lo que respecta al régimen jurídico de las empresas del Estado este autor sostiene lo siguiente:

“...desde el punto de vista jurídico se creaban y se crean teniendo como base un régimen mixto, constituido por normas de Derecho privado y de Derecho Público, lo que en el mejor de los casos (empresas públicas en forma de sociedad anónima), conducía y conduce de todas maneras a una mayor o menor mediatización de la flexibilidad que se buscaba y se continúa buscando teóricamente.

[Omissis]

45 SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, cit., p. 409.

46 PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 667.

Pues bien, la mediatización se produce porque, como hemos visto, sin negar su razón de ser, porque el funcionamiento 'ad intra' (presupuesto, crédito público, fiscalización, rendición de cuentas, etc.) de estas empresas está regido casi totalmente por el Derecho Público, y más concretamente por el principio de legalidad, y condicionado, algunas veces también su actuación frente a terceros (contratación), por el ente público territorial al cual están adscritas, o por el Parlamento, o por los órganos de control externo. En otros términos, el régimen jurídico de las empresas públicas, tal como aparece concebido en la mayoría de los países, e insistimos que no puede ser de otra manera, porque son públicas en tanto en cuanto, directa o indirectamente tutelan el interés general, en la práctica impide que ellas puedan actuar en la consecución de su objeto de la misma manera que lo hace una sociedad anónima regulada exclusivamente por el Derecho Privado"⁴⁷.

Por su parte, ARAUJO-JUÁREZ opina que las empresas del Estado son personas jurídicas constituidas mediante fórmulas de Derecho Privado y sometidas, en principio, al mismo régimen que las sociedades formadas por los particulares. Agrega que por lo común ostentan forma de sociedades de comercio y, en consecuencia, se rigen fundamentalmente por las disposiciones del Derecho Mercantil. Sin embargo, en tiempos recientes se ha hecho cada vez más frecuente la promulgación de reglas de Derecho Público aplicables a tales empresas, operándose una gradual transformación de su régimen jurídico que hoy puede calificarse como híbrido o mixto⁴⁸. Dicho autor expresa lo siguiente en relación con el régimen jurídico:

"...desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable a las empresas públicas constituidas bajo la forma de sociedades mercantiles, se observa que se encuentran sometidas al régimen de Derecho privado propio de tales sociedades, esto es, 'la legis-

47 PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 548.

48 ARAUJO-JUÁREZ, *Régimen general de Derecho Público relativo a las empresas del Estado*, cit., p. 213.

lación ordinaria', aún en el caso de empresas del Estado creadas por ley nacional; pero por otra parte, dado el carácter de la participación pública y, por consiguiente, su pertenencia al sector público, se encuentran también en buena medida sometidas a las disposiciones del Derecho público y, en particular, a las del Derecho administrativo, cuando se señala expresamente que se deja a 'salvo lo establecido en la ley'.

[Omissis]

Por tanto, se puede concluir que existe todo un 'bloque normativo' de Derecho Administrativo aplicable directamente a las empresas del Estado. Según los casos, serían aplicables las normas relativas a la Administración Pública en general, sobre licitaciones, contrataciones del sector público, régimen presupuestario, crédito público, contraloría, etc."

De igual modo, HERNÁNDEZ-MENDIBLE considera en torno al régimen jurídico de las empresas del Estado lo que se cita en extenso a continuación, con sus respectivas consecuencias:

"La primera es la publicación, cuando menos parcial de su régimen jurídico. Es así como las empresas públicas se van a regir en principio por lo establecido en la legislación ordinaria, pero por su naturaleza también le son aplicables disposiciones de derecho público, como la Constitución, la Ley Orgánica de la Administración Pública, el Decreto sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional, la Ley Orgánica de Administración Financiera del sector público, la Ley de Licitaciones y sus reglamentos, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el sistema de control fiscal, la Ley contra la Corrupción, así como las Condiciones generales de contratación para la ejecución de obras.

La segunda se refiere al régimen del personal. La transformación de una antigua empresa privada en empresa pública no afecta el régimen jurídico de los empleados y obreros, de allí que resulte

totalmente inapropiado considerar que quienes eran trabajadores de una empresa privada, como consecuencia de su conversión en una empresa pública, cambiaron de régimen jurídico y a partir de ese momento pueden ser considerados funcionarios públicos.

El cambio en el régimen jurídico de la empresa, no afecta el régimen jurídico de los trabajadores, pues lo que se produce desde el punto de vista laboral es una sustitución de patrono, pero no una sustitución de régimen jurídico laboral hacia el funcional.

Además, debe tenerse presente que la Ley del Estatuto de la Función Pública no contempla su aplicación a las empresas públicas y en todo caso debe recordarse, que constitucionalmente la única forma de ingresar a la función pública es previo concurso público.

El tercer aspecto que es consecuencia de lo anterior, consiste en que las empresas públicas deberán negociar y celebrar convenciones colectivas de trabajo y se pueden producir conflictos colectivos, de conformidad con el ordenamiento internacional, la Constitución y la Ley Orgánica del Trabajo. Ello implica que el Estado como garante de los derechos constitucionales, en su condición de patrono, no debe poner obstáculos al ejercicio del derecho constitucional a la huelga y en su condición de regulador social, debe establecer de manera proporcional, adecuada y necesaria tanto los servicios de mantenimiento y seguridad de la empresa, mientras se desarrolla una huelga en la empresa o en el sector respectivo, como los servicios mínimos para garantizar el abastecimiento de bienes esenciales a los consumidores o la prestación de los servicios públicos a los usuarios.

[Omissis]

...en lo atinente al sometimiento de las empresas públicas al control jurisdiccional, la estatización de las antiguas empresas privadas o la constitución de nuevas empresas públicas genera como consecuencia, que al integrarse a la organización de la

Administración Pública descentralizada funcionalmente, quedan sometidas al orden jurisdiccional administrativo, por la actividad administrativa que efectúen, por la inactividad que omitan realizar, así como por el hecho de poseer el Estado un control decisivo y permanente en cuanto a su dirección o administración”⁴⁹.

Las opiniones que anteceden permiten formarse un criterio sobre las normas jurídicas aplicables a las empresas del Estado y el régimen jurídico mixto -de Derecho Privado y de Derecho Público- al que están sometidas. Por último, hay un supuesto particular de empresas del Estado al que es preciso hacer referencia.

1. Empresas del Estado del sector petrolero

La Ley Orgánica de Hidrocarburos tiene una sección completa (la Sección Segunda, del Capítulo III) dedicada a regular las Empresas del Estado que realicen las actividades previstas en dicha Ley⁵⁰.

En ese sentido, el artículo 29 de la mencionada Ley Orgánica de Hidrocarburos dispone lo siguiente:

*“**Artículo 29.** Las empresas petroleras estatales se regirán por esta Ley y su Reglamento, por sus propios estatutos, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo, y por las del derecho común que les sean aplicables”.*

49 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. “La nacionalización de las actividades, los servicios y las empresas en Venezuela”. *Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*. Universidad Central de Venezuela - Editorial Jurídica Venezolana. Colección Instituto de Derecho Público No. 3. Caracas, 2008. pp. 57 a la 59.

50 *“Artículo 1. Todo lo relativo a la exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte, almacenamiento, comercialización, conservación de los hidrocarburos, así como lo referente a los productos refinados y a las obras que la realización de estas actividades requiera, se rige por esta Ley”.*

Igualmente, el artículo 30 de la Ley en referencia contempla en cuanto al mecanismo de control administrativo lo siguiente:

“Artículo 30. El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo, ejercerá las funciones de inspección y fiscalización de las empresas petroleras estatales y sus filiales, tanto en el ámbito nacional como en el internacional y dictará los lineamientos y las políticas que deban cumplirse sobre las materias a que se refiere esta Ley”.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece que los trabajadores de las empresas petroleras estatales, con excepción de los integrantes de las Juntas Directivas, gozarán de estabilidad en el trabajo y sólo podrán ser despedidos por las causales expresamente consagradas en la legislación laboral.

En consecuencia, para el caso específico de las empresas del Estado del sector petrolero la normativa aplicable consiste en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y su Reglamento, sus Estatutos, las regulaciones que dicte el Ejecutivo Nacional a través del ministerio competente y las normas del Derecho común correspondientes. Tales empresas, sean del ámbito nacional o internacional, estarán sometidas según la normativa a la inspección y fiscalización del Ejecutivo Nacional.

III. CLASES DE PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN LA EMPRESA PÚBLICA

La participación del Estado en sociedades mercantiles, en las acciones de las mismas o en la adopción de decisiones puede obedecer –siguiendo a Juan GARRIDO ROVIRA y a Nelson SOCORRO- a distintos criterios, como son los referidos a las variables: territorial, cuantitativa y cualitativa. A continuación, se hará referencia a estas formas de participación.

1. Participación territorial

La territorialidad es un elemento para determinar la participación del Estado en la empresa pública. En ese sentido, la participación puede ser territorial o extra-territorial.

Si se trata de empresas constituidas o domiciliadas en Venezuela, la participación es territorial. Así sucede cuando el Estado participa en empresas, bien por efecto de la asociación de dos o más personas jurídicas estatales o de la Asociación del Estado con el capital privado nacional o extranjero en territorio venezolano⁵¹. En cambio, cuando las empresas en las que el Estado participa tienen carácter internacional, bien por haber sido constituidas en el extranjero o encontrarse domiciliadas en otro país, estamos en presencia de una participación extra-territorial⁵².

2. Participación cuantitativa

La magnitud de la participación en las acciones puede ser total o parcial. La participación total supone la tenencia de la totalidad de las acciones de la empresa y por ende el Estado controla la gestión de la misma. La participación parcial implica la titularidad de una parte de las acciones por parte del Estado en una sociedad anónima⁵³.

51 GARRIDO ROVIRA, Juan y SOCORRO, Nelson. *Las Empresas del Estado en Venezuela*. Estudio Jurídico. Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública. Caracas, 1977. p. 56.

52 Ídem.

53 GARRIDO ROVIRA y SOCORRO, *Las Empresas del Estado...*, cit., p. 56. Otra opinión si bien en sentido similar, es la de VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE quien dice: “El criterio cuantitativo, que considera como empresas del Estado, a aquellas donde los entes (República, estados y municipios, institutos autónomos, empresas del Estado, fundaciones, sociedades civiles) tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social” (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. “La nacionalización de las actividades, los servicios y las empresas en Venezuela”, cit., p. 54).

A su vez, la participación parcial puede ser minoritaria, paritaria o mayoritaria. La participación minoritaria puede entenderse en forma absoluta o relativa. Es absoluta cuando el Estado se encuentra en franca minoría frente al otro u otros accionistas. Es relativa cuando, si bien el Estado tiene menos de la mitad del capital social, la estructura y composición del mismo pueden permitir que, en un momento determinado, el Estado controle la empresa, especialmente cuando se han establecido disposiciones estatutarias en resguardo y protección de los intereses del Estado⁵⁴.

La participación paritaria tiene lugar cuando el Estado, al asociarse con un particular, conserva la mitad de las acciones que representan el capital social. Cuantitativamente, el Estado y el particular se encuentran en igualdad de condiciones. Sin embargo, en estos casos puede ocurrir, por diversas razones, que el Estado se asegure el control sobre la empresa de que se trata, mediante la inclusión de normas estatutarias que le permiten ejercer en un determinado momento un derecho de veto o bien decidir sobre las acciones fundamentales de la empresa⁵⁵.

Finalmente, se entiende por participación mayoritaria la tenencia por parte del Estado de más de la mitad del capital social.

3. Participación cualitativa

En atención a la calidad de la participación es posible distinguir las siguientes situaciones: participación de gestión, participación de control, participación complementaria, participación accidental y participación decisiva⁵⁶.

54 Tomado de: GARRIDO ROVIRA y SOCORRO, *Las Empresas del Estado...*, cit., p. 57.

55 Tomado de: GARRIDO ROVIRA y SOCORRO, *Las Empresas del Estado...*, cit., p. 58.

56 GARRIDO ROVIRA y SOCORRO, *Las Empresas del Estado...*, cit., p. 58.

Ocurre la participación de gestión cuando el Estado posee la totalidad del capital de la empresa, de allí que la misma forma parte de su organización administrativa y conserva su administración y gestión.

La participación de control se produce cuando el Estado sin poseer la mayoría del capital social, participa en éste con la finalidad de controlar toda la gestión de la empresa o algunos aspectos de la misma.

Por su parte, la participación complementaria ocurre cuando la intervención del Estado obedece a la necesidad de dar integridad a la actividad del capital privado o por responder a razones de tipo financiero. En efecto, la participación se puede producir por circunstancias ajenas a la voluntad del Estado. Un ejemplo se halla en la dación en pago que de las acciones han hecho los particulares a organismos financieros del Estado y en el supuesto de incumplimiento éste se encuentra con inversiones forzosas, produciéndose así la denominada participación accidental.

Por último, cuando el Estado posee la totalidad del capital social o una cantidad de acciones que, conforme al Derecho común o estatutarios aplicables, le dan poder de decisión es evidente que la participación del Estado en la empresa es decisiva. En cambio, cuando el Estado no tiene participación mayoritaria, ni existen disposiciones estatutarias que le confieran determinados derechos, no existe en principio participación decisiva.

Sin embargo, conforme al Derecho aplicable a las sociedades anónimas, puede ocurrir que el Estado, como accionista minoritario, tenga en una empresa en un momento determinado una participación decisiva en virtud de la estructura y composición del capital social. Por ello, resulta conveniente distinguir la participación decisiva asociada a un estatus permanente del Estado dentro de la empresa

(socio mayoritario), de aquélla otra participación decisiva que es coyuntural o circunstancial.

IV. RÉGIMEN LEGAL DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO. APLICABILIDAD DE LAS LEYES ADMINISTRATIVAS VENEZOLANAS A LAS EMPRESAS DEL ESTADO CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

Corresponde abordar en último lugar un problema jurídico relacionado con el régimen legal aplicable a las denominadas Empresas del Estado con participación extra-territorial. Al respecto, es preciso recordar que hay Empresas del Estado que tienen carácter internacional, bien por haber sido constituidas en el extranjero o encontrarse domiciliadas en otro país, y en ese caso se trata de una participación del Estado de carácter extra-territorial. De ese modo, cabe preguntarse lo siguiente: cuál es el régimen legal de tales empresas, están las mismas sujetas a las leyes venezolanas de empresas del Estado, de manera particular a lo dispuesto en la LOAP en sus artículos 103 al 109 y demás leyes de índole administrativa, o se rigen entera y exclusivamente por la legislación del país donde han sido constituidas o tienen su domicilio.

En primer lugar, se debe señalar que el supuesto descrito constituye un problema de validez espacial de la ley o un *problema sobre la autoridad extraterritorial de la ley*⁵⁷. Se admite que las leyes tienen varios ámbitos de validez, siendo éstos los ámbitos temporal, personal, material y espacial. Así, desde el punto de vista espacial, las leyes vigentes en un Estado se aplican dentro del territorio del mismo. Los llamados problemas de leyes en el espacio se reducen siempre a establecer el carácter territorial o extraterritorial de deter-

57 GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa S.A. Vigésimo novena edición. México, 1978. p. 404.

minado precepto⁵⁸ o conjunto de ellos. La validez del sistema normativo que constituye el orden jurídico estatal – sostiene E. GARCÍA MAYNEZ citando a H. KELSEN – se circunscribe, en principio, a un determinado territorio. Los hechos que regulan esas normas tienen la nota especial de que han de ocurrir precisamente en un territorio determinado. Sólo en virtud de esta limitación del ámbito espacial de validez de las normas es posible la vigencia simultánea de varios órdenes estatales, sin incurrir en conflicto unos con otros, dada la variedad de sus contenidos⁵⁹.

Sobre la base de lo anterior corresponde determinar el Derecho aplicable a un sujeto particular, al que se refiere el presente análisis, que son las Empresas del Estado venezolano con participación extra-territorial. Se sabe con relación a las mismas que ellas gozan de personalidad jurídica propia, forman parte de la organización administrativa y pertenecen a la estructura del Estado. Es necesario colocar de relieve, en ese contexto, la influencia de la Constitución en las distintas ramas del Derecho, con mayor razón en las de carácter público. Autores en el Derecho Privado admiten además cierta mengua de esta disciplina, en virtud de la correlativa expansión del Derecho Público y de manera más precisa del Derecho Constitucional⁶⁰. Sin duda, gozan de poder y autoridad las normas constitucionales relativas a derechos humanos, las de organización y funcionamiento del Estado, los principios del mismo, los mecanismos para garantizar la efectividad de los derechos y libertades, así como en general las demás normas previstas en el Texto Constitucional.

Por otro lado, en el régimen de las fuentes del Derecho y en el contexto de las relaciones internacionales existe una

58 Ídem.

59 GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 404.

60 MADRID MARTÍNEZ, Claudia. "Constitución y Derecho Internacional Privado". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 10. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas, 2018. p. 227.

categoría de preceptos conocida como normas de aplicación inmediata o necesaria, a las cuales los estudiosos del Derecho Privado les han prestado interés. Esta categoría –no exenta de dificultades– consiste en normas cuya observancia es necesaria para salvaguardar la organización política, social y económica de un país⁶¹. El carácter distintivo de estas normas reside en la necesidad de salvaguardar la organización estatal⁶². La Constitución de 1999, en la parte *in fine* de su artículo 1, establece un conjunto de derechos irrenunciables de la Nación⁶³. De allí que, cada vez –como sostiene ROMERO– que la organización del Estado está presente, la aplicación de las leyes extranjeras puede ser rechazada o intolerable⁶⁴.

Así las cosas, en el supuesto bajo análisis se debe tener presente que en virtud de los intereses administrativos y patrimoniales del Estado venezolano en la Empresa del Estado de que se trate, la Constitución de 1999 y las normas sobre la organización y funcionamiento de la Administración Pública previstas en la misma (artículos 2, 7, 139, 140, 141 al 143 y 274, entre otros) tienen preferente aplicación respecto del ordenamiento extranjero. En efecto, esta clase de empresas son un elemento de la organización administrativa del Estado venezolano, si bien en el extranjero, forman parte de su estructura y el patrimonio de las mismas (bienes muebles e inmuebles, dinero, etc.) es a su vez patrimonio del Estado venezolano. Por tanto, las normas previstas en la Constitución relacionadas con la organización y funcionamiento de la Administración Pública son normas de aplicación inmediata o necesaria.

61 ROMERO, Fabiola. “La norma de aplicación inmediata o necesaria”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* núm. 112. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1999. p. 134.

62 Ídem.

63 “Artículo 1. [Omissis].

Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional”.

64 ROMERO, “La norma de aplicación inmediata o necesaria”, cit., p. 134.

La premisa que antecede debe llevar a efectuar la siguiente distinción e igualmente abre paso a resolver el núcleo de la interrogante formulada: existe una diferencia entre los aspectos organizativos de la empresa del Estado de que se trate, donde relucen los intereses del Estado y los aspectos de funcionamiento vinculados con el giro comercial de la misma, a los fines de determinar la legislación aplicable. Esa distinción está basada en el carácter de las normas constitucionales (son de aplicación inmediata o necesaria) y en los intereses administrativos y patrimoniales del Estado en esta clase de entes. Encuentra refuerzo asimismo esa distinción en la situación que ocurre en el ámbito interno, donde a tenor del artículo 108 de la LOAP, las Empresas del Estado están sometidas a un régimen legislativo dual o mixto, constituido por normas de Derecho Privado y de Derecho Público.

Por consiguiente, cuando se trata de los aspectos organizativos, relacionados con la estructura interna de la empresa del Estado respectiva (presupuesto, bienes), resultan aplicables en consecuencia las leyes administrativas de contrataciones⁶⁵, del sistema financiero⁶⁶ y de bienes públicos⁶⁷, así como los controles institucionales correspondientes (administrativo, parlamentario, fiscal y jurisdiccional), contemplados en la Constitución de 1999 y las leyes administrativas venezolanas. Entre esta clase de controles inclusive el citado artículo 30 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos hace referencia a la inspección y fiscalización, por el Ejecutivo Nacional, de las empresas del Estado de ámbito nacional o internacional.

En cambio, en el caso de los aspectos de funcionamiento de la empresa del Estado respectiva, como son los relativos

65 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, artículo 3.4.

66 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, artículos 5.8 y 5.9.

67 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos, artículo 4.10.

a las relaciones con sus trabajadores o el giro comercial de la misma, corresponde aplicar las normas de Derecho Privado (Derecho Mercantil, Derecho Civil y Derecho Laboral), del país donde tengan su domicilio o donde ejerzan la actividad de que se trate. Ello guarda relación con aspectos de orden interno, de índole privada, la mayor parte de las veces con relaciones entre particulares y el Derecho Público cede espacio.

No obstante, la regla que antecede referida a la aplicación de la normativa de Derecho Privado del país donde hayan sido constituidas o tengan su domicilio, se debe atemperar con el orden público interno previsto en la Constitución y las leyes venezolanas. Por ejemplo, una decisión, actuación o conducta en ese ámbito no puede ser abierta y francamente contraria a lo que dichas normas establezcan. Una vez determinado el Derecho aplicable y concretado el mismo, es posible confrontar los resultados a la luz del orden público interno⁶⁸. Esta operación persigue controlar el resultado de la aplicación del Derecho Privado extranjero⁶⁹. Por lo demás dicha solución es adoptada por el artículo 8 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana⁷⁰.

En consecuencia, las Empresas del Estado de carácter internacional en las que la participación estatal sea de carácter extra-territorial, bien por haber sido constituidas en el extranjero o encontrarse domiciliadas en otro país, están sometidas a un régimen legal dual o mixto, constituido por normas de Derecho Privado y de Derecho Público. En lo concerniente a su organización, por formar parte de la estructura administrativa del Estado venezolano y por los intereses administrativos y patrimoniales del mismo, se deben aplicar las leyes adminis-

68 MADRID MARTÍNEZ, "Constitución y Derecho Internacional Privado", cit., p. 255.

69 Ídem.

70 "**Artículo 8.** Las disposiciones del derecho extranjero que deban ser aplicables de conformidad con esta Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano".

trativas venezolanas y los controles previstos en estas leyes. Por el contrario, cuando se trate del funcionamiento de tales empresas, bien sea la producción de bienes, la comercialización de los mismos o la prestación de servicios, se debe aplicar el Derecho Privado del país donde están constituidas o tengan su domicilio, cediendo espacio el Derecho Público nacional, a favor de las respectivas normas del Derecho Mercantil, Derecho Civil y Derecho Laboral del lugar respectivo. Sin embargo, es preciso matizar las características de esa operación, ya que la aplicación del Derecho Privado debe guardar relación con el orden público interno previsto en la Constitución de 1999 y demás leyes venezolanas, o dicho de otro modo no puede contrariar el orden público nacional.

CONCLUSIONES

Con base en el análisis efectuado en relación con el régimen legal de las Empresas del Estado y la aplicabilidad de las leyes administrativas venezolanas a las empresas del Estado constituidas en el extranjero, corresponde concluir lo siguiente:

1. Las Empresas del Estado son organizaciones creadas por el Estado, conforme a las disposiciones constitucionales y legales (artículo 300 de la Constitución y 103 de la LOAP), para intervenir directamente en la Economía, mediante la producción de bienes y la prestación de servicios.
2. Existen un conjunto de elementos o variables que deben estar presentes en la noción de Empresa del Estado, que son los siguientes: la personalidad jurídica; la intervención directa en la Economía, en el entendido de que las empresas privadas ejercen sus actividades con una finalidad de lucro, mientras que las empresas públicas ejercen la misma con una finalidad de interés general, objetivo que no es incompatible en todo caso con la

realización de beneficios, si bien no puede considerarse a la rentabilidad como una meta exclusiva de la empresa pública; y los controles institucionales o estatales a los que están sometidas que pueden ser de tipo administrativo, legislativo (o parlamentario), fiscal y jurisdiccional.

3. Según la participación del Estado en las sociedades mercantiles, en las acciones de las mismas o en la adopción de decisiones, dicha participación puede ser: territorial, cuantitativa o cualitativa.
4. La territorialidad es un elemento para determinar la participación del Estado en la empresa pública, de allí que si se trata de empresas constituidas o domiciliadas en Venezuela la participación es territorial. En cambio, cuando las empresas en las que el Estado participa tienen carácter internacional, bien por haber sido constituidas en el extranjero o encontrarse domiciliadas en otro país, la participación es extra-territorial.
5. Las Empresas del Estado constituidas o domiciliadas en Venezuela, de acuerdo con buena parte de la doctrina del Derecho Administrativo y con la legislación nacional (artículo 108 de la LOAP), están sometidas a un régimen legal dual o mixto, en el que de acuerdo con la naturaleza del asunto interactúan el Derecho Privado y el Derecho Público.
6. Las Empresas del Estado venezolano constituidas o domiciliadas en el extranjero, que son aquéllas de carácter internacional, están sometidas igualmente a un régimen legal mixto o dual, formado por normas de Derecho Privado y de Derecho Público.
7. Con relación a esta última categoría de Empresas, en lo concerniente a su organización, por formar parte de la estructura administrativa del Estado venezolano y

por los intereses administrativos y patrimoniales del mismo, se deben aplicar las leyes administrativas venezolanas y los controles previstos en estas leyes, lo que determina la aplicabilidad de las leyes administrativas venezolanas en ese sentido.

8. Por el contrario, cuando se trate del funcionamiento de estas mismas empresas, bien sea la producción de bienes, la comercialización de los mismos o la prestación de servicios, se debe aplicar el Derecho Privado del país donde están constituidas o tengan su domicilio, cediendo espacio el Derecho Público nacional, a favor de las respectivas normas del Derecho Mercantil, Derecho Civil y Derecho Laboral del lugar respectivo. Sin embargo, es preciso matizar las características de esa operación, ya que la aplicación del Derecho Privado debe guardar relación con el orden público interno previsto en la Constitución de 1999 y demás leyes venezolanas, o dicho de otro modo no puede contrariar el orden público nacional.

EL REPARO COMO FORMA DE DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO*

Alejandro Canónico Sarabia¹

Resumen: En el desarrollo de la gestión pública, los sujetos que ejercen el poder público pueden eventualmente incurrir en irregularidades o infracciones al ordenamiento jurídico lo que generaría la determinación de una serie de responsabilidades ocasionándoles consecuencias jurídicas relevantes. Uno de los tipos de responsabilidades en que pudieran incurrir los mencionados sujetos, es la responsabilidad civil, la cual supone la obligación de resarcir los daños que se le hubieren ocasionado al patrimonio público por el actuar administrativo. Estas responsabilidades deben ser determinadas por los órganos de control fiscal, quienes son los órganos públicos llamados a fiscalizar y garantizar el correcto manejo de los bienes y recursos públicos, conformes a los principios fundamentales del derecho público.

Palabras Clave: *Reparo. Función Pública. Responsabilidad Civil. Control Fiscal.*

Summary: In the development of public management, the subjects that work with public power may eventually incur irregularities or infractions to the legal system which would generate the determination of a series of responsibilities causing relevant legal consequences. One of the types of responsibilities that may be incurred by people is civil liability, which is understood to

* El presente trabajo fue originalmente publicado en el Libro *El Control y La Responsabilidad en la Administración Pública*. Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Adiestramiento Jurídico. Caracas 2012; y ha sido revisado, corregido y actualizado para publicarlo en esta edición.

1 Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano. Profesor de Derecho Administrativo. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Coordinador Nacional de la Red Iberoamericana de Contratación Pública. email: canonico1511@gmail.com

mean that the obligation to compensate the damages that would have been caused to the public property by the administrative act. These responsibilities must be determined by the fiscal control bodies, which are the public bodies called upon to supervise and guarantee the correct management of public assets and resources, in accordance with the fundamental principles of public law.

Key words: *Repair. Public function. Civil Liability. Tax Control.*

Recibido: 23 de junio de 2019 Aceptado: 30 de enero de 2020

SUMARIO

- I. Introducción general a la noción de control fiscal
- II. Fundamento constitucional sobre la responsabilidad y el control
- III. La responsabilidad civil del funcionario dentro de la Administración Pública
- IV. El reparo como mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad civil del funcionario
- V. Procedimiento para formular el reparo
- VI. Mecanismos de defensa en contra del acto de formulación del reparo

I. INTRODUCCIÓN GENERAL A LA NOCIÓN DE CONTROL FISCAL

Tradicionalmente la doctrina ha indicado que la evolución y desarrollo histórico de la actividad contralora del estado, se puede ubicar en tres grandes etapas. La primera se originaría desde el nacimiento de la nación, al tiempo de su estructuración como unidad fiscal dentro del imperio español que se prolonga hasta la fecha de la creación de la Contraloría General de la Nación, en el año 1938. La segunda etapa, ubicando su punto de partida precisamente en la creación del máximo órgano de control fiscal externo (año 1938), hasta el año de 1975, en virtud de la aprobación de la Ley Orgánica que desarrolla el postulado contenido en la constitución nacional de 1961, la cual había colocado a la Contraloría General como un órgano de creación constitucional y con autonomía funcional, con mayores competencias y presencia como un órgano del Estado. Y la tercera etapa que se extiende desde el periodo anterior hasta la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) en el año 2000, caracterizado e influenciado por la multiplicación de los ingresos públicos derivados de la fuente petrolera, de manera sorpresiva y sin contar con previsiones previas sobre el control de dicha actividad.

Particularmente agregaría adicionalmente una cuarta etapa, –actual- desde la aparición del vigente texto constitucional hasta nuestros días. Momento a partir del cual se remoja al Órgano de Control Fiscal, otorgándole expresamente autonomía funcional, administrativa y organizativa; se comienza a hablar del Sistema Nacional de Control Fiscal, ya no se ve a la Contraloría General como un apéndice del Congreso de la República, sino como cúspide de la concepción sistémica del control fiscal nacional, e inserto dentro de una nueva manifestación del poder público, como lo es el Poder Ciudadano².

En la actualidad, dentro de ese sistema organizacional, se encuentra una serie de órganos y estructuras estatales llamadas a desarrollar la función contralora. Esta función implica el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y las operaciones relativas a los mismos, así como la verificación de los indicadores de gestión de los funcionarios que ejercen sus actividades dentro del aparato del estado. Y dentro del ejercicio de tal función de control estos órganos poseen la potestad de determinar responsabilidades sobre funcionarios y otras personas vinculadas a la gestión pública, y en consecuencia la potestad de sancionar y de ordenar acciones resarcitorias, si se verifica un daño al patrimonio público. Toda esta estructura y actividad en función del control encuentra *ad initio* fundamento en el texto constitucional.

II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD Y EL CONTROL

El desarrollo de los cometidos estatales trae consigo de forma implícita las nociones de control y responsabilidad, estas

2 El artículo 273 de la CRBV, expresamente establece: “Los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, El Poder Ciudadano es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto dentro del presupuesto general del estado se le asignará una partida anual variable.”

nociones principistas encuentran soporte fundamental en el texto constitucional, desde su artículo 6 la CRBV determina que, tanto el gobierno nacional como las entidades políticas que componen la República, son y serán siempre responsables; por su parte el artículo 141 señala que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta, entre otros, en el *principio de responsabilidad en el ejercicio de la función pública*, con sometimiento pleno a la ley y al derecho; y el artículo 139 del mismo texto constitucional, específicamente señala: “...El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley.”

Específicamente sobre la responsabilidad individual de los funcionarios, el artículo 25 *eiusdem* menciona: “...Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.” Constatando el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos, respecto de los actos que dicten, ordenen y ejecuten, en violación o menoscabo de los derechos garantizados constitucionalmente, siguiendo una larga tradición de nuestro constitucionalismo³.

Pero el tema de la responsabilidad del estado y de sus agentes en el marco constitucional, no sólo se circunscribe a las disposiciones fundamentales comentadas, a la par existe una serie de normas que mencionan el principio de responsabilidad, como veremos seguidamente. Los artículos 199 y 200, referidos a la responsabilidad de los diputados a la Asamblea Nacional; el artículo 216 por la responsabilidad del Presidente de la República al no promulgar una Ley; el artículo 222 relativo a la responsabilidad política de los funcionarios, declarada

3 Allan R., BREWER CARIAS. *Principios Fundamentales de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2005, pág. 140.

por la Asamblea Nacional; los artículos 232, 241, 242 y 244, que tratan sobre la responsabilidad del Presidente, del Vicepresidente de la República y de los Ministros, respectivamente; el artículo 281 numerales 4 y 5, sobre la Defensoría del Pueblo y su competencia para instar al ejercicio de las acciones derivadas de responsabilidades de funcionarios; el artículo 285 numeral 5, sobre la competencia del Ministerio Público para intentar las acciones para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria sobre funcionarios públicos. Y por último en materia de responsabilidad derivada de la actividad judicial, se nos presentan los artículos 49.8 y 255 *in fine*.

En lo que respecta a los órganos de control, la Constitución venezolana, también aporta normas que consagran estas estructuras públicas y que persiguen otorgarles legitimidad y funcionalidad a los referidos órganos de control fiscal. El artículo 287, define a la Contraloría General de la República como el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos; determinando que goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, orientando su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control, quedando su organización y funcionamiento determinada por la respectiva ley. Sus atribuciones se pudieran resumir en lo siguiente: Inspecciona y fiscaliza los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público; practica fiscalizaciones, dispone el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dicta las medidas, impone los reparos y aplica las sanciones administrativas a que haya lugar. Adicionalmente, ejercer el control de gestión y evaluación sobre el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes⁴.

4 Ver el artículo 289 de la CRBV.

Por otra parte, el artículo 291 constitucional considera a la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional como parte integrante del sistema nacional de control fiscal. En el artículo 163 constitucional se prevé el funcionamiento de una Contraloría Estatal en cada estado integrante de la Federación; y el artículo 176, se refiere a las Contralorías Municipales. Todos estos órganos con sus respectivas funciones contraloras sobre los ingresos, gastos, bienes públicos y las operaciones con los mismos, en sus respectivas áreas de influencia, sin menoscabo de las competencias de la Contraloría General de la República.

Así entendido, el control público y específicamente el control fiscal, ha pasado a convertirse hoy en día en uno de los principios fundamentales del derecho público moderno, que hermanado con los de legalidad, separación de funciones, constitucionalidad de las normas, reconocimiento de derechos subjetivos públicos, de derechos sociales y económicos por parte del estado, y la buena administración, singularizan esencialmente lo que debe ser un estado democrático, en el cual la seguridad jurídica coadyuve en la satisfacción del interés general.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FUNCIONARIO DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Las responsabilidades individuales en las que pueden incurrir los funcionarios públicos

Como se mencionara antes, en el desarrollo o ejercicio de actividades estatales, los sujetos que ejercen el poder público pueden eventualmente incurrir en supuestos definidos -por el legislador- como prohibidos y, en consecuencia, su infracción originaría la determinación de algún tipo de responsabilidad. Igualmente, en el ejercicio de esa función pública a la que se encuentran obligados, los funcionarios públicos pudieran causar daños, tanto a particulares como a la propia adminis-

tración, y por lo tanto también quedarían obligados a reparar aquellos daños causados de manera exclusiva o por vía solidaria; presentándose de forma relevante el estudio de las responsabilidades de los actores públicos y sus diversas manifestaciones. Teniendo en cuenta que la responsabilidad es la consecuencia a la que queda sometida el funcionario por la infracción del ordenamiento jurídico.

La responsabilidad individual a la cual hacemos referencia puede adoptar diferentes formas, guardando estrecha relación con la naturaleza del hecho que desencadena la responsabilidad del funcionario y la consecuencia que ella genera; en ese sentido podemos afirmar que la responsabilidad individual del actor público se puede clasificar en: responsabilidad penal, responsabilidad administrativa, responsabilidad disciplinaria y responsabilidad civil⁵.

-
- 5 Muchas son las normas venezolanas que consagran el sistema de responsabilidad individual del funcionario público, de manera tradicional, a saber, el artículo 7 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, señala: “... Los funcionarios o funcionarias públicos responderán penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, faltas, hechos ilícitos e irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones”. El artículo 8 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, indica: “...Las funcionarias y funcionarios de la Administración Pública incurrir en responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria, según el caso, por los actos, hechos u omisiones que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin que les sirva de excusa órdenes superiores”. Por su parte el artículo 21 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra La Corrupción, indica: “...Los funcionarios y empleados públicos responden civil, penal, administrativa y disciplinariamente por la administración de los bienes y recursos públicos, de conformidad con lo establecido en la ley.” Así mismo el artículo 82 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, dice: “...Los funcionarios, funcionarias, empleados, empleadas, obreros y obreras que presten servicios en los entes señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta ley, así como los particulares a que se refiere el Artículo 52 de esta ley, responden penal, civil y administrativamente de los actos hechos u omisiones contrarios a norma expresa en que incurran con ocasión del desempeño de sus funciones.” Y dentro del Título IX del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Administración Financiera del Sector Público, referido a las responsabilidades, en su artículo 160, señala: “Los servidores públicos que se desempeñen en la Administración Financiera del Sector

La responsabilidad penal se manifiesta cuando un funcionario público, adecua su conducta a aquellos presupuestos fácticos que las leyes pertinentes tipifican como delito y que conllevan a la aplicación de una pena, independientemente de los demás hechos ilícitos que como cualquier otra persona pudieran cometer. En materia de función pública la principal ley que tipifica los supuestos de responsabilidad penal en Venezuela es el Decreto N° 1.410, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Contra la Corrupción (LCC), publicado en la Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

La responsabilidad administrativa es la responsabilidad declarada a un sujeto por los órganos integrantes del sistema nacional de control fiscal, previa instrucción de un procedimiento administrativo, donde se compruebe que esa persona a cuyo cargo se encuentra el manejo, administración o custodia de fondos o bienes públicos, a incurrido en acciones, hechos u omisiones antijurídicos y no excusables, lo cual conlleva la aplicación de una sanción pecuniaria en los términos que señale la Ley y accesoriamente pudiera generar inhabilitaciones para ejercer determinadas actividades. Este tipo de responsabilidad la impone un órgano de la administración pública dentro del marco de un procedimiento administrativo.

La responsabilidad disciplinaria, es aquella que, luego del procedimiento correspondiente, declaran las máximas autoridades de los propios organismos públicos donde laboran los funcionarios a quienes ella afecta, cuando tales empleados hayan incumplido sus deberes en la función pública, sin que exista una razón que excuse su conducta lo cual conduce a que

Público, independientemente de las responsabilidades penales, administrativas o disciplinarias en que incurran, estarán obligados a indemnizar a la República o al ente del sector público afectado por los daños y perjuicios que causen en el desempeño de sus funciones, por infracción de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, independientemente de que su actuación haya sido dolosa o culposa."

les amoneste, suspenda o destituya. Dicha responsabilidad no comporta una sanción pecuniaria.

La responsabilidad civil se presenta cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, ya sea por acción u omisión culposa, produce un daño de orden patrimonial a una persona o a la propia Administración, que obligatoriamente debe reparar⁶. En el plano de la relación entre particulares esta responsabilidad se exige y se determina mediante acción judicial, mientras que, en el plano del derecho público, se debe exigir a través del procedimiento de reparo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRYSNCF).

Estas formas distintas de manifestación de la responsabilidad de los funcionarios o agentes del poder público no son excluyentes entre sí, es posible que en un determinado caso un funcionario sea acreedor de dos o mas responsabilidades con consecuencias jurídicas diferentes, pero obligado –por su puesto– a responder por todas las medidas que se le impongan, bien sean administrativas, disciplinarias, penales o civiles.

2. Responsabilidad civil individual del funcionario frente a la administración pública

Además de ser responsable penal, administrativa y disciplinariamente, los funcionarios públicos son responsables civilmente por los daños y perjuicios que en ejercicio de sus funciones hubieren causado, tanto al estado como a los particulares. Esta obligación civil del funcionario público puede encontrar como antecedente lógico y base de sustento filosófico-jurídico, entre otras, las siguientes instituciones previstas en el Código Civil venezolano (CCV): *el enriquecimiento sin causa y los hechos ilícitos*.

6 Freddy J. ORLANDO S. *La Potestad Inquisitiva de los Órganos de Control Fiscal y la Determinación de la Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos*. UCAB. Caracas 2004, pág. 57.

Conforme al artículo 1184 del Código Civil (CCV), *“Aquel que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido”*. En cuanto a los hechos ilícitos, el artículo 1185 *eiusdem*, establece que: *“El que con intención o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo”*. No obstante, las citadas normas sólo son empleadas en esta oportunidad como un antecedente importante y a título de referencia, sin que sustituyan las precisas normas de derecho público que consagran la responsabilidad civil del funcionario, sobre todo, cuando el daño ha afectado al patrimonio público.

De manera concreta podemos reiterar que la teoría de la responsabilidad civil del funcionario público, tiene como base constitucional los artículos 25 y 139 de la CRBV, y adicionalmente se encuentra prevista en el artículo 79 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP), el artículo 8 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP), el artículo 21 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra La Corrupción (LCC), el artículo 82 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRYSNCF), y el artículo 160 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP), referido a las responsabilidades.

En virtud de lo anterior, las decisiones de los funcionarios públicos que intencionalmente, por negligencia o imprudencia causen daño al patrimonio público, o que generen el despilfarro de los caudales públicos o de una deficiente administración de los recursos públicos, pueden dar origen a acciones por responsabilidad civil sobre los obligados a cumplir con el mandato público⁷. Lo que, si debe quedar claro *a priori*, es

7 Allan R. BREWER CARÍAS. Aspectos del Control Político Sobre la Administración Pública. En *Revista de Control Fiscal* N° 101. Contraloría General de la República. Caracas 1981, pág. 117.

que para que se produzca la obligación de resarcir o reparar es indispensable que se haya ocasionado un daño, y que exista la relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño patrimonial, cuya indemnización se aspira lograr.

Es por todo esto, que en el citado Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP), en su artículo 161, se obliga a los funcionarios encargados de la administración y liquidación de ingresos nacionales o de la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos, a prestar caución antes de entrar en ejercicio de sus funciones, hasta por la cantidad de Ciento Cincuenta Unidades Tributarias (150 U.T.), cuya garantía debe ser constituida por empresa de seguro debidamente inscrita por ante la Superintendencia de Seguro⁸.

Igualmente los funcionarios responsables de las unidades administradoras integrantes de las estructuras para la ejecución financiera del presupuesto de gastos, designados por la máxima autoridad del órgano correspondiente, antes de entrar en el ejercicio de sus funciones, deberán prestar caución ante la Unidad de Auditoría Interna del respectivo órgano, hasta por una suma equivalente a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), mediante la constitución de garantías otorgadas por una institución bancaria o compañía de seguros domiciliada en el país, de reconocida solvencia⁹.

Estas cauciones se constituyen en garantías para responder sobre las cantidades y bienes que manejen dichos funcionarios, de los perjuicios que causen al patrimonio público por falta de cumplimiento de sus deberes o por negligencia o imperi-

8 Ver adicionalmente el artículo 37 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema Presupuestario, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.781 Extraordinario del 12 de agosto de 2005.

9 Ver artículo 52 del Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema Presupuestario, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.781 Extraordinario del 12 de agosto de 2005.

cia en el desempeño de sus funciones. En ningún caso podrá oponerse al ente público perjudicado la excusión de los bienes del funcionario responsable¹⁰.

Ahora bien, independientemente que exista garantía constituida o no, la responsabilidad civil de los funcionarios públicos y otros sujetos, que mas adelante estudiaremos, por daño causado al patrimonio público, se hará efectiva a través del procedimiento de reparo regulado en la LOCGRYSNCF, salvo que se trate de materias reguladas por el Código Orgánico Tributario (COT), en cuyo caso se aplicaran las normas contenidas en aquella Ley¹¹.

Si el acto, hecho u omisión del funcionario causa daños en el patrimonio de un tercero, responde el funcionario frente a ese tercero sin perjuicio de que, en algunos casos, se acepte la responsabilidad de la administración, por aplicación del artículo 140 constitucional. Pero aun en ese caso la responsabilidad patrimonial de la Administración podrá darse frente al tercero y conservando siempre aquella (la Administración) la posibilidad de repetir en contra de su funcionario por cuya culpa resultó responsable, hasta el monto de la indemnización otorgada al tercero, lo cual representa una disminución patrimonial de la Administración.

10 Esta mención al beneficio de excusión tiene que ver con las reglas sobre los efectos de las fianzas entre el acreedor y el fiador, regulados en los artículos 1812, 1813 y 1814 del Código Civil, en el entendido que en este caso existe una eximente legal del beneficio de excusión para el fiador, esto quiere decir, que el ente público puede ir directamente en contra del deudor (funcionario responsable) y del fiador (compañía de seguros) para que este último pague inmediatamente, ya que no hay lugar a la excusión.

11 Artículo 160 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público y el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

IV. EL REPARO COMO MECANISMO PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FUNCIONARIO

1. La potestad resarcitoria y la noción de reparo

El Reglamento de la Ley Orgánica de La Contraloría General de La Republica y del Sistema Nacional de Control Fiscal (RLOCGRYSNCF)¹², en su artículo 82, define a la *potestad resarcitoria*, como la facultad de los órganos de control fiscal para formular reparos en los términos de la ley que determina su accionar.

La doctrina nos enseña que “...los reparos son actos administrativos mediante los cuales los órganos de control fiscal declaran en sede administrativa, la responsabilidad civil de los aludidos funcionarios o particulares, por haber causado un daño al patrimonio público, declaratoria que genera para esos funcionarios la obligación de resarcir el daño causado. Sin duda que esta potestad que se confiere a los órganos contralores constituye un verdadero privilegio, puesto que evidencia una ruptura del principio general que postula que la determinación de este tipo de responsabilidad (civil) entra en la esfera de competencia de los órganos jurisdiccionales, mediante el procedimiento ordinario”¹³.

Es pues el reparo un mecanismo legal que se le otorga a los órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal, para que puedan perseguir, mediante un procedimiento especial, de naturaleza administrativa, la responsabilidad civil de funcionarios o de terceros, cuyos actos, hechos u omisiones, han producido una irregularidad que ha generado un daño o perjuicio en el manejo de fondos o bienes públicos. El hecho de la irregularidad, en cuanto significa que un funcionario en el ejercicio de sus funciones transgreda una norma o actúe fuera

12 dictado mediante decreto presidencial n° 6.723, del 26 de mayo de 2009, publicado en la gaceta oficial n° 39.240 del 12 de agosto de 2009.

13 José PEÑA SOLÍS. *El Régimen de la Formulación de Reparos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*. Colección Normativa Nro. 3. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2002, pág. 7.

de ella, o que un tercero pueda transgredirla en sus relaciones con la Administración, cuando dicha contravención produzca un daño o perjuicio, va a ser siempre un elemento determinante para la formulación de un reparo con arreglo a las normas y procedimientos que consagran el régimen de control fiscal¹⁴.

El reparo tiene una naturaleza instrumental o procedimental, se trata del vehículo para hacer efectiva la responsabilidad civil de los funcionarios, pero en sede administrativa, sin acudir a la vía judicial, soportado en las normas que le sirven de fundamento “...se desprende palmariamente el carácter de instrumento para hacer efectiva, en vía administrativa, la responsabilidad patrimonial de los empleados de hacienda, que tiene la figura del reparo”¹⁵. Y la finalidad es la necesidad de defensa y preservación del patrimonio público, competencia que tiene atribuida inicialmente la Contraloría General de la República y los demás órganos de control fiscal.

2. La potestad de reparar derivada del examen de las cuentas

El artículo 141 de la CRBV, establece de manera muy clara que uno de los principios que informa a la Administración Pública es la obligación de sus agentes a *rendir cuentas* de su gestión¹⁶. En ese orden de ideas el mismo texto constitucional, al regular el sistema presupuestario, también señala que: “(...)

14 Enrique SILVA CIMMA, Op. Cit. pág. 33.

15 Enrique SÁNCHEZ FALCÓN. “Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y la Contraloría General de la República”. En *Revista de Control Fiscal* N° 108. Contraloría General de la República. Caracas 1983, pág. 120.

16 Este principio es ratificado en el Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, en su Artículo 10, al indicar: “...La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base 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 en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.” (...)

El Poder Ejecutivo, dentro de los seis meses posteriores al vencimiento del ejercicio anual, presentará a la Asamblea Nacional la rendición de cuentas y el balance de la ejecución presupuestaria correspondiente a dicho ejercicio”¹⁷.

En el caso de los gobernadores de estado también la constitución regula la obligación de rendir cuentas, de la siguiente forma:

“Artículo 161. Los Gobernadores o Gobernadoras rendirán anual y públicamente, cuenta de su gestión ante el Contralor o Contralora del Estado y presentarán un informe de la misma ante el Consejo Legislativo y el Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas.”

Mientras que en el ámbito municipal, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM)¹⁸ desarrolla el principio de rendición de cuentas en diversas normas; en lo que respecta al Alcalde del Municipio, tendrá la obligación de presentar su Informe de Gestión al Concejo Municipal y la rendición de las cuentas a la Contraloría Municipal, dentro del segundo mes siguiente a la finalización de cada ejercicio económico-financiero de su mandato (artículo 88.18). Por otra parte también tendrá la obligación de rendir cuentas de la gestión política y administrativa del año económico financiero precedente, relacionando los logros con las metas del plan municipal de desarrollo y el programa presentado como candidato, esta presentación debe hacerla de manera pública a la comunidad, dentro del primer trimestre del año siguiente (artículo 88.19)¹⁹.

Y lo desarrolla, el “Artículo 14. Las funcionarias y funcionarios de la Administración Pública deberán rendir cuentas de los cargos que desempeñen, en los términos y condiciones que determine la ley”.

17 Ver artículo 315 constitucional.

18 Publicada su última reforma en la Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010.

19 También se establece la consecuencia por el hecho de no presentar los informes a los mencionados organismos y a la comunidad en el artículo 91, *eiusdem*, “Pasados treinta días consecutivos de la oportunidad fijada para la

Para los Presidentes de los Concejos Municipales (artículo 96.7), también se desarrolla la mencionada obligación de presentar trimestralmente, al Contralor Municipal, un informe detallado de su gestión y del patrimonio que administra con la descripción y justificación de su utilización y gastos, el cual además deberá poner a la disposición de los ciudadanos en las oficinas correspondientes.

Por último, la Ley Contra La Corrupción (LCC), en su artículo 20, de manera general determina el deber de rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos, al señalar:

“...Los funcionarios públicos a que se refiere el Capítulo IV del Título II de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal deberán rendir cuentas de los bienes y recursos públicos que administren de conformidad con las disposiciones establecidas en dicha Ley.

En todo caso, el informe de rendición de cuentas correspondiente será público y a él tendrá acceso cualquier ciudadano.”

Vemos entonces como los agentes de la administración activa, esto es, quienes administren, manejen o custodien recursos de los entes y órganos del poder público²⁰, y quienes administren o custodien, por cuenta y orden de los refe-

presentación de la rendición de cuentas sobre su gestión o de las prórrogas concedidas por el Concejo Municipal o por la Contraloría Municipal, según sea el caso, sin que el alcalde o alcaldesa haya cumplido esta obligación de manera oficial, el Concejo Municipal o la Contraloría Municipal declararán, en la respectiva situación, la falta grave del alcalde o alcaldesa en el ejercicio de su cargo por omisión de deberes legales del mismo y será causal conforme a la ley, para solicitar la intervención del Ministerio Público a todos los efectos legales. Igualmente, se procederá en caso de no presentar oportunamente la rendición pública de cuentas, de la misma forma, cualquier ciudadano o ciudadana podrá acudir por ante la Fiscalía o Contraloría General de la República a denunciar este incumplimiento.”

20 Principalmente aquellos entes y organismos señalados en el Artículo 9, numerales 1 al 11 de la LOCGRYSNCF.

ridos entes y organismos, recursos pertenecientes a terceros, están obligados, por ley y por principios de derecho público, a formar y rendir cuenta de las operaciones y resultados de su respectiva gestión, en la forma, oportunidad y ante el órgano de control fiscal correspondiente, que fije la Contraloría General de la República²¹.

También están en la obligación de rendir cuentas de las operaciones y resultados de su gestión, quienes administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público, provenientes de los entes y organismos señalados en el artículo 9, numerales 1 al 11, de la mencionada ley de control fiscal, en la forma de transferencia, subsidios, aportes, contribuciones, o alguna otra modalidad similar. Los administradores que incurran en irregularidades en el manejo de estos fondos serán sometidos a las acciones resarcitorias y a las sanciones, previstas en la ley.

En definitiva, la rendición de cuentas implica la obligación de demostrar formal y materialmente, la corrección de la administración, manejo o custodia de los recursos. Y al mismo tiempo se genera para los órganos de control fiscal, dentro del ámbito de sus competencias, la obligación del examen selectivo o exhaustivo, así como la calificación y declaratoria de fenecimiento de las cuentas (Artículo 56 LOCGRSNC). Estas cuentas deben ser examinadas por el órgano de control fiscal respectivo en un plazo no mayor de 5 años contados a partir

21 La Contralora General de la República dictó “Las Normas para la Formación, Participación, Rendición, Examen y Calificación de las Cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados”, publicadas en la Gaceta Oficial Nro. 40.492 del 8 de septiembre de 2014, que tienen por objeto regular la formación, participación, rendición, examen, calificación y declaratoria de fenecimiento de las cuentas de los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados.

de la fecha de su rendición²², una vez transcurrido dicho lapso operará de pleno derecho el fenecimiento de las cuentas.

Del examen y análisis de las cuentas pudieran desprenderse tres situaciones: i. Que el resultado esté en un todo conforme, en cuyo caso se procederá al fenecimiento de la cuenta; ii. Que se determinen defectos de forma que no originen perjuicios pecuniarios, en ese caso el órgano de control competente, formulará las observaciones pertinentes con el fin de que se hagan los ajustes correspondientes, sin perjuicio de que pueda otorgar el fenecimiento posterior²³; iii. Que se detecten irregularidades en las cuentas, en cuyo caso el órgano de control fiscal ejercerá la potestad de investigación y determinará las responsabilidades a que haya lugar (administrativas y civiles).

Efectivamente la Ley de la Contraloría, en su Artículo 58, de manera expresa consagra la facultad de *formulación de reparos* derivado del examen de las cuentas. En ese sentido y como consecuencia de los resultados del examen de cuentas, los órganos de control fiscal, dentro del ámbito de sus competencias, formularán reparos a quienes hayan causado daños al patrimonio de los órganos o entes públicos, por una conducta omisiva o negligente en el manejo de los recursos que le correspondía administrar, así como por la contravención del plan de organización, las políticas, normas, así como los métodos y procedimientos que comprenden el control interno²⁴.

22 Ver artículo 57 de la LOCGRYSNCF.

23 Ver artículo 60 de la LOCGRYSNCF.

24 Según el Artículo 35 de la LOCGRYSNCF, "...El control interno es un sistema que comprende el plan de organización, las políticas, normas, así como los métodos y procedimientos adoptados dentro de un ente u organismo sujeto a esta ley, para salvaguardar sus recursos, verificar la exactitud y veracidad de su información financiera y administrativa, promover la eficiencia, economía y calidad en sus operaciones, estimular la observancia de las políticas prescritas y lograr el cumplimiento de su misión, objetivos y metas." Y el Artículo 36 *eiusdem*, señala: "...Corresponde a las máximas autoridades jerárquicas de cada ente la responsabilidad de organizar, establecer, mantener y evaluar el sistema de control interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y fines del ente."

Cabe destacar que una vez vencido al lapso de cinco años para examinar las cuentas, fenecerán de pleno derecho, y en esos casos, ya no se podrán ejercer las acciones sancionatorias y resarcitorias que la ley ordena, derivadas de las operaciones a que se refiera la cuenta, todo esto sin perjuicio de la imprescriptibilidad de las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra el patrimonio público. El fenecimiento supone en este caso la conformidad tácita de la cuenta.

No obstante, lo anterior, y si las acciones sancionatorias o resarcitorias son ejercidas dentro del plazo de cinco años a que se refiere el citado artículo 57 de la ley, el fenecimiento se otorgará cuando sea enterado al patrimonio del ente u organismo afectado el monto del reparo, o si dichas acciones son desestimadas de manera definitivamente firme con posterioridad al inicio de las referidas potestades. En estos últimos casos el órgano de control fiscal con el fenecimiento deberá emitir un finiquito a la autoridad involucrada.

3. La potestad fiscalizadora y el reparo en general

Históricamente el reparo se concibió como una consecuencia exclusiva del examen que el órgano de control fiscal externo debía hacer respecto de las cuentas sobre la administración de bienes o recursos públicos por parte de los funcionarios públicos, o excepcionalmente frente a terceros que tengan a su cargo la administración de esos bienes o recursos, y que debe por lo tanto rendir cuenta de ello. Sin embargo, en la actualidad se acepta, y resulta muy común observarlo, que el reparo sea parte de las facultades fiscalizadoras de los órganos de control fiscal, y que en consecuencia estos puedan formular reparo cada vez que en el ejercicio de aquellas facultades fiscalizadoras detecten daños específicos producidos al patrimonio público del órgano o ente sometido a su control y vigilancia.

En consecuencia los órganos de control fiscal procederán a formular reparo cuando en el curso de las auditorías, fiscali-

zaciones, inspecciones, exámenes de cuentas o investigaciones que realicen en ejercicio de sus funciones de control, detecten indicios de que se ha causado daño al patrimonio de un ente u organismo de los señalados en los numerales 1 al 11 del Artículo 9 de la LOCGRYSNCF, como consecuencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas, a la normativa interna, a los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno, así como por una conducta omisiva o negligente en el manejo de los recursos²⁵.

Ese poder de fiscalización le atribuye al órgano de control fiscal la posibilidad de efectuar las averiguaciones y fiscalizaciones que consideren necesarias en los lugares, establecimientos, vehículos, libros y documentos de personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, definidos de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario (COT), o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con las entidades sujetas a su control, o que de alguna manera administren, manejen o custodien bienes o fondos de esas entidades²⁶.

Igualmente puede ejercer sus facultades de control externo para vigilar que los aportes, subsidios y otras transferencias hechas por las entidades sometidas a su control a otras entidades públicas o privadas sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuados (Artículo 67). Asimismo, los recursos de las entidades y empresas constituidos en fideicomisos o bajo tutela de los entes y organismos a que se refieren en el Artículo 9, numerales 1 al 11, de la ley, están sujetos al control y vigilancia de la Contraloría General de la República en cuanto a su administración financiera (Artículo 69). Y, por último, Los bancos auxiliares de la Oficina Nacional del Tesoro estarán sometidos al control, vigilancia y fiscalización de la

25 Ver artículo 85 de la LOCGRYSNCF.

26 Ver artículo 66 de la LOCGRYSNCF.

Contraloría General de la República en cuanto a las operaciones que realicen por cuenta del tesoro (Artículo 70).

A los efectos de la formulación de reparos se considerará que existe daño al patrimonio público, salvo prueba en contrario, cuando quienes administren, manejen o custodien los recursos a que se refieren los artículos 51 y 52 de la Ley, omitan presentar los comprobantes de la inversión de tales recursos a los órganos de control fiscal competentes. Estas personas, antes de la separación del cargo, elaborarán una relación detallada de todos los comprobantes que demuestren la inversión de los mencionados recursos durante su gestión, conservarán una copia certificada de dicha relación y entregarán el original a quien deba sustituirlo en el ejercicio de sus funciones. Si se demuestra que los comprobantes omitidos fueron entregados al sustituto, el reparo se formulará a cargo de este último²⁷.

4. Los titulares de la potestad resarcitoria. Órganos competentes para formular reparos

Como se puede apreciar de las citadas normas que hemos analizado anteriormente, le corresponde a los órganos de control fiscal ejercer la titularidad de la Potestad Resarcitoria, siendo aquellos que integran el denominado Sistema Nacional de Control Fiscal, esto quiere decir que son éstos órganos quienes deben formular los reparos ha que hubiere lugar, si en el curso de un procedimiento de fiscalización o luego del examen de las cuentas, detecten que se ha producido un daño tangible y verificable al patrimonio público.

Principalmente a la Contraloría General de la República²⁸, como órgano cúspide y rector del Sistema Nacional de Control

27 El Artículo 83 del Reglamento de La LOCGRYSNCF, dictado mediante Decreto Presidencial N° 6.723, del 26 de mayo de 2009, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.240 del 12 de agosto de 2009.

28 Cabe destacar que el artículo 41 de la Ley Contra la Corrupción (LCC) le agrega una serie de facultades en la lucha para garantizar la transparen-

Fiscal²⁹, le corresponde el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos, cuyas actuaciones se orientarán a la realización de auditorías, inspecciones y cualquier tipo de revisiones fiscales en los organismos y entidades sujetos a su control. Adicionalmente, por su integración al señalado sistema 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 los entes y órganos públicos.

En ese sentido, son órganos de control fiscal integrantes del Sistema Nacional y con competencia para formular reparos, además de la Contraloría General de la República, las Contralorías de los estados, de los Distritos, de los Distritos Metropolitanos y de los Municipios, la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional, y las Unidades de Auditoría Interna³⁰ de las entidades a que se refiere el Artículo 9, numerales 1 al 11, de la LOCGRYSNCF³¹.

cia en la gestión pública.

- 29 El Artículo 4 de la LOCGRYSNCF, establece: *“...A los fines de esta ley, se entiende por Sistema Nacional de Control Fiscal, el conjunto de órganos, estructuras, recursos y procesos que, integrados bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, interactúan coordinadamente a fin de lograr la unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a esta ley, así como también al buen funcionamiento de la administración pública.”*
- 30 La Contraloría General de la República, dictó los Lineamientos para la organización y funcionamiento de las unidades de auditoría interna, mediante resolución publicada en la G.O. 39.408 del 22-04-2010. Y el artículo 20 del Reglamento de la Ley de la Contraloría Gral. de la República le señala la competencia de las unidades de auditoría interna para determinar responsabilidades.
- 31 *“Artículo 9. Están sujetos a las disposiciones de la presente ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República: 1. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público nacional. 2. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público estatal. 3. Los órganos entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público en los distritos y distritos*

A cada uno de los órganos de control fiscal le corresponderá determinar la responsabilidad civil sobre los funcionarios que ejerzan sus respectivas atribuciones, en los órganos o entes sometidos a su control y vigilancia, salvo que se trate de la formulación de reparo a funcionarios de alto nivel de los señalados entes y organismos públicos, que se encuentren en ejercicio de sus cargos; en ese caso la competencia será de la Contraloría General de la República.

Se consideran funcionarios de alto nivel, en primer lugar, las máximas autoridades de los órganos cúspide de los poderes públicos, así como de las máximas autoridades de los entes político-territoriales. Adicionalmente, el artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP), establece un catálogo de funcionarios que deben ser considerados de alto nivel, a saber: Los funcionarios o funcionarias públicos de libre nombramiento y remoción podrán ocupar cargos de alto nivel o de confianza. Los cargos de alto nivel son los siguientes: 1. El Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutivo. 2. Los ministros o ministras. 3. Los jefes o jefas de las oficinas nacionales o sus equivalentes. 4. Los comisionados o comisionadas presidenciales. 5. Los viceministros o viceministras. 6. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía al servicio de la

metropolitanos. 4. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Municipal y en las demás entidades locales previstas en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. 5. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del poder público en los territorios federales y dependencias federales. 6. Los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales. 7. El Banco Central de Venezuela. 8. Las universidades públicas. 9. Las demás personas de derecho público nacionales, estatales, distritales y municipales. 10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquéllas. 11. Las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos, o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuados en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto”.

Presidencia de la República, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministerios. 7. Los miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales. 8. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía en los institutos autónomos. 9. Los registradores o registradoras y notarios o notarias públicos. 10. El Secretario o Secretaria General de Gobierno de los estados. 11. Los directores generales sectoriales de las gobernaciones, los directores de las alcaldías y otros cargos de la misma jerarquía; y 12. Las máximas autoridades de los institutos autónomos estatales y municipales, así como sus directores o directoras y funcionarios o funcionarias de similar jerarquía.

La Contraloría General de la República discrecionalmente también podrá asumir las investigaciones y procedimientos para la determinación de responsabilidades iniciados por los demás órganos de control fiscal cuando lo juzgue conveniente. A tales fines, los mencionados órganos de control fiscal deberán participar a la Contraloría General de la República el inicio de los procedimientos de determinación de responsabilidades y de las investigaciones que ordenen.

Por otra parte, si el procedimiento se inició en la Contraloría General de la República, ésta podrá ordenar a los órganos competentes para ejercer el control fiscal en el organismo o entidad que hubiere sufrido daños en su patrimonio, que formulen reparos a los responsables de tales daños, siempre que a su juicio se trate de daños de menor cuantía y no aparezcan involucrados funcionarios de alto nivel. En este caso remitirá a la unidad de auditoría interna o a la Contraloría externa correspondiente, el expediente integrado por los elementos de convicción o prueba que hubiere recabado, para que el órgano de control fiscal correspondiente proceda a determinar la responsabilidad a que haya lugar.

La decisión que se adopte agota la vía administrativa, esto quiere decir que en contra del reparo no es obligatorio el ejer-

cicio de los recursos administrativos, pudiendo procederse a impugnar los actos directamente a través de la interposición de demandas con pretensiones de nulidad ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa³².

Esta competencia por ser una atribución legal que poseen los órganos de control fiscal, supone al mismo tiempo una obligación para ellos, lo que quiere decir que su incumplimiento pudiera generar sanciones, en ese sentido si el órgano de control fiscal no realiza los procedimientos administrativos de fiscalización o de determinación de responsabilidades a los que se encuentra obligado, o no remite al Ministerio Público las actuaciones que hubiere realizado, de las que surjan indicios de responsabilidad penal o de responsabilidad civil, cuando no sea procedente la formulación de reparo, puede ser intervenida la oficina de control fiscal y sancionado su titular.

Por último, aun cuando no forme parte del Sistema de Control Fiscal, por no ser un órgano de control fiscal, no podemos dejar de mencionar la participación del Ministerio Público en los procedimientos de determinación de responsabilidades sobre los funcionarios públicos y terceros, por daños al patrimonio público. El Ministerio Público es el órgano legitimado para intentar las acciones judiciales que persiguen lograr hacer efectiva las responsabilidades, tanto penales como civiles, a los sujetos sancionados o reparados.

El artículo 45 de la Ley Contra la Corrupción (LCC) le establece al Ministerio Público como deberes y atribuciones, sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP) y en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), en materia de corrupción, entre otras lo siguiente:

1. Ejercer las acciones a que hubiere lugar, para hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, laboral, militar,

32 Ver artículos 106, 107 y 108 de la LOCGRYSNCF.

administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido las personas vinculadas con la gestión pública.

2. Informar a la Contraloría General de la República el resultado de las acciones que hubiere intentado con fundamento en el resultado obtenido en el procedimiento de auditoría patrimonial. En los casos en que desestime el ejercicio de las acciones de su competencia, deberá participar a la Contraloría General de la República a través de un informe los motivos que asistieron la desestimatoria.
3. Velar por la aplicación de las sanciones administrativas y disciplinarias que sean procedentes.
4. Intentar la acción civil de cobro de las multas administrativas impuestas por la Contraloría General de la República como consecuencia de la declaración de responsabilidad administrativa, y que no hubieren sido satisfechas.

En virtud de lo anterior, el Ministerio Público se convierte en uno de los órganos públicos de mayor importancia en la tramitación de las acciones para la determinación de las responsabilidades que procedan en contra de los infractores del ordenamiento jurídico administrativo.

5. Sujetos sometidos a la responsabilidad civil y a reparo

Se encuentran sometidos a la disposición de la Ley de la Contraloría, los sujetos determinados en el artículo 9 de la LOCGRYSNCF, antes identificados, y por lo tanto sus funcionarios, empleados y obreros susceptibles de asumir responsabilidades penales, administrativas y civiles, por los actos, hechos u omisiones contrarios al bloque de la legalidad, en que incurran por efecto del ejercicio de sus funciones.

También están bajo la supervisión y fiscalización de los órganos de control fiscal, los particulares que administren, manejen o custodien recursos de cualquier tipo afectados al cumplimiento de finalidades de interés público, provenientes de los entes y organismos públicos, en la forma de transferencia, subsidios, aportes, contribuciones, o alguna otra modalidad similar; en consecuencia estas personas están obligadas a establecer un sistema de control interno y a rendir cuenta de las operaciones y resultados de su gestión. Los administradores que incurran en irregularidades en el manejo de esos fondos serán sometidos a las acciones resarcitorias y demás sanciones que señalan las normas.

Vemos que en el último supuesto se permite el denominado reparo contra terceros, no funcionarios, pero de manera excepcional ya que originalmente el mecanismo de reparo fue ideado para determinar la responsabilidad civil del funcionario, en consecuencia, sólo puede hacerse extensible el reparo a terceros dentro de supuestos expresamente determinados en la Ley o entendibles por las circunstancias propias del caso. El fundamento de esta posibilidad radica obviamente en que, a menudo, el acto o hecho ilícito administrativo que provoca un daño en el patrimonio público puede, a la vez, producir un beneficio a un tercero, en cuyo caso éste aparece directamente favorecido con las resultas del acto ilícito, que, a su vez, ha redundado en perjuicio del patrimonio público, o cuando para producir el daño ocasionado al patrimonio público resultare determinante la intervención del particular, además de la actividad del agente de la administración.

Dentro de las disposiciones de la LOCGRYSNCF, se regulan tres supuestos de hecho aplicables a la responsabilidad civil de terceros o particulares, y que pudieran generar la formulación de un reparo en su contra: 1. la vigilancia de los aportes, subsidios y otras transferencias hechas por las entidades sometidas a su control a otras entidades públicas o privadas para verificar que sean invertidos en las finalidades para las cuales

fueron efectuados (Artículo 67). 2. los recursos de las entidades y empresas constituidos en fideicomisos o bajo tutela de los entes y organismos públicos (Artículo 69); y 3. Los bancos auxiliares de la Oficina Nacional del Tesoro estarán sometidos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República en cuanto a las operaciones que realicen por cuenta del tesoro (Artículo 70).

Adicionalmente en materia tributaria, se presentan los casos más claros de responsabilidad civil reparable frente a particulares o contribuyentes, por la falta de pago o pago incompleto de tributos, que supone pérdida y afectación del patrimonio público. Precisamente en esta materia se había desarrollado una polémica doctrinal interesante, sobre la competencia de los órganos de control fiscal para formular reparos a particulares³³, discusión que ha sido zanjada por la jurisprudencia y las disposiciones normativas³⁴, a favor de la posibilidad legal de reparar por parte de la Contraloría General de la República y los demás órganos de control fiscal, en contra de particulares en materia tributaria, pero aplicando el régimen legal previsto en el Código Orgánico Tributario. En ese sentido se pronunció la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la Sentencia Nro. 6532, del 14 de diciembre de 2005, en el caso: E.L.V. MULTIMODAL, C.A., al indicar:

“...De la observancia de tales normativas, y en particular de lo dispuesto en los artículos 127 y 85 supra citados, surge evidente a esta Sala la contrariedad de dichas previsiones generales respecto de lo establecido en los artículos 55 y 56 de la Ordenanza de Patente de Industria, Comercio y/o Servicios de Índole Similar (2001) del citado Municipio, los cuales en forma contraria a lo dispuesto en la mencionada Ley Orgánica de la Contraloría General de la

33 Freddy J. ORLANDO S., “La Corte Suprema de Justicia y los Reparos de la Contraloría a las Ex-Concesionarias de Hidrocarburos”. En *Revista de Control Fiscal* N° 97. Contraloría General de la República. Caracas 1980 pág. 139.

34 Ver artículo 84 de la LOCGRYSNCF.

República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, preceptúan la competencia del Alcalde para reparar directamente a los particulares, más no así, como se indicó precedentemente, la competencia al efecto legalmente atribuida de la Contraloría Municipal. Derivado de tal circunstancia, juzga la Sala que siendo el primero de los citados instrumentos normativos, una Ley marco reguladora del denominado Sistema Nacional de Control Fiscal, dentro del cual se insertan las Contralorías Municipales, sus previsiones normativas encuentran en el presente caso, aplicación preferente respecto de lo dispuesto en los citados artículos 55 y 56 de la Ordenanza de Patente de Industria, Comercio y/o Servicios de Índole Similar del Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo, debiendo concluir por consiguiente, que la Contraloría del aludido Municipio si tenía competencia para formular el reparo fiscal realizado a la contribuyente de autos. Así se declara.

Abstracción hecha de la declaratoria que antecede, estima pertinente este Alto Tribunal, como fuera advertido por el juzgador de instancia, que, si bien dicho órgano actuando en el ejercicio de sus funciones de control fiscal podía formular reparo a la contribuyente de autos, no podía emitir las planillas de liquidación complementarias del mismo, toda vez que por la naturaleza de sus facultades, tal facultad escapa de su ámbito competencial, correspondiendo a la Administración Activa”.

V. PROCEDIMIENTO PARA FORMULAR EL REPARO

El procedimiento que debe seguir el órgano de control fiscal competente para proceder a determinar la responsabilidad civil del funcionario y en consecuencia formularle el reparo correspondiente, es aquel que está previsto en el Capítulo IV Título III de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRYSNCF), y se trata del mismo procedimiento para la declaratoria de la responsabilidad administrativa y la imposición de multas, situación que ha generado críticas en la

doctrina nacional por su concepción integral³⁵. Pero no sólo es que se trata del mismo diseño procedimental para ejercer las diferentes potestades contraloras, sino que, según lo preceptuado en el artículo 84 del Reglamento de la LOCGRYSNCF, los órganos de control fiscal determinarán en un mismo y único procedimiento las responsabilidades administrativas, civiles y sus consecuencias, a que hubiere lugar, en torno a los hechos investigados.

Lo anterior pudiera generar situaciones conflictivas en su ejecución práctica, como por ejemplo, luego de sustanciar el procedimiento correspondiente y determinar la responsabilidad administrativa de un funcionario, sin formularle el reparo por la responsabilidad civil, se pudiera formular dicho reparo en cualquier otro momento posterior, o ya no se podría formular, en virtud de la limitación para sustanciar nuevamente otro procedimiento por los mismos hechos, independientemente que la consecuencia sea distinta en función de la naturaleza propia de la responsabilidad a imponer.

Pienso que conforme al planteamiento de la norma se debe sustanciar un único procedimiento administrativo de donde se derive la declaratoria de responsabilidad administrativa, la imposición de la sanción pecuniaria correspondiente y el reparo por los daños ocasionados al patrimonio público. En consecuencia, el acto administrativo que concluya el procedimiento deberá pronunciarse sobre todo lo anterior, y en el caso de no ser procedente alguna de la responsabilidad correspondiente deberá indicarlo de forma expresa y precisa, no pudiendo sustanciarse otro procedimiento con posterioridad sobre los mismos hechos ya analizados, independientemente que haya quedado pendiente de pronunciamiento alguna circunstancia derivada del análisis efectuado.

35 José PEÑA SOLÍS. *Ob Cit...* pág. 79.

1. Actividades previas al inicio del procedimiento administrativo

En ejercicio de la potestad de investigación los órganos de control fiscal podrán realizar las actuaciones que sean necesarias, a fin de verificar la ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, determinar el monto de los daños causados al patrimonio público, si fuere el caso, así como la procedencia de acciones fiscales. Cuando el órgano de control fiscal, en el curso de las investigaciones que adelante, necesite tomar declaración a cualquier persona, ordenará su comparecencia, mediante oficio notificando a quien deba rendir la declaración.

Por otra parte, los órganos de control fiscal externos podrán ordenar a las unidades de auditoría interna del organismo, entidad o persona del sector público en el que presuntamente hubieren ocurrido los actos, hechos u omisiones, que realicen las actuaciones necesarias, y le informe los correspondientes resultados, dentro del plazo que acuerden a tal fin.

Dentro de esa misma potestad investigativa y fiscalizadora, la Contraloría General de la República podrá solicitar declaraciones juradas de patrimonio a los funcionarios, empleados y obreros del sector público, a los particulares que hayan desempeñado tales funciones o empleos, a los contribuyentes o responsables, según el COT, y a quienes en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones relacionadas con el patrimonio público, o reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales. Dichas declaraciones deberán reflejar la real situación patrimonial del declarante para el momento de dicha declaración.

Todas estas investigaciones, tendrán carácter reservado, pero constituirán las actividades previas al inicio del procedimiento administrativo de determinación de responsabilidades, ya que éste requiere elementos de convicción o prueba

que permitan presumir fundadamente la responsabilidad de determinadas personas. De las actuaciones realizadas, se formará expediente y se dejará constancia de sus resultados en un informe, con base en el cual el órgano de control fiscal, mediante auto motivado, ordenará el archivo de las actuaciones realizadas, o de lo contrario, el inicio del procedimiento para la formulación de reparos, determinación de la responsabilidad administrativa, o la imposición de multas, según corresponda.

No obstante, lo anterior, y aun antes de iniciar el procedimiento, si en el curso de una investigación el órgano de control fiscal imputare a alguna persona actos hechos u omisiones que comprometan su responsabilidad, quedará obligado a informar de manera específica y clara de los hechos que se le imputan. En estos casos, el imputado tendrá inmediatamente derecho de acceso al expediente y podrá promover todos los medios probatorios necesarios para su defensa.

Igualmente, el titular del órgano de control fiscal que practique la investigación podrá solicitar la suspensión en el ejercicio del cargo de cualquier funcionario sometido o funcionaria sometida a un procedimiento de determinación de responsabilidades.

2. Inicio del procedimiento y auto de apertura

El procedimiento para determinar responsabilidades y formular reparos puede ser iniciado de oficio o a instancia de interesados. El primero derivado de las funciones de control o de las potestades investigativas de los órganos de control fiscal. Y en el segundo caso por denuncia o a solicitud de organismo o empleado público.

Si como consecuencia del ejercicio de las funciones de control o de las potestades investigativas, surgieren elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, el órgano de control fiscal respectivo iniciará

el procedimiento mediante auto motivado que se notificará al interesado, de conformidad con las reglas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)³⁶.

Como mencionáramos antes, el procedimiento podrá igualmente ser iniciado por denuncia, o a solicitud de cualquier organismo o empleado público, siempre que a la misma se acompañen elementos suficientes de convicción o prueba que permitan presumir fundamentalmente la responsabilidad de personas determinadas. La denuncia podrá ser presentada por escrito, firmada en original ante el órgano competente, o a través de medios electrónicos, dirigidos a dichos órganos.

El órgano de control fiscal competente para la determinación de la responsabilidad administrativa y/o civil, tendrá treinta (30) hábiles siguientes a la recepción del informe de resultados de la potestad investigativa y el expediente respectivo, así como los recaudos que se acompañen con la denuncia o solicitud, para valorarlos y verificar si surgieren elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar al inicio del

36 Adicionalmente el artículo 90 del Reglamento de la LOCGRYSNCF, precisa que el oficio de notificación del auto de apertura e inicio del procedimiento debe contener como mínimo, lo siguiente: 1. Identificación de los sujetos presuntamente responsables de los actos, hechos u omisiones investigados. 2. El número del expediente. 3. La dependencia en que se encuentra, con su dirección exacta y el horario de atención al público. 4. Señalamiento del lapso dentro del cual podrán los sujetos presuntamente responsables de los hechos investigados o sus representantes legales indicar todas las pruebas, y consignar en el expediente los medios de prueba documentales de que dispongan, que a su juicio desvirtúen los elementos de prueba o convicción a que se refiere el artículo 96 de la Ley. 5. Indicación del lapso para la admisión de las pruebas y señalamiento expreso de que, en caso de ser admitidas, podrán evacuarse, de ser necesario, antes del acto oral y público a que se refiere el artículo 101 de la ley. 6. Indicación de que la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades por auto expreso fijará el día y la hora en que tendrá lugar el acto oral y público a que se refiere el artículo 101 de la Ley. 7. Señalamiento expreso a los sujetos presuntamente responsables de los actos, hechos u omisiones o sus representantes legales, que a partir de la fecha de notificación quedarán a derecho para todos los efectos del procedimiento.

procedimiento para la declaratoria de responsabilidad administrativa, la formulación de reparos o la imposición de multa.

Luego de evaluado el caso podrá el órgano de control alternativamente hacer lo siguiente:

1. Dictar un auto motivado mediante el cual ordenará el archivo de las actuaciones realizadas por considerar que no existe razones suficientes para iniciar el procedimiento;
2. Ordenar la práctica de otras actuaciones para esclarecer alguna circunstancia vinculada con la investigación, evacuar nuevas pruebas o ampliar las ya existentes, antes de dictar el auto de inicio³⁷; o
3. Dictar el auto motivado de inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades.

A. Archivo de las actuaciones

El archivo de las actuaciones se ordenará: 1) Cuando los hechos investigados no constituyan supuestos que conforme a las Leyes pudieran dar lugar a la declaratoria de responsabilidad administrativa, formulación de reparo o imposición de multa. 2) Cuando de las pruebas recabadas por el órgano de control fiscal o de las aportadas durante el procedimiento investigativo por los interesados, quedaren plenamente desvirtuados los actos, hechos u omisiones presuntamente irregulares o la participación de las personas directamente vinculadas con los mismos. 3) Cuando se verifique la existencia de alguno de los supuestos que hacen procedente el sobreseimiento. Y 4) Cuando existan otros motivos legales que lo justifiquen.

37 Artículo 87 del Reglamento de la LOCGRSNCF.

B. Orden para practicar otras actuaciones

Cuando la dependencia de control fiscal encargada de la determinación de responsabilidades, a los fines de dictar con certeza el auto motivado que declare el archivo de las actuaciones o aquel que inicie el procedimiento respectivo, considere necesario esclarecer alguna circunstancia vinculada con la investigación, evacuar nuevas pruebas o ampliar las ya existentes, podrá solicitar a las dependencias del órgano de control fiscal a su cargo que practiquen las actuaciones que estime necesarias para tal fin.

Igualmente, si evidenciare la participación de personas directamente vinculadas con los actos, hechos u omisiones investigados, distintas de las indicadas en el informe de resultados, solicitará se practiquen las notificaciones correspondientes, a los fines de garantizarles el ejercicio de su derecho a la defensa en esa fase previa al inicio del procedimiento de determinación de responsabilidades, y en ese sentido se debe elaborar una ampliación del informe de resultados sobre los aspectos sobrevenidos.

C. Contenido del auto de apertura

El auto de apertura del procedimiento al que nos referimos antes deberá constar por escrito y deberá contener lo siguiente:

1. La identificación del órgano de control fiscal, así como de la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades, con indicación expresa de las disposiciones legales y reglamentarias que fundamenten su competencia.
2. La identificación del órgano o entidad donde ocurrieron los actos, hechos u omisiones.

3. Descripción de los actos, hechos u omisiones imputados.
4. La identificación de los sujetos presuntamente responsables.
5. La indicación de los correspondientes elementos probatorios y las razones que comprometen, presumiblemente, la responsabilidad del investigado.
6. La orden de que sean notificados los sujetos presuntamente responsables de los actos, hechos u omisiones.
7. La indicación expresa en la notificación del auto de inicio o apertura, que los sujetos presuntamente responsables quedarán a derecho para todos los efectos del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades³⁸.

Como se mencionara anteriormente este auto de apertura deberá ser notificado al funcionario o particular investigado en obsequio a la garantía del derecho al debido proceso administrativo, como principio fundamental.

D. Unificación del expediente administrativo

El órgano de control fiscal encargado de la determinación de responsabilidades, incorporará el auto de inicio o apertura en el expediente previamente formado con los elementos de convicción inicial, derivados de la potestad investigativa o de los recaudos que acompañó la denuncia o la solicitud. Asimismo, identificará el expediente con el número que le corresponda de acuerdo con la nomenclatura de esa dependencia.

38 Ver artículo 98 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y el artículo 88 de su Reglamento.

Además ese expediente servirá para que conste las actuaciones que se verifiquen dentro del procedimiento administrativo, y los documentos consignados por los interesados legítimos o sus apoderados, serán incorporados al expediente mediante un auto que deberá expresar: el nombre, apellido y número de la cédula de identidad de la persona que consigna la documentación, número de folios de la documentación consignada y la orden de incorporación de dicha documentación al expediente³⁹.

E. Reglas probatorias aplicables

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de que conste en el expediente la notificación del auto motivado de inicio del procedimiento, los sujetos presuntamente responsables de los actos, hechos u omisiones o sus representantes legales, tendrán la oportunidad para indicar y producir todas las pruebas que a su juicio le favorezcan, las cuales, de ser procedentes, serán admitidas por la dependencia encargada de la determinación de responsabilidades, dentro de los tres (03) días hábiles siguientes; y podrán evacuarse, de ser necesario, antes del acto oral y público que deberá celebrarse dentro del procedimiento, y al que nos referiremos más adelante. En el evento de ser procedente la evacuación de algún medio de prueba, deberán notificarse a los sujetos presuntamente responsables de los actos, hechos u omisiones o a sus representantes legales, para que ejerzan control sobre la evacuación de la prueba. Si se trata de varios interesados o interesadas, el plazo señalado se computará individualmente para cada uno de ellos, en función de su respectiva notificación.

Determina el artículo 91 del Reglamento de la Ley de la Contraloría, que dentro del mismo plazo de quince (15) días, señalado en el párrafo anterior, los sujetos presuntamente responsables de los actos, hechos u omisiones o sus repre-

39 Ver artículo 74 del Reglamento de la LOCGRYSNCF.

sentantes legales consignarán en el respectivo expediente, los medios de prueba documentales de que dispongan.

Lo curioso de la anterior norma reglamentaria es que vino a alterar de manera sustancial la disposición contenida en el artículo 99 de la LOCGRYSNCF, que preveía como única oportunidad para producir los medios de prueba escritos y evacuar aquellas pruebas que lo requirieran, el momento de la audiencia oral. Ahora por un efecto práctico se busca preparar la audiencia oral, para llegar con las pruebas ya evacuadas a dicho acto procedimental.

En lo que respecta a los medios de pruebas que se pueden emplear, salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso a través del empleo de cualquier medio de prueba que no esté expresamente prohibido por la ley⁴⁰. Por último, a menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el funcionario o funcionaria competente para decidir deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica.

F. Acto oral y público

Vencidos los quince (15) días hábiles para alegar e indicar los medios de pruebas, se fijará por auto expreso el décimo quinto (15º) día hábil siguiente, para que los interesados o sus representantes legales expresen, en forma oral y publica, ante el titular del órgano de control fiscal o su delegatario, los argumentos que consideren les asisten para la mejor defensa de sus derechos e intereses. Si en el procedimiento hubiere varios interesados, el auto antes referido será dictado al día siguiente a que venza el plazo acordado y notificado al último de los

40 Lo aquí analizado es consecuente con el principio de la prueba libre que recoge el artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

interesados⁴¹. El acto oral y público se considerará realizado en una sola y única audiencia, aun cuando su duración pueda extenderse por días y horas habilitados para ello mediante auto expreso, debidamente motivado, dictado por el titular del respectivo órgano de control fiscal o su delegatario.

a. Reglas para la celebración del acto oral y público

En el día y hora fijados para que tenga lugar el acto oral y público, el titular del respectivo órgano de control fiscal o su delegatario, se constituirá en el lugar destinado para tal fin; verificará la presencia de los sujetos presuntamente responsables de los actos, hechos u omisiones; declarará iniciado el acto y advertirá a los presentes sobre las normas que regirán dicho acto, las cuales serán anunciadas por el respectivo órgano de control fiscal tomando en cuenta lo siguiente:

1. El titular del órgano de control fiscal o su delegatario ordenará las lecturas necesarias; recibirá los juramentos y declaraciones; moderará la discusión, impidiendo intervenciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por ello el ejercicio del derecho a la defensa de los investigados; ejercerá el poder de disciplina y con tal carácter podrá ordenar el desalojo de las personas cuya presencia no sea necesaria o que perturben el desarrollo de la audiencia; designará un funcionario para que funja durante el acto como Secretario, a fin de prestarle asistencia en el mantenimiento del orden durante la realización del acto oral y público, así como la ejecución de las demás funciones que le asignen.
2. Se advertirá a los asistentes al acto que deberán comportarse de manera respetuosa y permanecer en silencio,

41 Artículo 101 de la LOCGRYSNCF.

mientras no estén autorizados para exponer o responder a las preguntas que se les formulen.

3. Se prohibirá el ingreso de armas u otros objetos aptos para incomodar u ofender, así como adoptar conductas intimidatorias, provocativas o producir disturbios que alteren la realización del acto.
4. Sólo con la autorización previa del titular del órgano de control fiscal o su delegatario las empresas de radio-difusión, televisión u otro medio de comunicación podrán, antes del inicio del acto oral y público, instalar en el lugar donde éste se realizará, aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación, cámaras, teléfonos u otros. En todo caso la presencia de los referidos medios y de las personas que actúen en su nombre no podrá afectar el normal desarrollo del acto, ni generar interrupciones o alteraciones de ningún tipo. El titular del órgano de control o su delegatario señalará, en cada caso, las condiciones en que se ejercerán esas facultades. Podrá, sin embargo, prohibirse por resolución motivada la instalación de determinados equipos. Asimismo, cuando el imputado o alguna persona que deba rendir declaración soliciten expresamente que aquellos medios no graben, ni su voz, ni su imagen, se hará respetar su derecho.
5. No se permitirá el ingreso de menores de edad al acto.
6. Atendiendo a la capacidad del lugar donde se realiza el acto podrá limitarse el ingreso a un determinado número de personas.
7. Las intervenciones de las personas que participen en el acto se harán de forma oral. El tiempo del uso de la palabra a quienes intervengan en el acto podrá restringirse fijando límites máximos igualitarios para todos

los imputados o sus representantes legales. Asimismo, el titular del órgano de control fiscal o su delegatario podrá interrumpir a cualquiera de estos cuando haga uso manifiestamente abusivo de su facultad.

8. El acto será público, no obstante, el titular del órgano de control fiscal o su delegatario podrá resolver por auto motivado que se realice total o parcialmente en forma privada, cuando:
 - a) Se afecte directamente, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes, por la trascendencia de los actos, hechos u omisiones investigados.
 - b) Se obstruya el ejercicio de las funciones de control por estar vinculados con otros actos, hechos u omisiones que aún se encuentran en etapa de investigación.
 - c) Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible.
 - d) Cualquier otro caso previsto en el ordenamiento jurídico o cuando la divulgación de los actos, hechos u omisiones irregulares pudiere afectar gravemente el ejercicio de las funciones de control o el interés público.
9. El titular del órgano de control fiscal o su delegatario podrá imponer a las personas que intervienen en el acto el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron.
10. De lo ocurrido en el acto se efectuará de ser posible registro preciso, claro y circunstanciado de lo acontecido, a través de medios de grabación de voz, video grabación, teléfonos inteligentes o cualquier otro medio de repro-

ducción similar en el cual se hará constar el lugar, fecha y hora en que se ha producido el acto, así como la identidad de las personas que han participado en el mismo. Del registro efectuado se dejará constancia en un acta que firmarán el titular del órgano de control fiscal o su delegatario y los imputados y sus representantes legales. El medio de reproducción utilizado, si fuere el caso, estará a disposición del imputado o sus representantes legales, sólo dentro de la dependencia del órgano de control fiscal.

11. De la realización del acto se dejará constancia a través de un acta que sólo hará prueba respecto al modo como se desarrolló, la observancia de las formalidades previstas, las personas que intervinieron y los actos que se llevaron a cabo, dicha acta se leerá ante los comparecientes con lo que quedará notificada.

b. Desarrollo del acto oral y público

Iniciado el acto oral y público, el funcionario de control fiscal expondrá oral y brevemente los antecedentes del procedimiento administrativo, los actos, hechos u omisiones que se imputan, los elementos probatorios de que se disponga, los presuntos responsables y las razones que comprometen presumiblemente la responsabilidad de quienes son objeto de imputación.

En aquellos casos que por el contenido técnico de los hechos que se imputan, sea necesaria la intervención del funcionario que estuvo a cargo de la actuación de control que dio origen al procedimiento, el titular del órgano de control fiscal o su delegatario, lo hará comparecer al acto oral y público y le concederá el derecho de palabra, a objeto de que exponga al respecto.

Luego el titular del órgano de control fiscal o su delegatario concederá el derecho de palabra a los sujetos presunta-

mente responsables de los actos, hechos u omisiones y a sus representantes legales, a fin de que expongan los correspondientes argumentos de defensa conjuntamente con la referencia al acervo probatorio del cual se hará valer⁴².

El acto oral sólo podrá suspenderse por un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, por razones de fuerza mayor, si ocurre alguna situación inesperada que produzca alteraciones sustanciales que impidan su realización o continuación. El titular del órgano de control fiscal o su delegatario decidirá la suspensión y anunciará el día y la hora para que tenga lugar la reanudación del acto, ese pronunciamiento realizado dentro del acto valdrá como notificación para todos los comparecientes; si la suspensión se realiza fuera del acto se deberá notificar a los interesados. El acto continuará en el día y a la hora señalada anunciada.

No obstante, la autoridad fiscal podrá dictar un auto para mejor proveer, a los fines de practicar cualquier diligencia pendiente o evacuar alguna prueba que se requiera para esclarecer un hecho, en dicho auto se establecerá un término no mayor de quince (15) días hábiles para su cumplimiento.

G. La decisión del procedimiento

La autoridad competente decidirá el mismo día de celebración de la audiencia oral y pública o a más tardar el día siguiente de concluida la misma. La decisión se pronunciará en forma oral y pública, mediante la cual el órgano competente determinará de forma clara y expresa si formula el reparo, declara la responsabilidad administrativa, impone la multa, absuelve de dichas responsabilidades, o pronuncia el sobreseimiento, según corresponda. Si se ha dictado auto para mejor proveer la decisión se pronunciará en la misma forma antes indicada, al día siguiente de cumplido dicho auto o su término⁴³.

42 Artículos 94 y 95 del Reglamento de la LOCGRYSNCF.

43 Artículo 103 de la LOCGRYSNCF.

a. Contenido de la decisión del reparo

No obstante, el pronunciamiento oral de la decisión, el órgano de control fiscal competente también deberá producir la decisión por escrito, y deberá agregarse al respectivo expediente, en el término de cinco (5) días hábiles después de pronunciada oralmente, aun cuando tiene efectos inmediatos. En consecuencia, si procede la formulación del reparo la misma deberá contener lo siguiente⁴⁴:

1. La identificación del órgano de control fiscal y la fecha en que se dicta.
2. La identificación del destinatario del reparo.
3. La identificación de la actuación del órgano de control fiscal en la que se detectaron los indicios de daño al patrimonio del órgano o ente.
4. La fecha en que se rindió la cuenta u ocurrieron los hechos en razón de los cuales se formula al reparo.
5. Indicación de las pruebas promovidas y evacuadas con señalamiento de las razones para su desestimación, si fuere el caso.
6. Expresión de las razones de hecho y de derecho en que se fundamente la decisión.
7. La determinación de la naturaleza del reparo, con indicación de sus fundamentos.
8. La fijación del monto del reparo, y si éste es de naturaleza tributaria, la discriminación de los montos

44 Artículo 86 de la LOCGRYSNCF y 98 de su Reglamento.

exigibles por tributos, los recargos, los intereses y las sanciones que correspondan.

9. La indicación de los recursos que procedan, señalando los lapsos para ejercerlos y los órganos o tribunales ante los cuales pueden interponerse.
10. Firma del titular del órgano de control fiscal o su delegatario.
11. Cuando el funcionario que dicta la decisión actué por delegación del titular del órgano de control fiscal, hará constar dicha circunstancia expresamente en el texto de la decisión con indicación del acto administrativo donde conste la delegación y los datos de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del respectivo Estado, Distrito, Distrito Metropolitano o Municipio, según corresponda.

Cuando los actos, hechos u omisiones que causen daño al patrimonio de los entes u órganos públicos, sean imputables a varios sujetos, operará de pleno derecho la solidaridad. La formulación de reparos no excluye la responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por las faltas que, en relación con los mismos, tengan los respectivos funcionarios.

La norma determina que la decisión que declare la responsabilidad administrativa, una vez firme en vía administrativa, se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del respectivo Estado, Distrito, Distrito Metropolitano o Municipio, según corresponda; sin embargo, considero que igual tratamiento se le debe otorgar a la decisión que sólo declare la responsabilidad civil del funcionario y formule el reparo correspondiente, por la trascendencia de dicha decisión, y por aplicación de los principios de publicidad y transparencia.

Estas decisiones se dictan para ser ejecutadas de manera inmediata, una vez que el acto administrativo que la contenga adquiera eficacia, en ese caso, el órgano de control fiscal deberá pasar la decisión a la oficina de liquidación correspondiente para que proceda a cobrar el reparo en cuestión, y los funcionarios encargados de hacer efectiva las liquidaciones de los reparos, deberán notificar inmediatamente su recaudación al órgano de control fiscal que hubiere emitido el reparo.

b. Supuestos para declarar el sobreseimiento

Los Supuestos en que se puede basar el órgano de control fiscal para declarar el sobreseimiento del procedimiento, son los siguientes⁴⁵:

1. Cuando al momento de iniciarse el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades se constatare que las acciones que pudieran derivarse de los actos, hechos u omisiones que le dieron origen están prescritas.
2. Cuando haya fallecido el sujeto presuntamente responsable de los actos, hechos u omisiones.
3. Cuando los actos, hechos u omisiones investigados no revistan carácter irregular a la luz de lo previsto en las Leyes que regulan la materia.
4. Cuando existan otros motivos legales que justifiquen no proseguir el procedimiento de determinación de responsabilidades.

45 Ver artículo 99 del Reglamento de la LOCGRYSNCF.

H. Medidas preventivas administrativas

El Contralor General de la República y, con su previa autorización, los titulares de los demás órganos de control fiscal externos, podrán adoptar en cualquier momento, mediante acto motivado, las medidas preventivas que resulten necesarias cuando en el curso de una investigación se determine que existe riesgo manifiesto de daño al patrimonio de alguno de los entes u órganos públicos, o riesgo de quedar ilusoria la ejecución de la decisión de responsabilidad que se deba adoptar⁴⁶. La medida preventiva administrativa así decretada, mantendrá su vigencia hasta el momento en que cesen las causas o motivos que la originaron, o hasta que se dicte y ejecute la decisión de responsabilidad.

Las medidas preventivas deberán estar expresamente previstas y ajustarse a la proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto concreto, hasta tanto los órganos administrativos o jurisdiccionales se pronuncien al respecto.

Las solicitudes dirigidas a la Contraloría General de la República para que autorice el decreto de medidas preventivas deberán estar acompañadas de los elementos probatorios que a juicio del solicitante justifiquen la procedencia de la medida, y cumplir con los siguientes requisitos:

1. Identificación plena del sujeto sobre quien recaería la medida.
2. Cargo que ocupa o razón social.
3. Supuestos de hecho que hacen inminente la aplicación de la medida.

46 Artículo 112 de la LOCGRYSNCF y 102 de su Reglamento.

4. Base legal en que se consagra la medida que se pretende aplicar.

Recibida la solicitud el Contralor General de la República, deberá pronunciarse acerca de la autorización en un plazo que no excederá de quince (15) días hábiles. Autorizada la medida preventiva administrativa por el máximo órgano de control fiscal, luego el acto que acuerde expresamente dicha medida deberá ser motivado, como garantía del derecho a la defensa, y contener, al menos, lo siguiente: 1) Señalamiento expreso del titular del órgano que adopta la medida. 2) Identificación del sujeto sobre quien recaería la medida. 3) Razones de hecho y fundamentos de derecho que justifican su procedencia, y 4) Señalamiento del acto mediante el cual el Contralor General de la República autorizó la medida.

Las medidas preventivas acordadas deberán ser ejecutadas por las autoridades competentes, en un plazo que no excederá de tres (3) días hábiles, y deberán participadas al órgano de control fiscal correspondiente, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su ejecución, so pena de entender que ha decaído el objeto de la medida, partiendo de la premisa de la falta de interés y urgencia; en consecuencia de ser necesaria aún la adopción de la medida preventiva se deberá renovar el pronunciamiento del órgano de control fiscal que la decretó, si las circunstancias que la originaron persisten.

*I. La prescripción del procedimiento para
determinar la responsabilidad civil*

El artículo 114 de la LOCGRYSNCF determina que las acciones administrativas sancionatorias o resarcitorias derivadas del control fiscal, esto es, la acción de determinación de responsabilidad administrativa, la imposición de multas y la formulación de reparos, prescribirán en el término de cinco (5) años, salvo que en leyes especiales se establezcan plazos diferentes.

Dicho término se comenzará a contar desde la fecha de ocurrencia del hecho, acto u omisión que origine la responsabilidad administrativa, la imposición de la multa o la formulación del reparo. No obstante, lo anterior, cuando el infractor o infractora fuere funcionario público, la prescripción comenzará a contarse desde la fecha de cesación en el cargo o función ejercido para la época de ocurrencia de la irregularidad. Si se tratare de funcionarios que gocen de inmunidad, se contará a partir del momento en que esta hubiere cesado o haya sido allanada. Si durante el lapso de prescripción el infractor llegare a gozar de inmunidad, no se paralizarán los procedimientos, se continuarán los procedimientos que pudieran dar lugar a las acciones administrativas, sancionatorias o resarcitorias que correspondan.

En los supuestos explicados anteriormente el lapso de prescripción se interrumpe en virtud de verificarse los siguientes eventos:

1. Por la información suministrada al imputado durante las investigaciones o actividades preliminares, sobre su imputación y posibilidad de acceso al expediente, conforme a lo previsto en el artículo 79 de la LOCGRYS-NCF.
2. Por la notificación a los interesados del auto de apertura del procedimiento para la determinación de responsabilidades.
3. Por cualquier actuación fiscal, notificada a los interesados, en la que se haga constar la existencia de irregularidades, siempre que se inicie el procedimiento para la determinación de responsabilidades establecido en la ley por esos mismos hechos⁴⁷.

47 Ver artículo 115 de la LOCGRYSNCF.

La regla general de prescripción en materia de reparos tributarios, es de seis (6 años en la actualidad, y dicha prescripción se rige por lo establecido en el Capítulo VI del Título I del Código Orgánico Tributario (COT)⁴⁸.

IV. MECANISMOS DE DEFENSA EN CONTRA DEL ACTO DE FORMULACIÓN DEL REPARO

1. Los recursos administrativos

Expresamente se establece en el ordenamiento jurídico que las decisiones dictadas por los órganos de control fiscal en ejercicio de su competencia para determinar la responsabilidad administrativa, imponer sanciones y formular reparos, causan estado, esto es, agotan por sí misma la vía administrativa y dejan abierta la puerta para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa de manera directa. Sin embargo, la misma LOCGRYSNCF deja la posibilidad para que el declarado responsable, sancionado, o reparado, de manera voluntaria y optativa pueda interponer el Recurso de Reconsideración, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a que haya sido pronunciada la decisión (refiriéndose en este caso a su mención en forma oral). Dicho recurso será decidido dentro de los quince días hábiles siguientes a su interposición⁴⁹.

Aun cuando a nuestro juicio estaba muy clara la redacción de la forma de cómputo de los lapsos, el artículo 100 del Reglamento de la LOCGRYSNCF, formuló una aclaratoria, que alteró la realidad interpretativa de la ley, pero que en el fondo aportó

48 COT: "Artículo 55. Prescriben a los seis (6) años los siguientes derechos y acciones:

1. El derecho para verificar, fiscalizar y determinar la obligación tributaria con sus accesorios.
2. La acción para imponer sanciones tributarias, distintas a las penas restrictivas de la libertad.
3. El derecho a la recuperación de impuestos y a la devolución de pagos indebidos".

49 Ver artículos 106 y 107 de la LOCGRYSNCF.

una solución más justa y que garantiza el debido proceso. Esta norma indicó que a los fines del ejercicio del recurso de reconsideración -antes comentado- se entenderá pronunciada la decisión cuando conste por escrito en el expediente. Vemos como se modifica los términos empleados, pero -repetimos, la solución es mas justa y genera mayor seguridad jurídica para el investigado, ya que a partir de esta interpretación los lapsos de impugnación comenzaran a correr, no de pronunciada la decisión, sino del momento en que conste la decisión por escrito en el expediente.

Sin embargo y al margen de aquella precisión interpretativa consideramos, que por tratarse de un acto administrativo de efectos particulares, su eficacia se produce a partir de la notificación al interesado, a partir del cual comenzarán a correr los lapsos de impugnación, en consecuencia siempre habrá de notificarse el acto a los sujetos involucrados en el pronunciamiento en él contenido, todo esto de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la LOPA y el artículo 108 de la LOCGRYSNCF.

Igualmente, la LOCGRYSNCF consagra el Recurso de Revisión como otro de los recursos administrativos que pudieran emplear los afectados, y remite su aplicación a las disposiciones de la LOPA, específicamente a sus artículos 97, 98 y 99, que lo consagra como un recurso excepcional, previa verificación de unos supuestos de procedencia específicos.

Por último, el artículo 110, de la tantas veces mencionada LOCGRYSNCF acoge la premisa del efecto no suspensivo de los recursos administrativo, precisando que la interposición de los recursos no suspende la ejecución de las decisiones que dictaminen la responsabilidad administrativa, impongan multas o formulen reparos a los imputados.

2. Demandas contencioso-administrativas

Como efectivamente lo comentáramos antes, sin necesidad de agotar la vía administrativa, en contra de las decisiones del Contralor General de la República o sus delegatarios o delegatarias, se podrá interponer demanda de nulidad por ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, en el lapso de ciento ochenta (180) días continuos contados a partir del día siguiente a la notificación de la decisión⁵⁰. Dicha acción judicial se tramitará conforme a las disposiciones del procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas, previsto en la Sección Cuarta Capítulo Segundo del Título Cuarto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA)⁵¹.

Si el acto es dictado por la Contraloría General de la República la demanda será interpuesta ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, quien conocerá en única instancia, por disposición del comentado artículo 108 de la LOCGRYSNCF, y en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 23 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA).

Pero en el caso de las decisiones sancionatorias o resarcitorias dictadas por los demás órganos de control fiscal, distintos a la Contraloría General de la República, se podrá interponer, dentro del mismo lapso antes señalado, la demanda de nulidad por ante las Cortes en lo Contencioso Administrativo (hoy en día denominados en la LOJCA Juzgados Nacionales

50 Ver artículo 108 de la LOCGRYSNCF.

51 El 16 de junio de 2010, entró en vigencia la esperada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el texto vigente es el publicado en la G.O. N° 39.451 del 22 de junio de 2010, en ella se sustituyen a las Cortes en lo Contencioso Administrativo por los denominados Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo. Y en lo que respecta al lapso para interponer las demandas de nulidad en contra de actos administrativos de efectos particulares, se fijó 180 días continuos contados a partir de la notificación del acto.

de lo Contencioso Administrativos), que serán los tribunales competentes en primera instancia para conocer y decidir los referidos asuntos, por disposición del mismo artículo 108 de la LOCGRYSNCF conjuntamente con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 24 de la LOJCA. En estos casos, en contra de las sentencias que dicten estos juzgados conociendo en primera instancia se podrá apelar para ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia como tribunal superior de aquellos.

BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EUROPA, AMÉRICA LATINA Y ESPECIALMENTE EN VENEZUELA

Nélida Peña Colmenares

*Abogada y Profesora Agregada de Derecho Constitucional
de la Universidad Central de Venezuela. Especialista
de Derecho Constitucional, del Centro de Estudios Políticos
y Constitucionales (Madrid)*

Resumen: El presente trabajo constituye un estudio sucinto sobre los antecedentes históricos de la figura constitucional de la delegación legislativa en Europa, América Latina y especialmente, Venezuela, cuyos resultados serán utilizados para acometer un examen exhaustivo de las leyes habilitantes introducidas ex novo en la Constitución de 1999.

Palabras clave: Delegación legislativa. Leyes habilitantes. Leyes autorizatorias. Decretos con fuerza de ley.

Summary: This paper studies succinctly the historical background of the constitutional figure of the legislative delegation in Europe, Latin America and especially, Venezuela. Having reviewed this background, a thorough examination of the enabling laws introduced ex novo in the 1999 Constitution of Venezuela will be undertaken.

Key words: Legislative delegation. Enabling laws. Authorizing laws. Decrees with force of law.

Recibido: 3 de junio de 2019 Aceptado: 22 de enero de 2020

SUMARIO

- I. Los antecedentes de la delegación legislativa en Europa
- II. Los antecedentes de la delegación legislativa en América Latina
- III. Los antecedentes de la delegación legislativa en Venezuela

I. LOS ANTECEDENTES DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EUROPA

Como primer punto del presente trabajo consideramos conveniente referirnos en términos muy sucintos a la génesis y evolución de la delegación legislativa, centrándonos en algunos países de Europa (Francia, Italia y España) y de Latinoamérica (Chile, Colombia, Perú y Argentina) que puede servirnos como punto de referencia para examinar la regulación de esta técnica legislativa en el ordenamiento constitucional venezolano.

En general, es posible sostener que, en los citados países europeos, las primeras manifestaciones de delegación legislativa, la cual consiste en la transferencia excepcional, parcial y temporal, de la potestad legislativa por el Parlamento al Gobierno, habilitándolo de esa manera para dictar decretos legislativos, en determinadas circunstancias y en materias específicas, aparecen en Europa en el siglo XIX, y propiamente como una técnica legislativa constitucionalizada en el siglo XX.

Sin embargo, la autora española FREIXES SAN JUAN¹ ubica el origen remoto de la delegación legislativa en el siglo XVI, con las autorizaciones legislativas que en el Reino Unido le fueron otorgadas a Enrique VIII por el parlamento inglés (*Statute of Proclamation*, 1531 y *Statute of Sewers*, 1539), la cual

1 FREIXES SANJUAN, TERESA. "La Legislación Delegada" en **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 10. Número 20. Enero-Abril. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Madrid, 1990, p. 121.

evolucionó y encontró su fundamento conceptual en el siglo XVII, cuando fue sentado el principio conforme al cual el Ejecutivo no podía dictar norma alguna sin previa habilitación expresa y concreta del Parlamento mediante ley (*Case of Proclamation*, 1610), dando paso a las normas reglamentarias (*statutory instrument*), subordinadas a la ley (*subordinate legislation*), que solo en casos excepcionales podían adquirir fuerza de ley.

Ahora bien, cabe advertir que la citada autora alude a un concepto amplio de delegación legislativa, en virtud de que pondera que en los países anglosajones, y algunos del sistema continental, no existe un poder reglamentario general del Poder Ejecutivo, que dimane de la Constitución, sino que el ejercicio del mismo requiere de una previa delegación parlamentaria, de manera tal que este tipo de normas gubernamentales, sustantivamente normativas, se consideran delegación legislativa. De una vez dejamos sentado que nos distanciamos en el presente trabajo de esa amplia connotación conceptual manejada por la autora, pues nos adherimos, como se precisará más adelante, a la tesis según la cual delegación legislativa, es la técnica de legislación mediante la cual el Parlamento por una ley delegante transfiere una parte de su potestad legislativa al Gobierno, para que este la ejerza mediante decretos con fuerza de ley, o más propiamente decretos legislativos.

1. En Francia

Previamente cabe destacar que la doctrina² coincide en que en Francia, Italia y España la delegación legislativa fue utilizada con mucha frecuencia durante el siglo XIX, con la particularidad de que casi siempre carecía de fundamento

2 FREIXES SANJUAN, TERESA. Op. cit, p. 122; SANTAMARÍA PASTOR, JUAN. **Fundamentos de Derecho Administrativo**. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1991, pp. 645 y 649; QUINZACARA, EDUARDO. "La Legislación delegada en el Derecho Chileno y su función constitucional". En **Revista de Estudios Constitucionales**. Año. N° 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Chile, 2010; pp. 50-51.

constitucional. No obstante, en el primero de esos países es posible ubicar una excepción en la Constitución de la Segunda República de 4 de noviembre de 1848, que introdujo la figura de los denominados reglamentos de administración pública, los cuales eran dictados por el Gobierno, después de ser autorizado por una ley del Parlamento, con la particularidad de que revestían fuerza de ley, y estaban limitados exclusivamente a regular a la Administración Pública. Sobre los mismos el autor francés LAFERRIERE, en su obra *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, citado por SANTAMARÍA PASTOR³, afirmaba que tal calificación era de consecuencias capitales, por cuanto la delegación transfería al Ejecutivo una parte de la potestad legislativa y confería a esos reglamentos un carácter legislativo, por lo que no podían ser modificados sino mediante ley.

Como es sabido, esa Constitución muy pronto fue derogada como consecuencia del golpe de estado, que dio lugar al advenimiento del Segundo Imperio con su titular Luis Napoleón Bonaparte (Napoleón II)⁴, siendo sancionada una nueva Constitución el 14 de enero de 1852, que mantuvo el precepto sobre los reglamentos de la Administración Pública, la cual una vez instituida la tercera República –la Constitución de 1852–, es derogada y sustituida por las leyes constitucionales de 1875, denominadas por la doctrina como “Constitución de Francia”, que estuvieron vigentes hasta 1940. Sin embargo, hasta el año 1907 se continuaron dictando estos reglamentos de administración pública, obviamente sin encaje constitucional, al punto que ese año el Consejo de Estado, acogiendo las críticas doctrinarias de la época sobre la delegación legislativa, dictó un fallo mediante el cual declaró que los reglamentos de administración pública carecían de fuerza ley.

3 SANTAMARÍA PASTOR, JUAN. Op. cit, p. 647.

4 PACTET, PIERRE Y FERDINAND MELIN-SOUCRANIEN. **Droit Constitutionnel**. Dalloz. París, 2012, p. 275.

La Constitución de la cuarta república (1946), visto el rechazo mayoritario que existía contra la delegación legislativa incorporó un artículo que la proscribía, pero pese a esa disposición se continuaron dictando decretos con fuerza ley, al margen del texto constitucional, denominados decretos leyes. La Constitución de la Quinta República (1958), quizás ponderando esa práctica recoge en el artículo 38 la delegación legislativa, el cual establece que el Gobierno podrá, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento con objeto de aprobar, por ordenanza, durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la ley. Las ordenanzas se aprobarán en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado. De modo, pues, que se requiere una ley de habilitación del Parlamento, y la emanación de las ordenanzas con rango de ley, dictadas por el Gobierno. Así lo declaró el Consejo Constitucional francés en sentencia del año 1972, zanjando de esa manera una discusión doctrinaria sobre su rango antes de que fueran ratificadas por el Parlamento.

Las ordenanzas –denominadas doctrinariamente decretos leyes– entran en vigencia en el momento de su publicación en el órgano oficial, con la particularidad de que decaerán, es decir, quedarán derogadas, si el Gobierno no presenta el correspondiente proyecto de ley en el plazo fijado en la aludida ley de habilitación, a los fines de su ratificación por el Parlamento, la cual deberá ser expresa.

2. En Italia

En este país la delegación legislativa encuentra recepción constitucional en el texto fundamental 1947, pero tuvo un largo recorrido extra constitucional en el siglo XIX, similar al francés, pues debe recordarse que el Estatuto Albertino de 1848 sirvió de texto constitucional al Reino de Italia unificado en 1861, hasta la caída del Fascismo en 1943. En ese orden de ideas,

SANTAMARÍA PASTOR⁵ ejemplifica con las leyes de plenos poderes que por motivo de guerra se dictaron en los primeros años de la unificación, cuando se atribuyeron al Monarca poderes ejecutivos y legislativos (leyes de 2 de agosto de 1848, 25 de abril de 1859 y 22 de mayo de 1915), las leyes que delegaron en el Gobierno la potestad que le permitió dictar los Códigos de Comercio y Penal.

Luego durante el régimen fascista, la Ley 31 de enero de 1926, sin encaje constitucional, sobre “las facultades del poder ejecutivo de emanar leyes”, que le permitía al Gobierno mediante real decreto, dictar normas con fuerza de ley cuando le fuese delegada esa potestad legislativa, dentro de los límites de la delegación, se pretendió “legitimar” la institución bajo examen, y por supuesto siguió la praxis –aunque prevista en la referida ley– *extra constitutionem* de la delegación legislativa.

Probablemente esta larga e importante praxis extra constitucional persuadió a los constituyentes de 1947, acerca de la necesidad de constitucionalizar la delegación legislativa, y a tal fin la introdujeron en los artículos 76 y 77 de la Constitución de ese año. El primer precepto dispone que la función legislativa solo puede ser delegada al Gobierno por el Parlamento, mediante ley en la cual deben quedar determinados los principios y criterios directivos, el plazo determinado del ejercicio de la delegación y los objetos definidos en esta. El segundo reitera que el Gobierno no puede sin delegación de las Cámaras, emanar decretos que tengan valor de ley ordinaria.

3. En España

En este país durante el siglo XIX la práctica de la delegación es similar a la de Francia y España, en lo que concierne a su carácter extra constitucional. Al respecto el primer ejemplo que suele citarse es una ley sancionada por la

5 SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. Op. cit, pp. 648-649.

Reina Isabel II, en 1845, mediante la cual autorizó al Gobierno a dictar leyes, debiendo posteriormente dar cuenta a las Cortes, por supuesto que dicha ley fue sancionada al margen de la Constitución de 1837, vigente para la época, que no contemplaba esta técnica de legislación. Durante el denominado período de la Restauración Borbónica que se inicia a finales de 1874, con la finalización de la Primera República, y termina en 1931, con la proclamación de la Segunda República, continuó y se incrementó la práctica de la delegación legislativa.

La primera vez que se constitucionaliza esta técnica de legislación es durante la Segunda República, en el texto constitucional de 1931, en su artículo 61. Con razón afirma FREIXES SANJUÁN⁶ que no puede hablarse, en estricta puridad, de delegación legislativa, sino hasta la Segunda República. Ese artículo disponía que el Congreso de los Diputados o Cortes podía autorizar al Gobierno para que legislase por decreto aprobado en Consejo de Ministros, sobre materias reservadas a la competencia del Poder Legislativo, los cuales debían ajustarse estrictamente a las bases establecidas en la Ley para cada materia concreta. El Congreso de los Diputados estaba facultado para controlar los decretos, mediante su enjuiciamiento sobre la base de su conformidad o no con las bases establecidas en la ley de delegación.

Durante la dictadura de Franco, en ausencia de un texto constitucional, y sin que la Ley de las Cortes de 1945 la contemplase, la delegación legislativa se usó con frecuencia, obviamente sin fundamento constitucional. Es apenas en 1967 cuando se pretende regular mediante la Ley Orgánica del Estado, la cual estableció la procedencia de la delegación legislativa, mediante una ley de delegación sancionada por las Cortes, previo dictamen del Consejo de Estado, y la emanación del decreto con fuerza de ley por el Poder Ejecutivo, ajustándose a las bases contenida en la referida ley⁷. La amplia praxis española en

6 FREIXES SAN JUAN, TERESA. Op. cit, p. 124.

7 Sobre este punto Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, JUAN. Op. cit, p. 651.

materia de delegación legislativa desde el siglo XIX hasta la finalización del régimen franquista, condujo a los constituyentes de 1978 a ponderar esta técnica de legislación, quienes decidieron siguiendo parcialmente el modelo italiano, introducirla en los artículos que van del 82 al 85 de la Constitución, la cual opera en dos fases: el otorgamiento de la potestad legislativa, mediante la sanción de la ley de delegación denominada ley de bases y una ley ordinaria, dependiendo del objeto de la delegación (textos articulados o refundidos respectivamente), por las Cortes Generales, y la emanación de decretos con rango de ley que reciben el título de “decretos legislativos”, por el Gobierno. Cabe advertir finalmente que quizás esta sea una de las regulaciones más exhaustiva, sistemática y moderna sobre la delegación legislativa, que encontramos en las Constituciones del mundo occidental, lo que para nuestro estudio resulta muy importante, porque la misma fue recibida parcialmente en la Constitución de Venezuela de 1999.

II. LOS ANTECEDENTES DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN AMÉRICA LATINA

Los antecedentes de la delegación legislativa en los países de América Latina no se distancian mucho de los europeos, ya que también en el siglo XIX en varios de ellos se encuentran expresiones de delegación legislativa, casi siempre sin estar prevista en su Constitución, siendo en el siglo XX cuando comienza a encontrar sustento constitucional o jurisprudencial. Quizás la pronta introducción de esta técnica legislativa en el subcontinente, así como la frecuencia de su uso, se deba a los vaivenes de las dictaduras que durante el siglo XIX y parte del XX detentaron el poder en el mismo, así como otros factores circunstanciales, como las crisis básicamente económicas, derivadas de las dos guerras mundiales.

1. En Chile

En este país, según CORDERO QUINZACARA⁸ la delegación legislativa antes de encontrar recepción formal en la reforma de la Constitución de 1925, realizada a través de la Ley N° 17.284 de 23 de enero de 1970, era vista como una práctica reiterada del Congreso, que consistía en delegar facultades legislativas en el Gobierno en diversas materias propias del Poder Legislativo (régimen de vivienda, Código sanitario, régimen de sociedades anónimas, de compañías de seguro y bolsas de comercio, entre otras), deviniendo en urgente la necesidad de precisar los límites de su ejercicio, lo que ocurrió con la aludida reforma constitucional de 1970; manteniéndose la técnica como tal en la Constitución de 1980 con algunas modificaciones sustanciales, tales como la exigencia de solicitar autorización por parte del Presidente de la República, al Congreso para dictar disposiciones con fuerza de ley, y la prohibición de regular mediante esta técnica los derechos constitucionales, siendo esta última violada abiertamente durante la dictadura militar de Pinochet, y retomada cuando entra en vigencia plena el referido texto constitucional, el 11 de marzo de 1990, fecha en que fenece la dictadura militar y asume la Presidencia de la República Patricio Alwyn.

2. En El Perú

En esta República la delegación de facultades legislativas por parte del Congreso, al Poder Ejecutivo fue una técnica utilizada extraconstitucionalmente, con bastante frecuencia, antes de su regulación en la Constitución de 1979. En tal sentido, señala EGUIGUREN⁹ que durante el siglo XX por

8 CORDERO QUINZACARA, EDUARDO. "La Legislación delegada en el Derecho Chileno y su función constitucional". En **Revista de Estudios Constitucionales N°2, Vol 8**. Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. Chile. Santiago de Chile, 2010, pp. 49-86.

9 EGUIGUREN, FRANCISCO JOSÉ. "La legislación delegada en la Constitución peruana de 1979: algunos problemas y experiencias del período

efecto de las recurrentes dictaduras civiles o militares y por el afianzamiento del caudillismo presidencial, el Gobierno fue adquiriendo un rol más activo en el plano legislativo, en principio, mediante los decretos leyes, y luego, mediante el uso de facultades legislativas por autorización del Parlamento a través de decretos con rango de ley. Esta técnica se constitucionaliza temporalmente con su introducción en la Ley 8929 del 24 de junio de 1939, mediante la cual se modificó la Constitución de 1833, en virtud de que tuvo una corta vigencia al verse derogada la aludida ley de reforma, en 1945.

Sin embargo, esta derogatoria no impidió que se siguiera utilizando la delegación legislativa. Es más, estas experiencias, en criterio del citado autor, fueron determinantes para que los constituyentes incorporaran las referidas facultades legislativas del Presidente de la República, en el citado texto fundamental de 1979, manteniéndose esa potestad del Gobierno en la Constitución vigente de 1993, con la novedad relativa al establecimiento de materias que son indelegables.

3. En Colombia

En la misma línea de los dos países antes señalados, en Colombia la práctica en materia de delegación legislativa del siglo XIX difería de las prescripciones constitucionales vigentes para la época, pues según el recuento que realiza la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-417 de junio 18 de 1993¹⁰, las Constituciones que precedieron a la de 1886, autorizaban al Congreso para revestir de facultades extraordinarias al Ejecutivo, única y exclusivamente frente a circunstancias de perturbación del orden público (conmoción interior y guerra exterior); no obstante, el Congreso otorgaba autorizaciones al Presidente de la República, al margen de la Constitución, para que dictara decretos con fuerza de ley en materias reservadas

1980-1985" en **Revista de Derecho** N° 39. Universidad Católica de Perú. Lima, 1985, pp. 153-157.

10 Criterio reiterado en Sentencia C-80 de febrero 28 de 1994.

al Poder Legislativo, distintas a la indicada en la Constitución, y además sin respetar la exigencia de esta, relativa a que el ejercicio de la delegación debía ser por tiempo determinado.

La situación no varió mucho después de la promulgación de la Constitución de 1886, pero la delegación encontró sustento jurídico a raíz de la interpretación extensiva del alcance de las facultades extraordinarias del Poder Ejecutivo previstas en esa Constitución, realizada en el año 1939 por la Corte Suprema de Justicia del artículo 76, numeral 10, que preceptuaba “Revestir, pro tēpore al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”. En la referida decisión, la Corte sostuvo que dichas facultades podían ser ejercidas por el Gobierno cuando el Congreso se las concediera de manera precisa y “pro tempore” para una época cualquiera (“tiempos de paz”), distinguiéndola de la previstas en el artículo 121, que solo podía concedérselas en tiempos de guerra. Esta situación se mantuvo, pese a los frecuentes cuestionamientos de la doctrina, los cuales a la postre fueron bien ponderados al momento en que los constituyentes de 1991 decidieron mantener la delegación legislativa, pero mediante una regulación precisa y rigurosa, para ponerle fin a la desnaturalización de la delegación legislativa, la cual había dado lugar a que convirtiera a esta institución de excepcional, en ordinaria.

Las modificaciones recogidas en la Constitución de 1991 son resumidas en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 1993, así: *“...La precisión de la materia se conserva como un elemento de obligatorio cumplimiento tanto por el Congreso como por el Presidente, surgiendo en el nuevo texto constitucional (artículo 150 numeral 10), una restricción a los temas que pueden ser objeto de las facultades, las cuales no podrán conferirse para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos. La oportunidad para acudir al procedimiento legislativo comentado, se mantiene en el nuevo texto fundamental, según idéntica fórmula que el anterior,*

para ‘cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje’. Restricciones adicionales se introducen en el artículo 150 numeral 10, de la Constitución Política, cuando indica que, sobre las leyes de facultades tiene iniciativa legislativa exclusiva el Gobierno, y se dispone que su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara”.

Como en los casos anteriores la dilatada praxis en materia de delegación legislativa de casi siglo y medio, condujo a los constituyentes de 1991, a incorporar a la delegación legislativa en la Constitución del referido año, con las modificaciones y precisiones indicadas en la sentencia de la Corte Constitucional, transcrita precedentemente.

4. En Argentina

En este país la delegación legislativa es relativamente reciente¹¹, si se compara con el resto de los ordenamientos latinoamericanos examinados, ya que durante la vigencia de la Constitución de 1853, basada en la estricta separación de poderes resultaba inviable transferir potestades legislativas al Poder Ejecutivo, produciéndose la reforma del texto constitucional en 1994, con modificaciones puntuales, dentro de las cuales fue incluida *ex novo* dicha técnica legislativa, concebida con un carácter excepcional, pues el precepto que la regula trasentar el principio de la prohibición de la delegación legislativa, añade que se permitirá solo en materias determinadas y con un plazo fijo para su ejercicio, dentro de la base de delegación que el Congreso establezca.

Del examen de los antecedentes de la delegación legislativa tanto de Europa como de América Latina, observamos: a) que existe una especie de paralelismo histórico en la práctica

11 BADENI, GREGORIO. Las delegación legislativa. En Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (en línea), 2001. Disponible en <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/La-delegacion-legislativa-gregorio-Badeni-2001.pdf> (consulta: junio, 2018).

y regulación constitucional, en virtud del carácter casi siempre *extra constitutionem* de esa práctica hasta el siglo XX, cuando se inicia la constitucionalización de dicha técnica legislativa; b) que en ese proceso de constitucionalización casi siempre la delegación era regulada con carácter excepcional, c) que generalmente la delegación era concedida al Poder Ejecutivo por un plazo determinado; d) que la técnica se desagregaba en dos fases, una que se cumplía en el Poder Legislativo, al dictar la ley de delegación o habilitante, y la otra en el Poder Ejecutivo, que en ejercicio de la delegación dictaba actos normativos con fuerza de ley (decretos legislativos, decretos con fuerza de ley, disposiciones con fuerza de ley y ordenanzas); e) que todas las leyes de delegación contenían bases a las cuales debía ajustarse el Poder Ejecutivo al dictar los decretos con fuerza de ley y; f) que la mayoría de las leyes contenía expresa o implícitamente prohibiciones de delegar la potestad legislativa en determinadas materias.

III. LOS ANTECEDENTES DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN VENEZUELA

1. La reforma constitucional de 1945

Los antecedentes referidos en el acápite pueden ubicarse recurriendo a hitos históricos que marcan las fechas de importantes reformas constitucionales, o de la sanción de nuevos textos constitucionales, siendo el primero de ellos el correspondiente a 1945, y en tal sentido conviene puntualizar que Venezuela a diferencia de otros países de América Latina, como Colombia, Argentina y Chile en los cuales se introduce la técnica de la delegación legislativa, desde el mismo siglo XIX, como quedó evidenciado precedentemente la figura que puede equipararse a delegación legislativa es constitucionalizada por primera vez en la Reforma Parcial de la Constitución de 1936, ocurrida en 1945 bajo la presidencia de Isaías Medina Angarita, publicada en la Gaceta Oficial del 5 de mayo de este

último año. La introducción de esta técnica de legislación en la mencionada reforma no fue el producto de una discusión dogmática en el seno del Parlamento (Congreso de los Estados Unidos de Venezuela), ya que obedeció más bien a una razón eminentemente pragmática, derivada de la necesidad de buscar una solución constitucional, para enfrentar crisis económicas y sociales severas, sin necesidad de recurrir a la suspensión de las garantías constitucionales.

En ese orden de ideas, cabe recordar que como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, pese a que el país no participó en la misma fue afectado por una grave crisis económica y social, y el Presidente Eleazar López Contreras, estando vigente la Constitución de 1936, con la finalidad de encararla se vio constreñido a suspender las garantías constitucionales y proceder, como sostiene A. BREWER CARIAS¹², desde fines de 1939 hasta 1941, año en que le da continuidad a esa política el nuevo Presidente I. Medina Angarita hasta el año 1944, a dictar sobre la base de la suspensión de la garantía económica, “lo que puede considerarse fue la legislación básica del país”.

Teniendo en cuenta esa experiencia el citado Presidente Medina Angarita, al momento de presentar la Reforma parcial de la Constitución, en 1945, propuso introducir *ex novo* lo que puede considerarse el antecedente de la técnica de la delegación legislativa, y en tal sentido en la Exposición de Motivos esgrimió el siguiente argumento:

“Juzgamos que el procedimiento de suspensión o restricción de garantías es un expediente demasiado heroico para situaciones apremiantes que bien pueden ser tratadas por simples medidas de emergencia. La falta de la institución que proponemos ha obligado al Poder Público a utilizar el único recurso disponible

12 BREWER CARIÁS, ALLAN. **Las Constituciones de Venezuela. Tomo I.** Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008, p. 214.

para hacer frente a las circunstancias originadas por la guerra”¹³.

La nueva institución quedó recogida en la Constitución de 1945, en los siguientes términos:

Artículo 78. “La Cámara de Diputados y la del Senado, al actuar como cuerpos colegisladores, tienen las siguientes atribuciones: 1. *Omissis*. 23. Autorizar temporalmente al Presidente de la República para ejercer determinadas y precisas **facultades extraordinarias** destinada a proteger la vida económica y financiera de la Nación, cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieran”.

Artículo 104. “Son atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela: 1. *Omissis*. 29. “Ejercer en los términos que fije el Congreso la facultad de dictar **medidas extraordinarias** destinadas a proteger la vida económica y financiera de la Nación cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieran”.

La disposición normativa contenida en los transcritos artículos constitucionales no evidencia la expresión de la mejor técnica formulación en esa materia; no obstante, dicha insuficiencia o carencia resulta comprensible, debido al poco desarrollo del Derecho Público en Venezuela para la época; pero si tal fórmula es contextualizada en el marco de las Constituciones latinoamericanas antes reseñadas, algunas de las cuales introdujeron a la delegación legislativa desde el siglo XIX, o se impuso la práctica extraconstitucional en esos países, así como en la exposición de motivos de la reforma constitucional de 1945, ya transcrita, debe admitirse que la intención de la Constitución del referido año fue, sin duda, la de introducir *ex novo* la figura de la delegación legislativa, la cual se concreta

13 Tomado de PEÑA SOLÍS, JOSÉ. **Manual de Derecho Administrativo. Volumen I**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2000, p. 460.

en el conferimiento –bajo el nombre de autorización– de **facultades extraordinarias** de suyo pertenecientes al Congreso, al Presidente de la República para que dictase **medidas extraordinarias** en materia económica y financiera: medidas que necesariamente debían tener **rango legal**, por ser potestades legislativas transferidas por el referido órgano legislativo al Ejecutivo, razón por la cual se trataban de decretos leyes, iguales a los que habían sido dictados entre 1939 y 1944, sobre la base de la suspensión de la garantía económica, pues no podía ser de otra manera, porque el Presidente de la República estaba dotado constitucionalmente de la potestad reglamentaria, la cual debía ejercer en Consejo de Ministros (art. 104, num 11), y obviamente carecía de toda lógica general y jurídica que el Congreso le transfiriese esa potestad normativa reglamentaria que –insistimos– le otorgaba la Constitución al Presidente de la República.

Claro que no hubo oportunidad de discutir el asunto desde el punto de vista doctrinario, ni tampoco oportunidad para que el ejercicio de esa facultad encontrase concreción en el Derecho positivo, pues como es bien sabido la Constitución de 1945 apenas tuvo una vigencia de cinco meses y trece días, debido al advenimiento de la denominada “Revolución de Octubre”, que dio lugar al derrocamiento del gobierno de I. Medina Angarita, el 18 de octubre de 1945, siendo sustituido por la Junta Revolucionaria de Gobierno, que comenzó a gobernar mediante decretos, la mayoría de ellos de rango legal, y algunos de rango constitucional, en virtud de haber asumido la Junta el Poder Legislativo y hasta el constituyente.

Pues bien, pese al tenor de la exposición anterior nada obsta para postular que el primer antecedente de la institución, que la Constitución de 1999 recoge y configura como **delegación legislativa**, en sus artículos 203, tercer aparte y 236, numeral 8, encuentra concreción en los artículos 78, num 23 y 104, num 29, de la Constitución de 1945.

2. Las Constituciones de 1947 y 1953

La Constitución de 1947 sancionada el 5 de julio de ese año, y publicada en la Gaceta Oficial de 30 de julio de 1947, estuvo vigente hasta el 24 de noviembre de 1948, fecha en que fue derrocado el Presidente Rómulo Gallegos por un golpe militar. En efecto, la Junta Militar de Gobierno que asumió el poder acordó derogar dicha Constitución y poner en vigencia la de 1936, con las reformas introducidas en 1945 si se consideraba conveniente. Pese a que el texto constitucional de 1947 repitió casi en idénticos términos en sus artículos 162, numeral 9 y 198, numeral 31, los artículos 78, numeral 23 y 104, numeral 29, ya transcritos, de la Constitución de 1945, las citadas disposiciones del texto constitucional de 1947 no llegaron a tener aplicación, pues así queda evidenciado de una revisión exhaustiva de la legislación dictada entre 1948 y 1953¹⁴. En la Constitución de 1953 no encontraron recepción los referidos preceptos ni otros equivalentes a los que consagraron la técnica de la delegación legislativa en las Constituciones de los años 1945 y 1947.

Cabe destacar que las disposiciones de las Constituciones de 1945 y 1947, relativas a la consagración de la delegación legislativa, establecían en términos muy claros el ámbito material de ejercicio de la misma: materia económica y financiera, lo que sin duda constituía un límite infranqueable para el Poder

14 Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Año de 1945. Tomo LXVIII. Volúmenes I y II. Imprenta Nacional. Caracas, 1950; Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Año de 1946. Tomo LXIX. Volúmenes I y II. Imprenta Nacional. Caracas, 1951; Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Año de 1947. Tomo LXX. Volúmenes I y II. Imprenta Nacional. Caracas, 1951; Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Año de 1948. Tomo LXXI. Volúmenes I y II. Imprenta Nacional. Caracas, 1952; Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Año de 1949. Tomo LXXII. Volúmenes I y II. Imprenta Nacional. Caracas, 1952; Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Año de 1950. Tomo LXXIII. Volúmenes I y II. Imprenta Nacional. Caracas, 1957; Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Año de 1951. Tomo LXXIV. Volúmenes I y II. Imprenta Nacional. Caracas, 1958; Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Año de 1952. Tomo LXXV. Volúmenes I y II. Imprenta Nacional. Caracas, 1961.

Ejecutivo, al mismo tiempo prescribían que la sanción de la ley de delegación estaba condicionada a que así lo requiriesen la necesidad o la conveniencia pública, condición esta que debía ser constatada previa valoración política del Congreso. Este rasgo evidencia que la delegación legislativa en las referidas Constituciones, debido a su origen, estaba signada por uno de los requisitos típicos de la legislación de urgencia, que como es sabido también es una forma de colaboración de los Poderes Legislativo y Ejecutivo en la emanación de normas con fuerza de ley, es decir, que no estaba formulada en los términos clásicos de la delegación legislativa; no obstante, la exigencia constitucional bajo examen, no desnaturalizaba la institución, en virtud de que mantenía su núcleo esencial: la transferencia de la potestad legislativa que de suyo le pertenece al Parlamento, al Poder Ejecutivo, la cual constitucionalmente resulta ajena a este, tal como aparece concebida en la mayoría de los países, y también en la Constitución de 1999.

Esos rasgos de la delegación legislativa en las Constituciones de 1945 y 1947, revela la voluntad de los constituyentes de establecer claros límites, incluyendo el temporal, al ejercicio de la potestad delegada por el Ejecutivo Nacional, pues es lógico pensar que ponderaron que esta institución implicaba un quiebre de los principios de separación de poderes y de la reserva legal, razón por la cual debía ser confinada en linderos muy estrechos, para atenuar el quiebre de los aludidos principios constitucionales. Pero lo que resulta más importante de destacar es que al establecer esos márgenes estrechos a la delegación legislativa, sin duda le imprimió un carácter excepcional o extraordinario para de esa manera evitar que se pudiera llegar a convertir en una técnica de legislación ordinaria

3. La Constitución de 1961 y la introducción ex novo de las leyes autorizatorias

En la Constitución de 1961 se pretendió, en principio, recoger la técnica de la delegación legislativa, mediante la

repetición de la normativa pertinente de las Constituciones de 1945 y 1947, pero por una inadvertencia, o sencillamente por voluntad tácita del Congreso Constituyente de separarse de esos textos constitucionales, ya que la verdadera causa no aparece reflejada expresamente en las Actas de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución de 1961, que también recoge los debates en el seno del Congreso Constituyente; por lo tanto, de los mismos lo que se desprende –tácitamente– es la voluntad de modificar en el sentido que se indicará inmediatamente, sin ninguna motivación, la proposición presentada por la Comisión Redactora del Proyecto, que -reiteramos- repetía los artículos de la Constitución de 1947 que consagraban la delegación legislativa. Fue así como finalmente la disposición resultó aprobada en el seno del Congreso Constituyente con la aludida modificación, pasando a ser el ordinal 8° del artículo 190 de la Constitución de 1961, en los siguientes términos: “Son atribuciones y deberes del Presidente de la República: Omissis. 1°..., 8°. Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por una ley especial”.

La aludida modificación que dio lugar a la nueva redacción del precepto ha conducido a que autores como autores como ANDUEZA¹⁵, PEÑA SOLÍS¹⁶ y MOLES CAUBET¹⁷, sostengan que los constituyentes de 1961, a diferencia de los de 1945 y 1947, quienes sí introdujeron la técnica de la delegación legislativa, crearon en el tipo normativo de las leyes ordinarias, un subtipo de **leyes autorizatorias**, y fue así como la Constitución de 1961, en su artículo 190, ordinal 8, confirió potestad legislativa, al Presidente de la República, en virtud de que lo facultó

15 ANDUEZA, JOSÉ GUILLERMO. “Las potestades normativas del Presidente de la República” en **Estudios sobre la Constitución. Libro-Homenaje a Rafael Caldera**, Tomo IV. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979, p. 2069.

16 PEÑA SOLÍS, JOSÉ. Op. cit, pp. 298-303.

17 MOLES CAUBET, ANTONIO. “Dogmática de los Decretos-leyes” en **Estudios de Derecho Público**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 377-381.

para dictar decretos con fuerza de ley, con la particularidad de que únicamente podía ejercer dicha facultad si era **autorizado** mediante ley por el Congreso de la República y solo en materia económica o financiera, de tal manera que este órgano no transfería temporalmente una cuota ideal de su potestad legislativa, sino que autorizaba el ejercicio de la que la Constitución confería al Poder Ejecutivo, razón por la cual no se configuraba la técnica de la delegación legislativa.

En ese orden de ideas, afirma ANDUEZA "... Por tanto, la facultad para dictar estas medidas es una potestad propia del Presidente de la República cuyo ejercicio está condicionado a la **autorización** que le conceden las Cámaras Legislativas. No se trata, pues, de una potestad ajena que el Ejecutivo Nacional ejerce en nombre propio en virtud de una autorización Legislativa"¹⁸, y en ese mismo sentido opina PEÑA SOLÍS¹⁹ cuando afirma "...y al respecto debemos advertir que bajo la vigencia de la Constitución de 1961 sostuvimos que se trataba de una ley de autorización porque dicho texto constitucional privilegiaba la actuación normativa del Presidente de la República, debido a que le atribuía claramente la potestad para dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera, sujetando su ejercicio a la autorización que mediante ley especial debía otorgarle el Congreso de la República".

En suma, la revisión de las Constituciones venezolanas evidencia que el antecedente más remoto de la delegación legislativa, tal como aparece en la Constitución de 1999, aparece recogido en la Reforma parcial de la Constitución de 1936, del 5 de mayo de 1945, y que dicha innovación constitucional se mantiene en la Constitución de 1947, desapareciendo en la Constitución de 1953, para intentar volver a ser introducida, con una diferencia significativa tanto normativa como cualitativamente, ya que lo que se incorpora es la figura de las leyes autorizatorias, en el texto constitucional de 1961. Pese a

18 ANDUEZA, JOSE GUILLERMO. Op. cit, p. 2069.

19 PEÑA SOLÍS, JOSÉ. Op. cit, p. 300.

esa diferencia normativa con la de los textos constitucionales de los años 1945 y 1947, la cual, como ha quedado demostrado antes, constituía un verdadero antecedente de la delegación legislativa, tal como había sido constitucionalizada desde los siglos XIX y XX en varios países de nuestro entorno. En efecto, de esa normativa se desprendía de manera indudable que el Parlamento como titular originario y monopolizador de la potestad legislativa, la transfería en determinados supuestos de hecho, de manera parcial y temporal, mediante una ley formal, al Presidente de la República, quien quedaba habilitado para ejercerla bajo la forma de decretos con fuerza de ley.

En cambio, la introducida *ex novo* en la Constitución de 1961, no constituía desde el punto de vista jurídico una expresión de la técnica de la legislación delegada, pues como sostienen ANDUEZA y PEÑA SOLÍS, la ley que habilitaba al Presidente de la República, tenía un carácter autorizatorio, en virtud de que la potestad para dictar “medidas extraordinarias en materia económica o financiera – decretos leyes como fueron denominados doctrinariamente- le era conferida a este directamente por la propia Constitución, de tal manera que ya la potestad legislativa no resultaba un monopolio del Parlamento, sino que la compartía parcialmente con el Jefe del Ejecutivo Nacional. En otros términos, esa potestad era previa a la ley autorizatoria que sancionaba el Congreso de la República, mediante la cual este órgano removía el obstáculo impuesto por la Constitución, a su libre ejercicio por parte del Presidente de la República.

Conviene acotar que la autorización otorgada mediante ley al Presidente de la República, para dictar medidas en materia económica o financiera, al igual que los preceptos contenidos en las Constituciones de 1945 y 1947, pero la sanción de esa ley autorizatoria, estaba condicionada por el hecho de así lo requiriese el interés público. Solo que en este caso la constatación de la configuración de este requisito era más importante que en las hipótesis contemplada en las Constituciones anteriores,

en virtud de que se trataba de una verdadera autorización que debía emanar el Parlamento mediante ley, y como es sabido el acto autorizatorio consiste en la remoción de un obstáculo jurídico, para que una persona natural o jurídica, pueda ejercer un derecho o una potestad del cual es titular originario por obra de una disposición jurídica expresa. Así, en la Constitución de 1961 ese obstáculo estaba constituido por un requerimiento de la tutela del interés público, cuyo levantamiento imponía necesariamente que el Congreso determinara la existencia del mismo para poder sancionar la ley, máxime si aun cuando como hemos dicho la potestad ab origine era del Poder Ejecutivo, de todas maneras el otorgamiento de la autorización implicaba que el referido Poder era legitimado para ejercer la potestad legislativa y por ende, para dictar actos normativos con fuerza de ley, denominados por la doctrina decretos leyes; de allí que la norma imponía que el órgano legislativo estaba constreñido a valorar la existencia del referido requisito, so pena que la ley autorizatoria que sancionase quedase afectada por una grave inconstitucionalidad.

Pues bien, lamentablemente ese requisito fue soslayado en los siete casos de sanción de leyes autorizatorias²⁰ durante la vigencia de la Constitución de 1961. Así lo demuestran los correspondientes antecedentes legislativos. Tampoco la doctrina y la jurisprudencia llegaron a poner en valor ese capital requisito de las leyes autorizatorias, y ello quizás se deba a que todo el interés se centraba en el logro de la mayoría requerida para sancionar las leyes autorizatorias que era la misma exigida para aprobar la ley ordinaria, y una vez obtenida esta se consideraba que la validez del conferimiento de la autorización por el Parlamento no estaba condicionado a la verificación de ningún otro requisito, pese a la dicción categórica del artículo 190, ordinal 8, de la Constitución relativa a la necesidad del requerimiento del interés público.

20 1961, 1974, 1984, 1993, 1994, 1998 y 1999.

Ahora bien, pensamos que esta modalidad de legislación autorizatoria, en sentido estricto, que es sustancialmente distinta de la legislación delegada, quizás haya influido en la voluntad de los constituyentes de 1999, para que estos optaran por introducir alguna forma de colaboración entre el Poder Legislativo y Ejecutivo en la emanación de normas de rango legal, seleccionando a tal efecto la técnica de la delegación legislativa, recurriendo para ello al modelo, con matices, diseñado por la Constitución española. En realidad, no existe versión documental (en el Diario de Debates) de la cual se pueda derivar la motivación que sirvió de base a los constituyentes para introducir ex novo esta técnica de legislación, pues la lectura de los Diarios de Debates de la Asamblea Nacional no arroja luces en ese sentido. Lo que sí podrían revelar los antecedentes relativos a las leyes autorizatorias de la Constitución de 1961, pero más bien de carácter anecdótico, es en relación con el nombre que se le dio a este tipo de leyes (“habilitantes”) en la Constitución de 1999, pues como asienta PEÑA SOLÍS²¹, la práctica del ejercicio de la potestad presidencial prevista en el artículo 190, ordinal 8°, de la Constitución derogada, dio lugar a que se acuñara en términos coloquiales y forenses el sintagma **leyes habilitantes**, para referirse a las leyes autorizatorias, que es la denominación que se le va a dar al tipo normativo bajo examen en el texto constitucional de 1999, dejando a salvo que no constituye una originalidad, pues el mismo venía siendo utilizado desde hace bastante tiempo en el Derecho Comparado.

4. Los escasos antecedentes constituyentes de la regulación de las leyes habilitantes en la Constitución de 1999

En este acápite nos limitaremos solo a dejar constancia de los escasos antecedentes constituyentes que es posible encontrar en el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente recogido en la Gaceta Constituyente de 1999, buscando

21 PEÑA SOLÍS, JOSÉ. Op. cit, p. 297.

fundamentalmente los debates que se produjeron en el seno de ese órgano, con ocasión de la incorporación por primera vez al texto constitucional de la nueva categoría de leyes habilitantes, en su formulación moderna, pues quedó demostrado que si bien las disposiciones de las Constituciones de 1945 y de 1947, contenían rasgos propios de las leyes de delegación, en primer lugar, eran concebidas como una modalidad de leyes ordinarias, en segundo lugar estaban limitadas en su objeto a las materias económica y financiera y; en tercer lugar, el Parlamento estaba sujeto a la sanción de la ley solo cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requiriesen.

Por otro lado, la disposición de la Constitución de 1961, como también quedó evidenciado *supra*, no contenía una ley de delegación, sino una ley autorizatoria, como modalidad de las leyes ordinarias. Por esa razón afirmamos que, por primera vez en la Constitución de 1999, como se incorpora con una formulación moderna de ley de delegación bajo la denominación de ley habilitante.

Reiteramos que nuestra búsqueda estuvo dirigida a ubicar los referidos debates constituyentes, dada la novedad y trascendencia que implicaba la nueva categoría de ley, distinta a los otros tres tipos normativos (ordinarias, orgánicas y de bases) previstos en la nueva Constitución, pues generalmente su lectura permite conocer los argumentos jurídicos, doctrinarios e inclusive políticos que sustentan la tesis del proponente, así como el contenido de las discusiones que se dan en una Asamblea Constituyente en torno a la ponencia presentada, bien sean a favor o en contra, e inclusive el tenor de los votos salvados, si los hubiere, los cuales sin tener carácter vinculante para el intérprete, pueden devenir de capital importancia para la labor hermenéutica de este.

Paradójicamente en el “Diario de Debates” no existe ni un solo debate sobre la incorporación de las leyes habilitantes, propiamente del tercer aparte del artículo 203 de la Constitución

vigente, pues como se podrá ver en el itinerario constituyente de la aprobación de ese artículo, que más adelante resumimos, en la primera discusión, una vez presentada en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) la proposición de respectiva Comisión sobre el aludido precepto, resultó aprobada por unanimidad, sin que se produjera ninguna discusión, es decir, sin el debate esperado cuando se trata de una innovación de esta naturaleza, razón por la cual no sufrió ninguna modificación, manteniendo; por consiguiente, la denominación de “leyes de base” recogida en la ponencia. En la segunda discusión tampoco se produjo ningún debate, pese a que la plenaria aprobó la proposición- sin ninguna discusión- de añadirle al texto del tercer aparte del artículo 203, un sintagma concerniente al deber de los legisladores de fijar el lapso de duración en que el Poder Ejecutivo podrá ejercer la potestad legislativa delegada, y allí terminó formalmente el itinerario constituyente de formación y aprobación del precepto.

Ahora bien, cuando el texto de la Constitución fue publicado en la Gaceta Oficial el 29 de diciembre de 1999, insólitamente el nombre de este tipo de leyes resultó cambiado por el de leyes habilitantes, lo que podría dar lugar a serias controversias jurídicas acerca de la modificación de una norma aprobada en forma definitiva –además por unanimidad– por la ANC, por un agente o comisión totalmente desconocido, pero obviamente ese problema desborda los límites de este trabajo.

A continuación con la finalidad de que los lectores puedan formarse su opinión sobre los antecedentes constituyentes bajo examen, reproducimos paso por paso el itinerario de la formación y aprobación del tercer aparte del artículo 203 constitucional, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente:

En la sesión de la plenaria de la ANC del 4-11-99 fue presentada la proposición de la Comisión que contenía el texto del artículo 225 del anteproyecto de Constitución referido tanto a las leyes orgánicas como a las leyes de base –hoy leyes habili-

tantes-, que en su tercer aparte definía estas últimas así: “Son **leyes de base** las sancionadas por la Asamblea Nacional, por las tres quintas partes de sus miembros a fin de establecer las directrices, propósitos y el marco de las materias en las cuales se delega al Presidente de la República con rango y valor de la ley”.

Sometida a consideración por el Presidente de la ANC la proposición fue aprobada por unanimidad sin ninguna objeción, y desde luego sin la intervención de ningún constituyente.

En la sesión del 13-11-99, en el curso de la segunda discusión, el artículo 225 fue sometido nuevamente a consideración, y solamente se produjo la intervención del Constituyente Ricardo Combellas, quien propuso que al final del tercer aparte –referido a las leyes de base– se le agregara un sintagma concebido en los siguientes términos: “Las leyes de base deben fijar el plazo de su ejercicio”, para ello invocó “que estas son leyes de delegación legislativa al Presidente, y la Ley por la Seguridad Jurídica debe tener un plazo”. Sometida a consideración la proposición del constituyente, no fue objeto de ninguna objeción, pues no se produjo intervención alguna de ningún constituyente; por tanto, dicho precepto quedó aprobado de manera definitiva con el texto de la primera discusión, más el agregado que se le hizo en la segunda discusión.

Ahora bien, cabe destacar que el Presidente de la Asamblea Nacional en la sesión del 14-11-99 designó una “Comisión Especial de Consenso para el estudio de los artículos y las disposiciones transitorias aprobados del anteproyecto de Constitución”. El informe de esa Comisión sobre las modificaciones propuestas se comenzó a discutir en la sesión del día 15-11-99, la cual continuó el siguiente día, debido a que la plenaria fue declarada en sesión permanente, debiendo destacar que el primer día de esa sesión, el artículo 225, solo sufrió una modificación formal en su encabezamiento referido a las leyes orgánicas, pero el tercer aparte relativo a las leyes habi-

litantes –denominadas hasta ese momento leyes de base– no sufrió ninguna modificación, o sea, que su texto se mantuvo en términos idénticos a los que fue aprobado en la segunda discusión. Hemos hecho referencia a esos hechos (designación de la Comisión y declaratoria en sesión permanente), para demostrar que el tipo de leyes bajo examen fue aprobado en primera discusión y en la segunda con el referido añadido, bajo la denominación de **leyes de base**, acto este que una vez cesadas las sesiones de la ANC destinadas a sancionar el proyecto de la nueva Constitución en fecha 16-11-99, resultaba irrevisable por la propia Asamblea y por cualquier órgano externo, razón por cual luce insólito que “alguien” le haya cambiado el nombre por **leyes habilitantes**.

Reiteramos que hemos considerado conveniente describir el itinerario de la formación y aprobación del –hoy artículo 203 de la Constitución–, particularmente de su tercer aparte, como expresión de sus antecedentes constituyentes, en el cual se definen las leyes habilitantes, para que los lectores deriven –si fuere posible– del mismo algunas ideas que le permitan formular tesis interpretativas sobre el sentido y alcance del artículo 203, tercer aparte, que tal como está redactado genera serias dudas.

Finalmente, conviene referirse al artículo 236, numeral 8, de la Constitución, conforme al cual el Presidente de la República tiene atribuida la potestad “para dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley”, cuyo antecedente constituyente es el siguiente: en la sesión del 4 de noviembre de la ANC la Comisión respectiva presentó su proposición sobre el artículo 269 del anteproyecto de Constitución sobre las atribuciones del Presidente de la República, integrado, por un encabezamiento, veinticinco numerales y dos apartes. En el numeral 9, estaba prevista la atribución del Presidente para dictar decretos con fuerza de ley, en los siguientes términos: “Dictar, previa autorización por una **ley de base**, decretos con fuerza de ley”. Pese a que varios de los

ordinales fueron modificados o suprimidos como resultado de las discusiones en torno a al artículo 269, el citado numeral 9, en ningún momento fue objeto de ese debate, y por ende, se mantuvo en los mismos términos en que fue propuesto, con la particularidad de que producto de las referidas modificaciones y supresiones, pasó a ser el **numeral 8**, resultando aprobado de esa manera, no siendo objeto ni de discusión ni de modificación en la segunda discusión, ni tampoco fue objeto de estudio de la aludida Comisión Especial de Consenso. Por consiguiente, en su texto mantuvo el nombre de “ley de base”, pero como consecuencia de la actuación de ese “alguien” que le cambió el nombre en el artículo 203, de leyes de base, por leyes habilitantes, ese mismo “alguien” para guardar la congruencia en el artículo 236, num 8, con el artículo 203, tercer aparte, cambió el nombre de “ley de base” por el de ley habilitante. No existe nada más que comentar con relación a los antecedentes constituyentes de esta disposición constitucional.

EXPROPIACIÓN DE MARCA. BREVE RESEÑA DE ALGUNOS DE LOS CASOS MÁS EMBLEMÁTICOS

Samantha Sánchez Miralles¹

Resumen: Estudio de la expropiación en lo relativo particularmente a marcas, por lo que se analiza en qué consiste esa potestad del Estado y lo acaecido en casos concretos, su justificación y efectos.

Palabras clave: Expropiación. Potestad. Marcas. Empresas. Mercado.

Summary: Study of the expropriation of trademarks, analyzing the exercise of this power of the State, specific cases, its justification and effects.

Key words: Expropriation. Power. Trademarks. Corporations. Market.

Recibido: 18 de septiembre de 2019 Aceptado: 15 de enero de 2020

1 Abogado Magna Cum Laude UCV 1991. Doctora en Ciencias, mención Derecho UCV 2010.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Función de la marca
- III. Separabilidad de la marca
- IV. Expropiación total o parcial
- V. Expropiación regulatoria/*creeping expropriation*
- VI. Otras figuras jurídicas
- VII. Casos
- VIII. Otros aspectos interesantes
- IX. Conclusiones
- X. Cuadro resumen de casos
- XI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La expropiación de marca no es algo que ocurra con frecuencia, si bien la expropiación en sí misma es ya una figura excepcional (a pesar de que en nuestro país se haya convertido en los últimos años en una institución utilizada intensivamente), la expropiación de marca es aún más singular, por eso los casos que reseñaremos son pocos y emblemáticos.

Para cada uno de esos casos, analizaremos su justificación, dónde y cuándo ocurrieron, los efectos conocidos en la empresa y/o el mercado, así como las reacciones de los afectados.

Sin embargo, antes de entrar de lleno en los casos, haremos una referencia a ciertas nociones básicas para entender el tema en cuestión.

II. FUNCIÓN DE LA MARCA

La función fundamental de la marca es la de distinguir un bien o servicio, es decir, básicamente identificar un producto o servicio.

La función de identificación es la que hace posible la competencia en el mercado, en particular en mercados complejos, permitiendo a los consumidores reconocer los productos o servicios que los satisfacen y recompensar al productor o proveedor con compras reiteradas (lealtad). Sin identificación de producto o servicio, la elección informada del consumidor no existiría y en consecuencia tampoco existiría una competencia significativa². Esta función conlleva a que jurídicamente se otorgue un derecho exclusivo al titular de la marca.

Adicionalmente, esta función distintiva está dirigida a asegurar y mejorar la calidad de los bienes porque el titular de la marca sabe que el consumidor identifica la marca con calidad y esa identificación le permite obtener un precio mayor por los artículos distinguidos con esa marca³.

En un mundo de consumo masivo como en el que vivimos, las marcas toman cada vez mayor relevancia, la fuente del producto o servicio se vuelve algo así como el norte del consumidor. Las funciones de origen y de garantía de calidad, en nuestro criterio, se derivan, o están inevitablemente ligadas a la función de distinción que hemos señalado.

La marca cumple también una función de publicidad e información, que se traduce en que el consumidor recibe infor-

2 Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas: *Derecho de Marcas*. Buenos Aires. Editorial Heliasta, 2003, p. 32.

3 En la extinta Unión Soviética, cuando se eliminaron las marcas de fábrica, la calidad de los bienes bajó considerablemente. Véase en este sentido Goldman: "Product Differentiation and Advertising: Some lessons from Soviet Experience", citado por Robert Cooter y Thomas Uhl: *Derecho y economía*. México. Fondo de Cultura Económica, 1998... op.cit. p. 179.

mación sobre las características del bien o servicio, facilitando un juicio sobre la calidad de los mismos.

Finalmente, la marca tiene una función de competencia: como la marca facilita la comparación entre productos y servicios ofrecidos, esta comparación le permite al fabricante o proveedor distinguirse y afirmar el valor de sus productos. Todo lo anterior le asegura al consumidor el producto que desea adquirir, que es la conocida función de protección al consumidor. La marca es, en este sentido, una restricción a la competencia para, paradójicamente, favorecer la existencia de esta última⁴.

III. SEPARABILIDAD DE LA MARCA

En principio, la marca es susceptible de cambiar de propietario por sí sola, sin embargo, debido a las funciones que cumple, en particular la de indicar su procedencia o su oferente, se presentan ciertos problemas jurídicos cuando se trata de cambiar de titular marcario sin que se trasladen también los bienes o servicios distinguidos por la marca en cuestión.

Es decir, que la pregunta que nos planteamos es: ¿es legítima la transmisión de la marca aisladamente sin la transferencia simultánea de la empresa que la posee o la parte de la empresa que explota la marca en cuestión?

Hay dos posibles respuestas para esa pregunta y encontramos así países que han adoptado la respuesta afirmativa y otros la negativa.

4 Horacio Spector: "Lineamientos de una teoría justificadora de los derechos de propiedad intelectual e industrial" *Revista Derechos Intelectuales*. No. 3. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1992. p. 28.

1. Sistemas que exigen la vinculación de la marca con la empresa

Entre los países que acogen este sistema encontramos fundamentalmente a Alemania y Estados Unidos⁵.

Analicemos el caso estadounidense: la filosofía detrás de esta imposición se debe a que se considera que la marca es un símbolo del prestigio comercial de la empresa, y como la marca no tiene vida con independencia del prestigio comercial, la marca en sí misma no significa nada. Es decir, si la marca se separa de la realidad que simboliza, que es en definitiva ese prestigio comercial que mencionamos, el símbolo pierde sentido y se hace fraudulento; consecuentemente, la cesión de la marca sin la empresa es nula y así lo encontramos en el artículo 10 de la Ley de Marcas (Lanham Act)⁶.

- 5 Estados Unidos, consecuente con esta posición, prohíbe el llamado almacenamiento de marcas, que consiste en el registro indiscriminado de marcas, conocidas o no, con la esperanza de que en el futuro cuando quieran ser realmente usadas, los futuros usuarios compren de quien registró la marca. En internet se conoce como el cybersquatters. Véase William Landes y Richard Posner: *The economic structure of intellectual Property Law*. Cambridge, Massachusetts y London, England. Belknap Press of Harvard University Press, 2003. pp. 180 y 181.
- 6 La Lahnman Act o Ley de Marcas de los Estados Unidos de América está en el Título 15 del U.S. Code y rige federalmente las marcas, y decimos federalmente porque luego, los estados tienen algunas regulaciones y protecciones que varían de estado a estado, pero podría decirse que la Lanham Act cubre prácticamente todos los aspectos relevantes del derecho marcario estadounidense, su última reforma es de Octubre del 2005. El artículo en referencia señala: "A registered mark or a mark for which an application to register has been filed shall be assignable with the good will of the business in which the mark is used, or with that part of the good will of the business connected with the use of and symbolized by the mark. Notwithstanding the preceding sentence, no application to register a mark under section 1(b) [15 USC 1051(b)] shall be assignable prior to the filing of an amendment under section 1(c) [15 USC 1051(c)] to bring the application into conformity with section 1(a) [15 USC 1051(a)] or the filing of the verified statement of use under section 1(d) [15 USC 1051(d)], except for an assignment to a successor to the business of the applicant, or portion thereof, to which the mark pertains, if that business is ongoing and existing.

En cuanto a transferencias parciales, es posible transmitir la marca con parte del activo empresarial, siempre y cuando esto no produzca como resultado que coexistan las mismas marcas en relación a los productos escindidos, ya que esto generaría confusión en el consumidor.

In any assignment authorized by this section, it shall not be necessary to include the good will of the business connected with the use of and symbolized by any other mark used in the business or by the name or style under which the business is conducted.

Assignments shall be by instruments in writing duly executed. Acknowledgment shall be prima facie evidence of the execution of an assignment, and when the prescribed information reporting the assignment is recorded in the United States Patent and Trademark Office, the record shall be prima facie evidence of execution.

An assignment shall be void against any subsequent purchaser for valuable consideration without notice, unless the prescribed information reporting the assignment is recorded in the United States Patent and Trademark Office within 3 months after the date of the assignment or prior to the subsequent purchase.

The United States Patent and Trademark Office shall maintain a record of information on assignments, in such form as may be prescribed by the Director.” www.bitlaw.com

La traducción libre del artículo es: “Una marca registrada o una marca cuya solicitud de registro ha sido hecha será cedible con el “good will” del negocio donde la marca es usada o con la parte del “good will” del negocio conectada con el uso de la marca y lo que esta simboliza. No obstante lo anterior, ninguna solicitud de registro de marca bajo la sección 1(b) [15 USC 1051(b)] será cedida antes de haber solicitado una enmienda bajo la sección 1(c) [15 USC 1051(c)] para hacer que la solicitud cumpla con la sección 1(a) [15 USC 1051(a)] o el registro de la declaración verificada de uso bajo la sección 1(d) [15 USC 1051(d)], exceptuando la cesión a un sucesor en el negocio del solicitante o parte del negocio a la cual pertenezca la marca, si ese negocio continua y existe.

En cualquier cesión autorizada por esta sección, no será necesario incluir el “good will” del negocio conectado con el uso y lo que simboliza cualquier otra marca usada en el negocio con el nombre o estilo bajo el cual el negocio es manejado.

Las cesiones serán hechas mediante instrumento escrito debidamente ejecutado. Este instrumento será la evidencia *prima facie* de la ejecución de la cesión y cuando la información prescrita en el reporte la cesión sea registrada por ante La Oficina de Marcas y Patentes de los Estados Unidos de América, el registro será la evidencia de la ejecución *prima facie*.

Debido a que el concepto de prestigio comercial es indeterminado, se ha recurrido a la jurisprudencia para que, caso por caso, se determine, en los supuestos de cesión parcial de activos empresariales, si se han mantenido las condiciones para preservar el prestigio comercial y por ende, mantener así la vida de la marca y la validez de la cesión marcaria⁷. Esta valoración que hacen los jueces es cualitativa y no cuantitativa.

2. Sistema de libre cesión

Este sistema permite la transferencia del derecho de marca independientemente de la empresa que haya utilizado esa marca, y es la tendencia que predomina actualmente.

Lo vemos por ejemplo consagrado en el artículo 161 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina⁸, y también en el artículo 21 del ADPIC (Acuerdo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC)), modificando además la disposición original del Convenio de Paris que preveía el sistema de inseparabilidad de la marca y el fondo de comercio⁹.

Es decir, que la libertad actual de transferencia es tal, que la cesión de un derecho marcario no implica que el cesionario deba continuar con el negocio del cedente¹⁰.

7 Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas: *Derecho de...* op.cit., Tomo II, pág. 409 y ss.

8 La aplicación o no de la normativa andina es aún objeto de discusión, al menos teórica, ya que el SAPI ha decidido dejar de aplicarla, aunque el basamento jurídico sea cuestionable.

9 Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas: *Derecho de...* op.cit., Tomo II, pág. 413.

10 Es interesante destacar la posición de Víctor Benata al definir qué se entiende por cesión marcaria: "La transferencia de un registro marcario es propiamente una novación, es decir, una sustitución de acreedores, aunque manteniendo el mismo título de crédito que repliega la sociedad sobre la obligación pasiva de no interferir. De manera que, mientras la transferencia sólo implica la existencia de un contrato entre dos partes,

Claro que esta libre cesión no significa que no haya requisitos legales que deban cumplirse cuando se realice esta transferencia de propiedad. Por ejemplo, en el Reino Unido, la libre transferibilidad de la marca lleva por contrapartida la publicidad obligatoria de la cesión en aras de la defensa del consumidor, y también, verbigracia, se prohíbe la cesión paralela o simultánea a más de un cesionario, y para evitar la confusión del consumidor. Encontramos una disposición similar en la ley de marcas de Nicaragua, Ley No. 380 que entró en vigencia el 16 de abril de 2001, modificada luego por medio de la Ley No. 580, de fecha 24 de marzo de 2006¹¹.

La división de marca y empresa se acentúa atendiendo al mayor peso que los intereses públicos van teniendo en el binomio entre el fomento de la actividad inventiva y la correlativa protección administrativa que depara el registro a los titulares de derechos.

Este es también el sistema existente en la mayoría de los países latinoamericanos, incluyendo Venezuela, donde la marca, como ya hemos señalado, puede además ser objeto de cesiones parciales y es susceptible de usufructo, prenda y expropiación, independientemente del bien o servicio que distinga.

IV. EXPROPIACIÓN TOTAL O PARCIAL

La expropiación puede versar sobre cualquier clase de bienes (muebles, inmuebles, corporales, incorporeales, reales o personales)¹². Por su parte, la LECUP, en su artículo 7, confirma

la novación exige una tercera: el Estado que debe registrarla, el rechazo del registro por parte del Estado sólo podrá ocurrir por motivos de orden público.” Víctor Bentata: *Reconstrucción del Derecho Marcario*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, Instituto Nacional de Propiedad Intelectual, Universidad de los Andes, 1994. p. 329.

11 <http://legislacion.asamblea.gob.ni>.

12 Constitución de la República de Venezuela, Artículo 115.

el texto constitucional y habla de bienes de cualquier naturaleza, incluso en el artículo 60, se refiere a bienes con valor artístico, histórico, arquitectónico o arqueológico (estos casos, por su misma naturaleza, requieren evaluación y confirmación particular según el artículo 61)¹³.

Algo interesante para destacar es que deben ser sólo los bienes “indispensables” para la ejecución de la actividad, obra o servicio declarados de utilidad pública o interés social. Los bienes deben ser “individualizados”, es decir que no proceden las expropiaciones masivas¹⁴.

Si no resulta indispensable expropiar el bien en su totalidad, la expropiación podrá ser parcial, no obstante, en caso de una expropiación parcial, si la parte no expropiada queda

13 Según José Antonio García-Trevijano Jos: *Los Convenios Expropiatorios*. Madrid. Editorial de Derechos Reunidas, 1979. la expropiación se proyecta no sobre bienes sino sobre derechos, porque sobre los bienes no convergen más que derechos concretos, sin embargo, los textos legales que aquí analizamos se refieren siempre a la expropiación de bienes.

14 No obstante este requisito, recientemente nos encontramos con el Decreto No. 6082 con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, que declara de utilidad pública e interés social, de manera general y no individualizada, a los bienes necesarios para las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios de primera necesidad, y consecuentemente, prevé la posibilidad de expropiación de estos bienes sin que medie la declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional.

Este Decreto nos parece flagrantemente inconstitucional, banaliza el espíritu de la facultad expropiatoria, que por afectar el derecho de propiedad, (lesionando a los particulares) ha exigido siempre (y la Constitución vigente así lo confirma) garantías entre las cuales está la identificación clara y limitada del bien a expropiar y la justificación de la utilidad pública o interés social perseguido para cada expropiación que se pretenda ejercer.

El Decreto en comento, no es, insistimos, una excepción limitada de los requisitos del ejercicio de la facultad expropiatoria, como, por ejemplo, la contenida en el artículo 14 de la LECPUC, sino, en nuestro criterio, una amplísima y arbitraria discreción para el Ejecutivo, genérica sobre los bienes en cuestión y sin necesidad de justificar cuál es la utilidad pública o interés social que se persigue.

demasiado afectada (inutilizada o depreciada) para su posterior explotación o servicio, la administración, si no lo hace oficiosamente, podrá hacer extensiva o decretar la expropiación del resto del bien a solicitud del propietario (principio de razonabilidad)¹⁵.

V. EXPROPIACIÓN REGULATORIA/*CREEPING EXPROPRIATION*

Se conoce como expropiación indirecta o regulatoria¹⁶ a la situación en virtud de la cual el Estado regula la propiedad de tal forma que, a pesar de no afectar la titularidad del derecho, priva al propietario de toda utilidad sobre la propiedad, erosionando así su contenido esencial y por lo tanto desnaturalizando el derecho, traduciéndose en la práctica en una extinción del derecho de propiedad y, por lo tanto, en una expropiación de hecho.

Dicho de otro modo, la expropiación indirecta vacía el contenido del derecho de propiedad. A veces se produce bajo el disfraz de una política, sin que explícitamente se hable de expropiación.

Incluso, la expropiación puede ser escalonada (*creeping expropriation*)¹⁷, cuando se lleva a cabo a través de distintos actos, que si bien individualmente no ocasionan lesiones económicas, en su conjunto, tienen la fuerza suficiente como

15 Jairo Enrique Solano Sierra: *La Expropiación Administrativa-Judicial-Excepcional-sui generis*. Bogotá, Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004. p. 241.

16 Ricardo Baroni Uzcátegui: "De la facultad de los municipios para afectar la propiedad privada. Intereses públicos vs. intereses privados". *"Studia Iuris Civiles. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje No. 16, 2004, pp. 51-93.

17 Véase en general John O'Connel: *Creeping Expropriation*. www.blackwellreference.com. Véase también United Nations: *World Investment Report 2007, FDI Policies for Development and International Perspectives*. New York, Geneva, 2007.

para traducirse en un acto expropiatorio¹⁸. Por ejemplo, ventas forzadas, expulsión del país, control de cambio, revocatoria de licencia y permisos, tributos excesivos.

Esta expropiación está implícita en el artículo 8 de la LECUP, cuando el legislador habla de la privación del goce de la propiedad “sin llenar las formalidades de esta Ley” y establece que el propietario podrá ejercer las acciones pertinentes a fin de mantener su derecho de uso, goce y disfrute y ser indemnizado por los perjuicios sufridos.

VI. OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

Aunque hay otras figuras parecidas a la expropiación como por ejemplo el comiso, sólo queremos reseñar aquí la diferencia con la confiscación, que es el apoderamiento por parte del Estado de bienes que pertenecen a los particulares en forma coactiva y sin derecho a indemnización. En principio, la confiscación está prohibida por la Constitución como una garantía del derecho de propiedad, con la excepción del artículo 116 que reza: “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 vinculadas al tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

Ahora bien, vistas estas nociones preliminares que nos dan el contexto de cuando se puede producir una expropiación

18 José Ignacio Hernández: *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela. A propósito del proceso de reforma constitucional*. Caracas. FUNEDA, 2008, p. 62.

de marca, pasemos a reseñar los casos más emblemáticos que se conocen.

VII. CASOS

1. Caso Bayer

Se expropiaron los activos propiedad de la empresa alemana Bayer, incluyendo su marca “aspirina” (registrada en Estados Unidos desde 1899)¹⁹. Si bien en el caso de Bayer no estamos frente a una expropiación de marca sola, porque como hemos explicado anteriormente, Estados Unidos acoge la teoría de la no separación de la marca de su fondo de comercio, esta es una ilustración donde la expropiación de todo el conjunto, incluye la marca emblemática “aspirina”.

A. Justificación

Básicamente la justificación fue “seguridad del estado”. Bajo la Ley de Comercio con el Enemigo (*Trading with the Enemy Act*), dictada en 1917 para restringir el comercio con los países hostiles, se le daba básicamente poder al Presidente para restringir el comercio con los enemigos de los Estados Unidos en tiempos de guerra. De hecho, el 11 de marzo de 1942, el Presidente de ese momento, Franklin D. Roosevelt, creó la Oficina de Custodia de la Propiedad Extranjera para que manejara la propiedad del enemigo que incluía bienes raíces, empresas, barcos, y propiedad intelectual en la forma de marcas, derechos de autor y patentes²⁰.

B. Cuándo

Primera Guerra Mundial.

19 US National Security and FDI en www.iie.com.

20 US National Security and FDI en www.iie.com.

C. *Dónde*

Estados Unidos.

D. *Efectos conocidos/Respuesta de los afectados*

El efecto fundamental fue que la marca quedó escindida y se conservó en su forma original en Alemania y en los países a donde ésta exportaba, y con un formato distinto y explotado por el estado norteamericano de otra manera.

2. **Caso SA CNL-SUCAL NV contra HAG GF AG**

Se trata del caso de la empresa alemana HAG GF AG productora y distribuidora de café descafeinado, dueña de varias marcas en Alemania (marcas fundamentalmente con la palabra HAG). En 1908, la empresa registró en Bélgica la marca “Kaffee HAG”. En 1927 estableció una subsidiaria en Bélgica llamada “Kaffee HAG SA”, esta subsidiaria tenía dos marcas, entre ellas “Café HAG”. En 1935, HAG GF AG también transfirió a su subsidiaria sus propias marcas²¹.

En 1944 Café HAG SA fue expropiada y sus acciones fueron vendidas por el estado belga a la familia Van Oevelen (en una sociedad en comandita), quienes continuaron con la explotación del negocio y la marca en Bélgica, y luego con su exportación a distintos países, incluyendo Alemania. En este último caso se generó un litigio primero en los tribunales alemanes y luego por ante el Tribunal de Justicia Europeo que reseñamos *infra*.

A. *Justificación*

Propiedad del enemigo.

21 Véase Ladas / Parry LLP: *European Union (EU) Doctrine of “Common Origin” relating to Trademarks overturned*. www.ladas.com

B. Cuándo

1944.

C. Dónde

Bélgica.

D. Efectos conocidos/Respuesta de los afectados

Este caso fue ventilado por ante el Tribunal de Justicia Europeo de 17 de octubre de 1990 en el asunto C-10/89 (petición prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof), y donde se decidió que en el caso de una marca que tenía originalmente un solo dueño y cuya unidad fue quebrantada como consecuencia de una expropiación, cada uno de los titulares de la marca en el Estado miembro en donde la marca que le pertenezca puede oponerse a la importación y a la comercialización de los productos que procedan del otro titular, cuando se trate de productos designados con una marca idéntica o que puedan crear confusión al consumidor.

Esto ha traído como consecuencia un debilitamiento de la marca, por hallarse fragmentada, así como una división de mercados, incluyendo sus destinos de exportación.

3. Caso Havana Club

Expropiación de los activos de la fábrica de ron Havana Club, incluyendo su marca. De nuevo, a pesar de que no se trata sólo de la expropiación de la marca, ésta ha quedado dividida y los derechos sobre la misma aún se discuten²².

22 Véase *Arechabal family and Bacardí call submission of trademark dispute to WTO misguided*. <http://www.prnewswire.co.uk/cgi/news/release?id=28286>

A. Justificación

Se argumentó el cambio de modelo productivo de privado a estatal.

B. Cuándo

1959.

C. Dónde

Cuba.

D. Efectos Conocidos/Respuesta de los afectados

La expropiación ha generado numerosos litigios en distintos países, incluyendo España y Estados Unidos. Uno de los casos más emblemáticos derivados de esta expropiación se encuentra aún ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la discusión fundamental es que, al producirse la expropiación de la marca (y los activos) por parte del Gobierno de Cuba, como la marca también estaba registrada fuera de Cuba, específicamente en los Estados Unidos de América, y Estados Unidos no reconoce al Gobierno Cubano, como legítimo sucesor del dueño original, la marca quedó dividida internacionalmente.

El no reconocimiento de Estados Unidos de América viene, fundamentalmente, del hecho de que el Gobierno cubano, al expropiar, no pagó al dueño original de la marca la justa compensación²³ (supuesto que nos coloca realmente frente a una confiscación).

23 No podemos dejar de señalar aquí que la compensación que debe pagarse en la expropiación de marca, al igual que en cualquier expropiación, pero tal vez aún con mayor razón económicamente hablando, debe ser justa porque si no se afectará la eficiencia del uso de la marca porque su dueño no querrá asumir riesgo de invertir, si la compensación al momento de

En el 2002, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC dictaminó que la Ley Omnibus de Asignaciones de 1998 de Estados Unidos de América, específicamente su artículo 211, debía ser modificado por ser incompatible con los ADPIC y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual. El artículo en comento, no permite el registro o prórroga en los Estados Unidos de una marca de fábrica o de comercio, previamente abandonada por un titular de marca de fábrica o de comercio cuyo negocio o activos hubiesen sido confiscados en virtud de la legislación cubana. Además, establece que ningún tribunal reconocerá ni escuchará ninguna reclamación al respecto.

A 2012, Estados Unidos aún no había adaptado su Ley a lo indicado por el OSD²⁴.

4. Caso Gerber

Se trató de una expropiación regulatoria, ya que si bien el Estado guatemalteco no expropió directamente a la marca Gerber, emitió una regulación que, al impedir a Gerber usar la foto del bebé, que es característica fundamental de la marca en cuestión, vaciaba de contenido el derecho marcario²⁵.

A. Justificación

Guatemala dictó una regulación siguiendo los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud, donde se estimulaba a las madres a amamantar a sus bebés y entender los

expropiación no es justa y cubre esas inversiones realizadas, y esto sería en detrimento del ejercicio de la verdadera potencialidad y poder del signo distintivo. De hecho, muchos opinan que la compensación económica en este supuesto nunca será suficiente por la pérdida del prestigio asociada a la marca.

24 Véase el Acta de Reunión del Consejo General de la OMC del 15 de noviembre de 2012 WT/GC/M/138 y

25 Véase Rachel's Environment / Health News #677, Corporate Rights vs. Human Need en www.ratical.org/co-globalize/REHW677.html.

riesgos de usar fórmula como sustituta de la leche materna. En tal sentido, la ley guatemalteca prohibió el uso de etiquetas en las fórmulas que estuvieran de alguna manera asociadas con bebés saludable y “gorditos”, es decir, fotos idealizadas de bebés en las leches preparadas para niños menores de dos años, además de que las etiquetas de estos productos debían contener una declaración que estableciera que la leche materna era nutricionalmente superior a estos productos.

B. Cuándo

1983.

C. Dónde

Guatemala.

D. Efectos conocidos/Respuesta de los afectados

El caso al final se resolvió de manera negociada y se obtuvo una revocatoria de la regulación en comento.

5. Caso Olimpiadas de Sidney

Australia expropió a un particular “la marca” que había registrado como marca la insignia de las Olimpiadas de Sídney 2000²⁶.

A. Justificación

Interés público en general.

B. Cuándo

1997.

26 El caso se negoció con estricta sujeción a una cláusula de confidencialidad, por lo que sólo hemos encontrado algunas referencias de prensa.

C. Dónde

Australia.

D. Efectos conocidos/Reacción de los afectados

Se indemnizó al expropiado sin llegar a juicio expropiatorio, la valoración se desconoce y es mantenida como confidencial.

6. Caso Anheuser-Busch INC. v. Portugal (No. 73049/01)

Con base en el artículo 1 del Protocolo No. 1 (protección de propiedad) de la Convención Europea de Derechos Humanos, la compañía Anheuser-Busch Inc. reclama la aplicación de un acuerdo de 1986, que entró en vigencia luego de haber solicitado el registro de su marca “Budweiser”, alegando que se le había infringido su derecho al uso pacífico de la posesión de su marca. Argumentó que, bajo los instrumentos legales existentes, el derecho de protección de marca está asegurado desde la fecha de la solicitud y que la compañía fue privada de ese derecho sin recibir compensación, a pesar de que no había ningún interés público que justificase la protección a la denominación de origen designada con base en el tratado entre Portugal y Checoslovaquia.

A pesar de no tratarse estrictamente de un caso de expropiación sino de una negatoria de registro, es interesante reseñarlo, no sólo porque es el primer caso de marca que se debate en el ámbito de los derechos humanos, sino porque la Corte Europea de Derechos Humanos, en su decisión del 11 de octubre de 2005 consideró que un registro marcario constituye posesión dentro del significado del artículo 1 del Protocolo de

la Convención Europea de Derechos Humanos, y por ende está protegido contra expropiación ilegal²⁷.

A. Justificación

En 1981 la demandante solicitó ante el Instituto Nacional Portugués de Propiedad Industrial (INPI) el registro de la marca “Budweiser”. El INPI negó la solicitud alegando que “Budweiser Bier” ya había sido registrada como denominación de origen por la compañía de Checoslovaquia Budejovický Budvar. En 1995 la demandante obtuvo una orden judicial obviando el registro de la denominación de origen y el INPI subsecuentemente registró la marca “Budweiser”. Sin embargo, la compañía checa apeló ante la Corte de Lisboa de primera instancia, argumentando el Acuerdo de 1986, un tratado bilateral entre Portugal y Checoslovaquia (ahora aplicable a la República Checa) que entró en vigencia en 1987, protegiendo las denominaciones de origen. La Corte falló en contra, pero la Corte de Apelaciones reversó la decisión y ordenó al INPI que se negara a registrar “Budweiser” como marca. La demandante apeló ante la Corte Suprema, quien desestimó la apelación en el 2001, sosteniendo que la denominación de origen “Ceske-budejovický Budvar”, que traducida al alemán es “Budweis” o “Budweiss”, estaba protegida por el Acuerdo de 1986. El registro de “Budweiser” como marca para la demandante fue desestimado.

Luego, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que la demandante no tenía base suficiente para probar que los tribunales portugueses violaron el artículo 1 del Protocolo 1 porque, aunque ya habían hecho la solicitud antes de que el Acuerdo de 1986 se firmase, no habían recibido confirmación de derecho de usar el nombre Budweiser hasta luego de que el acuerdo fue efectivamente firmado y por ende no hay derechos legales pre-acuerdos.

27 http://www.tjsl.edu/slomansonb/12.2_BudweiserBeercase.pdf

B. Cuándo

2005.

C. Dónde

Portugal.

D. Efectos conocidos/Respuesta de los afectados

No obstante, la pérdida para el demandante del caso, se desprende que, en el supuesto de expropiación de marca, deben cumplirse todos los requisitos de ley.

7. Caso Shell Nicaragua

No se trata de un caso de expropiación sino de un embargo preventivo sobre la marca Shell, no obstante, reseñamos brevemente el caso.

En diciembre del 2006 se dictó un mandamiento de ejecución de sentencia contra Shell, Shell Great Britain Internacional y Shell Internacional Petroleum para resarcir a las víctimas del pesticida nemagón por los daños materiales y morales²⁸.

A. Justificación

La decisión fue tomada para que Shell respondiera a una sentencia dictada en 2002 por otro tribunal contra esa trasnacional, que obligaba a Shell a pagar una indemnización de 489,4 millones de dólares a favor de 450 ex trabajadores afectados por el uso del nemagón, que fue fabricado y distribuido por esta trasnacional.

28 www.ciadi.org

B. Cuándo

2006.

C. Dónde

Nicaragua.

D. Efectos conocidos/Reacción de los afectados

El embargo afectó fundamentalmente a la compañía Shell Nicaragua, que distribuía combustible en varias gasolineras ubicadas en el país. Luego, pagó y vendió al grupo hondureño Terra, el negocio de distribución (también el de refinación), manteniendo la marca para sí, pero dando a Terra una licencia de uso de la marca

VIII. OTROS ASPECTOS INTERESANTES

Aunque no es realmente un caso sino una regulación, debido a su especialidad y pertinencia con lo aquí reseñado, consideramos que merece ser estudiada como si fuese un caso.

Hablamos del Decreto 310 del 30 de agosto de 1944²⁹ emitido en Nicaragua, en seguimiento a su vez de lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 276 de fecha 28 de agosto de 1943, declaró: "...los derechos de usar y disfrutar en Nicaragua, las marcas de fábrica y de comercio, nombres comerciales y patentes de invención pertenecientes a nacionales de potencias enemigas o de personas jurídicas constituidas en todo o en parte por dichos nacionales; en consecuencia declárase la utilidad pública e interés social al tenor del artículo 63 de la Constitución Política, la expropiación de los mencionados derechos de usar y disfrutar tales marcas de fábrica y de comercio,

29 Publicado en Gaceta Oficial 192 del 12 de septiembre de 1944, en <http://legislacion.asamblea.gob.ni>.

nombres comerciales y patentes de invención, dentro del territorio de la República”.

Asimismo, el Decreto establecía que, una vez decretada la expropiación del derecho de uso y disfrute, la marca, de fábrica o de comercio, nombre comercial o patente de invención, se pondría a subasta pública. Es decir, que el Estado expropiaba, pero para luego devolver a los privados (en este caso nacionales) estos bienes para su explotación.

Para poder participar en dichas subastas (cuyo procedimiento también está contenido en el decreto en comento), los postores necesitaban demostrar que tenían suficientes medios para explotar comercialmente la fabricación de los productos amparados por las marcas, nombres comerciales y patentes subastadas, así como demostrar que contaban con la organización técnica o las fábricas necesarias para la elaboración de los productos correspondientes.

1. Justificación

La utilidad pública o el interés social para proceder a la expropiación, fue en realidad un interés de seguridad y la toma de medidas retaliatorias contra los ciudadanos de los países considerados enemigos, en virtud del conflicto bélico que se estaba viviendo.

2. Cuándo

Segunda Guerra Mundial.

3. Dónde

Nicaragua.

4. Efectos conocidos/Respuesta de los afectados

Como en realidad esto se quedó sólo en regulación no hay efectos ciertos al no haberse aplicado nunca, lo que sí queda claro es que, de haberse aplicado, la expropiación la haría el Estado no para explotar tales derechos intelectuales, sino para devolverlas a la propiedad privada para su explotación por parte de nacionales, siempre y cuando éstos demostrasen su capacidad económica para tal explotación.

En líneas generales, otros aspecto que también queremos resaltar que en la extinta Unión Soviética, cuando se eliminaron las marcas de fábrica, la calidad de los bienes bajó considerablemente³⁰.

IX. CONCLUSIONES

1. Como se evidencia de este trabajo, no ha habido muchos casos de expropiación de marca. Casos realmente excepcionales, muchos de ellos bajo circunstancia de guerras mundiales, son los aquí reseñados.
2. Lo anterior, pensamos, se debe al carácter particular de la marca, incluyendo, entre otras cosas que la marca es, en definitiva, un atributo de personalidad.
3. Una medida expropiatoria sobre una marca, debido a que la percepción afecta sustancialmente el tema del prestigio y reputación marcaria, incluso ya su mero anuncio tiene toda la potencialidad para modificar la percepción del mercado y, por ende, los precios de los productos y servicios distinguidos con la marca, así como la marca en sí misma.

30 Véase en este sentido Goldman: "Product Differentiation and Advertising: Some lessons from Soviet Experience", citado por Robert Cooter y Thomas Ult, op.cit. p. 179.

X. ANEXO. CUADRO RESUMEN DE CASOS

Caso	Bayer (Aspirina)		
Estado	Fecha	Justificación	Efecto
EEUU	1915	Seguridad de Estado	Se escindió la explotación de la marca entre el mercado norteamericano y el resto del mundo

Caso	HAG GF AG (Kaffee HAG)		
Estado	Fecha	Justificación	Efecto
Bélgica	1944	Propiedad del enemigo	División del mercado por haberse fragmentado la marca

Caso	Havana Club		
Estado	Fecha	Justificación	Efecto
Cuba	1959	Cambio de modelo productivo (de privado a Estatal)	Fragmentación de la marca y discusión de los derechos sobre la misma

Caso		Gerber (imagen)	
Estado	Fecha	Justificación	Efecto
Guatemala	1983	La ley guatemalteca prohibió el uso de etiquetas en fórmulas de alimentos para infantes que estuvieran asociadas con bebés	Luego de negociaciones se revocó la regulación

Caso		Olimpíadas de Sidney (Insignia de los juegos del año 2000)	
Estado	Fecha	Justificación	Efecto
Australia	1997	Interés público en general	Se indemnizó al expropiado sin juicio

Caso		Anheuser-Busch Inc. (Budweiser)	
Estado	Fecha	Justificación	Efecto
Portugal	2005	Protección de la denominación de origen	La Corte Europea de Derechos Humanos consideró que un registro marcario constituye posesión y está protegido contra expropiación ilegal

Caso	Shell		
Estado	Fecha	Justificación	Efecto
Nicaragua	2006	Embargo preventivo sobre marca	La compañía pagó y vendió al grupo hondureño Terra el negocio de distribución, manteniendo la marca para sí pero dando una licencia de uso

XI. BIBLIOGRAFÍA

Ricardo Baroni Uzcátegui: “De la facultad de los municipios para afectar la propiedad privada. Intereses públicos vs. intereses privados”. *“Studia Iuris Civiles. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster.* Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje No. 16, 2004

Víctor Benata: *Reconstrucción del Derecho Marcario.* Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, Instituto Nacional de Propiedad Intelectual, Universidad de los Andes, 1994.

Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas: *Derecho de Marcas.* Buenos Aires. Editorial Heliasta, 2003

Robert Cooter y Thomas Ulen: *Derecho y economía.* México. Fondo de Cultura Económica, 1998

José Antonio García-Trevijano Fos: *Los Convenios Expropiatorios.* Madrid. Editorial de Derechos Reunidas, 1979.

José Ignacio Hernández: *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela. A propósito del proceso de reforma constitucional*. Caracas. FUNEDA, 2008

William Landes y Richard Posner: *The economic Structure of intellectual Property Law*. Cambridge, Massachusetts y London, England. Belknap Press of Harvard University Press, 2003

John O'Connel: *Creeping Expropriation*. www.blackwellreference.com.

Jairo Enrique Solano Sierra: *La Expropiación Administrativa - Judicial - Excepcional - sui generis*. Bogotá, Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004.

Horacio Spector: "Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual e industrial" *Revista Derechos Intelectuales*. No. 3. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1992.

United Nations: *World Investment Report 2007, FDI Policies for Development and International Perspectives*. New York, Geneva, 2007.

www.bitlaw.com

<http://www.legislacion.asamblea.gob.ni>

www.iie.com

www.ladas.com

<http://www.prnewswire.co.uk/cgi/news/release?id=28286>

www.ratical.org/co-globalize/REHW677.html.

[http://www.tjssl.edu/slomansonb/12.2_BudweiserBeercase.
pdf](http://www.tjssl.edu/slomansonb/12.2_BudweiserBeercase.pdf)

www.ciadi.org

www.wto.org

ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS, ¿EVOLUCIÓN O DISRUPCIÓN?

Pablo Schiavi¹

Resumen: El Derecho Administrativo no se enfrenta a una evolución, sino a una disrupción absoluta con lo hecho y ofrecido hasta ahora.

La incorporación por la Administración de las nuevas tecnologías (Información y Comunicaciones) ha provocado un verdadero “tsunami” en los institutos clásicos y constitutivos del Derecho Administrativo, en sus cimientos, impactando de lleno en los paradigmas tradicionales de la relación Administración-Ciudadanía, que ha cambiado para siempre.

No tenemos dudas en afirmar que la relación clásica y tradicional entre Administración y Ciudadanía ha cambiado para siempre y en forma abrupta, sin retorno, y aquí finca el gran desafío para el nuevo Derecho Administrativo de hoy y de los años venideros. Una nueva Ciudadanía más participativa, más hiperconectada e hiperinformada a través de las nuevas tecnologías y las comu-

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (UM). Profesor Adjunto Grado 3 (I) de Derecho Público II y III (Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional, respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Ayudante Grado 1 (I) de Derecho Público I Y III (Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de “Información Pública y Datos Personales”; de “Protección de Datos Personales en Salud “E Salud”; y de “Protección de Datos Personales Tributarios y Bancarios” en el Máster de Derecho Administrativo Económico (MDAE) en la Facultad de Derecho en la Universidad de Montevideo. Profesor de “Datos Personales en Salud” en el Máster en Dirección de Empresas de Salud (MDES) en la Escuela de Negocios de la Universidad de Montevideo (IEEM). Profesor de “Derecho de la Información” y de “Investigación y Documentación” en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Montevideo. Profesor Asistente de “Procedimientos Administrativos” en el Máster de Derecho Adminis-

nicaciones impone nuevos desafíos y nuevas exigencias no sólo al Derecho Administrativo de siempre, sino a todo el Derecho.

Palabras clave: *Acto Administrativo Electrónico. Administración Electrónica. Procedimiento Administrativo Electrónico. Principales Desafíos.*

Summary: *Administrative law is not facing an evolution, but an absolute disruption with what has been done and offered so far.*

The incorporation by the administration of the new technologies (information and communications) has provoked a real "tsunami" in the classical institutes and constitutive of the administrative law, in its foundations, impacting full in the paradigms Traditional relationship between administration-citizenship, which has changed forever.

We have No doubt that the classic and traditional relationship between administration and citizenship has changed forever and abruptly, without return, and here is the great challenge for the new administrative law of today and the years to come.

A new citizenship more participatory, more hyperconnected and hyperinformed through new technologies and communications imposes new challenges and new demands not only to the administrative right of always, but to all the right.

trativo Económico (MDAE) en la Universidad de Montevideo. Diplomado en Desarrollo y Financiamiento de Infraestructuras por la Universidad Politécnica de Madrid. Certificado en Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo por el Isede y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Antonio Larrañaga". Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro Titular de la Asociación Derecho Público del Mercosur. Coordinador de Estudios de Derecho Administrativo de la Editorial La Ley Uruguay - Thomson Reuters. Coordinador Nacional por Uruguay de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP). Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP). Asesor Director en la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), Presidencia de la República, Uruguay. Consultor y Asesor Corporativo Data Privacy. Autor de libros y artículos sobre temas de su especialidad. <https://www.linkedin.com/in/pabloschiavi/>; pablo.schiavi@schiavi.com.uy.

Key words: *Electronic Administrative Act. Electronic Administration. Electronic Administrative Procedure. Main Challenges.*

Recibido: 13 de junio de 2019 Aceptado: 30 de enero de 2020

SUMARIO

- I. Acto administrativo y procedimiento administrativo electrónicos
- II. Un poco de historia hacia la administración electrónica
- III. Características de la administración electrónica: un nuevo Estado “descentralizado” en internet
- IV. Aspectos fundamentales de la automatización del acto administrativo electrónico en el marco de la “despapelización”: validez jurídica, valor probatorio y autenticación
- V. Documento electrónico y firma electrónica al influjo de la ley N° 18.600 (2009)
- VI. Efectos legales del documento electrónico, de la firma electrónica y de la firma electrónica avanzada
- VII. Infraestructura de certificación electrónica en el Uruguay: la Unidad de Certificación Electrónica (UCE) y la autoridad certificadora raíz
- VIII. Recepción del acto administrativo electrónico en la jurisprudencia del TCA
- IX. Apreciaciones finales
- X. Bibliografía

I. ACTO ADMINISTRATIVO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICOS

La realidad del acto administrativo y del procedimiento administrativo electrónicos son una lógica consecuencia de la incidencia de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el ser y quehacer de la Administración².

Aun cuando es un lugar común afirmar que el Derecho Administrativo se encuentra en permanente transformación, lo cierto es que la rapidez y profundidad actuales de los cambios, consecuentes a su adaptabilidad histórica, imponen

2 DELPIAZZO, C. E. (2010). *Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico*. Estudios de Derecho Administrativo, (1), 79-108.

no perder de vista la esencial servicialidad que caracteriza a la Administración³.

ORTEGA RIVERO considera que actualmente la filosofía de la administración no es la misma que antes, y que hoy tenemos un sector público competitivo, un Estado que quiere adelgazar, una administración que utiliza nuevas técnicas de dirección, un Estado que quiere ser más eficiente para ser mejor aceptado por los ciudadanos. En últimas, estamos frente a la renovación de las instituciones administrativas⁴.

Ni el Derecho en general, ni el **Derecho Administrativo** en particular, ni en consecuencia el procedimiento administrativo, los actos administrativos y los demás institutos clásicos de nuestra disciplina pueden permanecer ajenos ni escapar a esta nueva realidad que, en forma vertiginosa y sin pedir permiso, golpea las puertas de las distintas Administraciones Públicas al influjo de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones.

El mundo ha cambiado.
La sociedad ha cambiado.
El Derecho ha cambiado.

Y el Derecho en general, y el Derecho Administrativo en particular, tienen el enorme desafío de aggiornarse en sus fundamentos constitutivos y en sus estructuras clásicas para dar respuesta a estos nuevos fenómenos, ya que, de lo contrario, perderán con el paso de los años, su razón de ser esencial, en tanto instrumentos al servicio de la sociedad.

3 **DELPIAZZO, C. E. (2010).** Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 79.

4 **ORTEGA RIVERO, R. (1999).** La renovación de las instituciones jurídico-administrativas: prospectivas del derecho administrativo español. *Revista Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n° 96, junio de 1999, p. 371.

Y esta sociedad hiperconectada e hiperinformada y mucho más participativa exige nuevas soluciones a la Administración Pública en tiempos y en condiciones inesperadas e insospechadas hasta hace muy poco tiempo.

Y esto, sin duda, redundará en una mayor y nueva interacción con otras lógicas, entre Administración y Ciudadanía, en un mayor control social, y lógicamente en una mayor y mejor transparencia, en una transparencia de calidad.

Y el Derecho Administrativo debe estar a la altura frente a estas nuevas demandas que provienen de una sociedad que reclama nuevos y mejores servicios más eficientes que serán brindados a través de nuevas plataformas digitales, que poco a poco, irán sustituyendo, hasta reemplazar por completo, los trámites burocráticos de siempre y las gestiones habituales o tradicionales que brindaba el Estado.

Todo lo cual, si bien aun hoy estamos en un proceso de transición acelerado, pronto será parte del pasado.

Y en este punto no hay retorno.

Asistimos o somos parte de un quiebre en el paradigma de la relación clásica entre Administración y Sociedad, que ha cambiado para siempre.

Aquí está el fundamento de estas páginas, que nos imponen reflexionar sobre los conceptos de Administración electrónica, de gobierno electrónico, de procedimientos administrativos electrónicos, de actos administrativos electrónicos, e inclusive de firmas electrónicas, entre otros instrumentos.

El desafío del Derecho Administrativo radica y radicará en componer las regulaciones que sean necesarias y funcionales para reglamentar la validez jurídica, el valor probatorio y la autenticidad de estas nuevas dimensiones de los institu-

tos clásicos de la disciplina, así como un aspecto no menor y esencial como lo son también, sus efectos dentro y fuera de la Administración.

Al presente, en la construcción de lo que ha dado en llamarse Administración electrónica, se asiste a un momento decisivo de reforma estatal de tercera generación, en la cual se fincan grandes expectativas: desde la Administración, por advertir el inmenso potencial de las tecnologías de la información y las comunicaciones para mejorar la prestación de todo tipo de servicios y la propia gestión administrativa, y desde la ciudadanía, por la posibilidad de acceder a más y mejor información, controlar a las autoridades, obtener trato igualitario y aumentar la eficiencia en el uso del tiempo y demás recursos⁵.

La Administración no puede prescindir de este inmenso potencial que le brindan las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, y tiene como principal deber capitalizarlo en servicios más eficaces y eficientes que redunden en mejores condiciones de vida para todos los ciudadanos.

Y de esto se trata, de que la ciudadanía, o la llamada nueva *"ciudadanía digital"* tenga la posibilidad de acceder a más y mejores servicios públicos, a más y mejor información, a controlar a las autoridades, a obtener trato igualitario y aumentar la eficiencia en el uso del tiempo y demás recursos, accediendo a nuevos servicios y a nuevas gestiones que hasta hace no muchos años, tardaban mucho tiempo y demandaban esperas interminables en las oficinas públicas exigiendo la presencialidad necesaria del ciudadano en el organismo público donde se debía realizar el trámite, como condición excluyente e insoslayable para poder hacerlo⁶.

5 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 81.

6 En Uruguay, al día de hoy, en el portal: <https://tramites.gub.uy>, "**Portal del Estado Uruguayo**", se puede acceder a más de 1300 *"trámites en línea"*, como por ejemplo, expedición de partidas de todo tipo (matrimonio,

II. UN POCO DE HISTORIA HACIA LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA⁷

Con la entrada en vigor del Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991, se actualizó nuestro procedimiento administrativo, estableciendo un conjunto de soluciones de principio y de carácter instrumental tendientes a modernizarlo⁸.

En este punto cabe destacar que nuestro Decreto N° 500/991, fue, sin lugar a dudas, pionero en la materia, ya que en 1991 *-hace casi treinta años-* no sólo actualizó nuestro procedimiento administrativo, sino que, especialmente, y en lo que se relaciona a este trabajo, *incorporó soluciones innovadoras para su época que fueron los primeros cimientos de la Administración Electrónica que tenemos hoy en día.*

En segundo lugar, con posterioridad al Decreto N° 500/991, la base legislativa para el desarrollo del expediente electrónico la aportaron los arts. 694 a 697 de la ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996⁹.

nacimiento, defunción); duplicados de facturas de servicios públicos; documentos como cédula de identidad y pasaporte; consulta de deudas de patentes de rodados –entre otros– *a tan sólo un click y en apenas unos minutos.*

- 7 **DELPIAZZO** hace referencia a una “*etapa pre informática*” donde la codificación de las normas de procedimiento administrativo se inicia con la aprobación del Decreto N° 575/966 de 23 de noviembre de 1966, que reunió en un texto ordenado disposiciones que regulaban el procedimiento común y algunos procedimientos especiales, tales como el recursivo, el disciplinario, el expropiatorio y los de contratación administrativa. Posteriormente, el Decreto N° 640/973 de 8 de agosto de 1973 perfeccionó sensiblemente el régimen anterior, incorporando soluciones modernas de gran avance técnico jurídico. El reconocimiento y la recepción normativa de la *etapa signada por las nuevas tecnologías de la información* se verificaron con la sustitución del aludido Decreto N° 640/973.
- 8 **DELPIAZZO, C. E. (2014).** Procedimientos administrativos y nuevas tecnologías: A propósito de su nuevo marco normativo. *Estudios de Derecho Administrativo*, (10), 49-72.
- 9 **DELPIAZZO, C. E. (2014).** Procedimientos administrativos y nuevas tecnologías..., p. 52.

En tercer lugar, reglamentando dichas disposiciones, se destaca el Decreto N° 65/998 de 10 de marzo de 1998, que posteriormente fuera derogado por el artículo 40 del Decreto N° 276/013 de 3 de setiembre de 2013.

En cuarto lugar, dicha normativa fue complementada por el Decreto N° 83/001 de 8 de marzo de 2001, en virtud del cual se dictan normas relativas a medios técnicos de almacenamiento, reproducción y transmisión telemática de documentos electrónicos por la Administración¹⁰.

En quinto lugar, la ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000 impuso al Estado, a los Entes Autónomos y a los Servicios Descentralizados (art. 24) y facultó a los Gobiernos Departamentales (art. 26) a implantar el expediente electrónico para la sustanciación de todas las actuaciones administrativas, disponiendo los actos jurídicos y operaciones materiales tendientes a su logro en el menor tiempo posible¹¹.

En sexto lugar, con el propósito de *“abreviar y simplificar el procedimiento administrativo”* (según se consigna en el Visto), se dictó el Decreto N° 420/007 de 7 de noviembre de 2007, que en lo relativo a la tramitación electrónica, estableció una suerte de preferencia de ésta frente a la tradicional o convencional, al establecer en su art. 3° que *“Siempre que coexistan normas de procedimiento en el Decreto N° 500/991, cuyo contenido hubiera sido contemplado en los Decretos N° 65/998 de 10 de marzo de 1998 y N° 83/001 de 8 de marzo de 2001, prevalecerá la aplicación de estos últimos en cuanto corresponda”*¹².

10 DELPIAZZO, C. E. (2014). Procedimientos administrativos y nuevas tecnologías..., p. 53.

11 DELPIAZZO, C. E. (2014). Procedimientos administrativos y nuevas tecnologías..., p. 54.

12 DELPIAZZO, C. E. (2014). Procedimientos administrativos y nuevas tecnologías..., p. 54.

En séptimo lugar, el art. 8º de la ley N° 18.600 de 21 de setiembre de 2009 dispone que *“El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todos los órganos del Estado podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica o firma electrónica avanzada”* (inc. 1º)...”¹³.

En octavo lugar, con directa incidencia en el procedimiento administrativo, corresponde hacer referencia a dos leyes trascendentes: la ley N° 18.331 de 11 de agosto de 2008 sobre protección de datos personales y su reglamentación aprobada por el Decreto N° 414/009 de 31 de agosto de 2009, y la ley N° 18.381 de 17 de octubre de 2008 sobre acceso a la información pública, reglamentada por el Decreto N° 232/010 de 2 de agosto de 2010¹⁴.

En este momento vale resaltar la multiplicidad y diversidad de normas de distinta fuente, ya sea legislativas, ya sea reglamentarias, que se fueron dictando en muy poco tiempo, de modo de ir acompasando los grandes cambios que estos nuevos fenómenos fueron imprimiendo en forma vertiginosa a los trámites tradicionales de las Administraciones Públicas.

De hecho, el Derecho Administrativo, sus cimientos, como lo han estudiado los más destacados autores nacionales y extranjeros, está cambiando como nunca antes, y seguramente hoy, ya no sea el mismo que durante mucho tiempo supo ser, aquel Derecho Administrativo que fuera estudiado en las aulas y en las más distinguidas Universidades.

13 DELPIAZZO, C. E. (2014) Procedimientos administrativos y nuevas tecnologías..., p. 54.

14 DELPIAZZO, C. E. (2014) Procedimientos administrativos y nuevas tecnologías..., p. 54.

No tenemos dudas en afirmar que la relación clásica y tradicional entre Administración y Ciudadano ha cambiado para siempre y en forma abrupta, sin retorno, y aquí finca el gran desafío para el nuevo Derecho Administrativo de hoy y de los años venideros.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: UN NUEVO ESTADO “DESCENTRALIZADO” EN INTERNET

Como bien señala **DELPIAZZO**, para alcanzar la Administración electrónica existe una dimensión tecnológica y una dimensión jurídica¹⁵.

Por un lado, según el distinguido autor, se requiere una informatización administrativa, a cuyo respecto suelen distinguirse cuatro grandes etapas en la implementación del quehacer administrativo a través de medios informáticos y telemáticos que refieren, entre otras, a la creación de un portal institucional; a la posibilidad de una comunicación *en ambos sentidos*; a la implantación de funcionalidades estructuradas que permitan a los particulares realizar *transacciones* por medio de este nuevo canal de comunicación con cada Administración (tales como renovación de una licencia, pago de una multa, y el ingreso de la nómina de trabajadores de las empresas a efectos de sus aportes sociales o de las declaraciones juradas de impuestos respectivamente); y por último a la instalación de un portal *integrador* que vincule a multiplicidad de Administraciones, abarcando todos los servicios posibles desde Internet¹⁶.

La Administración Pública muestra una nueva cara digital, en la medida de que la mayoría de los trámites reseñados por **DELPIAZZO**, hoy en día no tienen un funcionario público,

15 **DELPIAZZO, C. E. (2010)**. Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 81.

16 **DELPIAZZO, C. E. (2010)**. Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 81.

una persona de “carne y hueso” del lado de la Administración, para ejecutarlos e instrumentarlos.

Por otro lado, para que el cambio tecnológico sea asumido y no sufrido por la Administración y también por la sociedad, se requiere una adecuación del Derecho a la nueva realidad emergente¹⁷.

Y de esto se trata o debería tratarse.

En los últimos días en nuestro país, un cambio del sistema informático implementado por la Banca Pública fue “sufrido” por la sociedad, o por lo menos, por sus clientes y por los propios funcionarios públicos que ahí trabajan, que no sabían cómo instrumentar ni comunicar a sus clientes los beneficios de tan grandes cambios en dicho sistema y sus funcionalidades, generando un verdadero caos administrativo que duró varios días.

Desde el punto de vista organizativo, el avance hacia una Administración electrónica nos ubica ante una nueva forma de *descentralización operativa*, caracterizada no desde el punto de vista jurídico sino desde la perspectiva de lo que ha dado en llamarse “**el Estado descentralizado en Internet**” al decir de Ángel SÁNCHEZ BLANCO citado por DELPIAZZO, mediante la coherente integración en las redes y en los servicios de comunicaciones electrónicas del conjunto de las Administraciones públicas, cualquiera sea su naturaleza jurídica y posición institucional¹⁸.

Se trata de un sentido nuevo de la descentralización, distinto al estrictamente jurídico y mucho más amplio, en la especie se asiste a una extensión de su significado, compren-

17 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 82.

18 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 86.

siva de una dimensión social y también de aspectos de gestión en orden a posibilitar el acercamiento de las diversas Administraciones a todos los habitantes con independencia del lugar en que se encuentren¹⁹.

Este nuevo *Estado “descentralizado” en internet*, este nuevo sentido de la descentralización no son más que nuevos ejemplos de que los conceptos clásicos y tradicionales, y de que las Teorías clásicas de nuestra disciplina deben ser releídas y revisadas contemplando necesariamente todos estos aspectos, en un mundo actual, en donde un ciudadano puede estar en contacto con la Administración Pública a miles de kilómetros de distancia, a través de estas nuevas plataformas digitales electrónicas, donde puede, por ejemplo, hacer una transferencia o depósito bancario, sin siquiera “pisar” la sucursal del Banco jamás, *con la misma validez jurídica, autenticidad y valor probatorio, como si efectivamente lo estuviera*²⁰.

Es que la gestión electrónica posibilita un modelo de *arquitectura más horizontal* que vertical (como, en cambio, se muestra la organización burocrática tradicional), que vincula y permite el acceso y la interoperabilidad sistémica de la información de las diferentes instituciones entre sí y con los integrantes de la sociedad, posibilitando una mayor participación de éstos²¹.

19 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 87.

20 SCHIAVI, P. (2017). Los servicios financieros a través de plataformas tecnológicas. *Estudios de Derecho Administrativo*, (16), 523-549.

21 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 87.

IV. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA AUTOMATIZACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN EL MARCO DE LA “DESPAPELIZACIÓN”: VALIDEZ JURÍDICA, VALOR PROBATORIO Y AUTENTICACIÓN

DELPIAZZO se refiere a la “despapelización” para significar gráficamente la nueva realidad determinada por el abandono del papel como medio habitual de documentación²².

Al respecto señala que el documento electrónico se diferencia del documento tradicional en que los medios o elementos usados para su confección material, destinados a darle corporeidad, prescinden del papel apoyándose en medios magnéticos.

Tal circunstancia proyecta, a juicio del autor, consecuencias evidentes sobre el desenvolvimiento del procedimiento administrativo, dando lugar al *expediente electrónico*, entendido como la acumulación por vía informática (y ya no en legajo) de todos los documentos (y no sólo los públicos) relativos a un asunto (y no exclusivamente tendientes a la formación de la voluntad administrativa).

Otra consecuencia de la despapelización refiere a la autenticación que, de acuerdo a las normas tradicionales de actuación administrativa, se realizaba normalmente mediante la firma, o sea, la escritura a mano de su nombre por el funcionario competente y que en el expediente electrónico se ve sustituida por “*contraseñas o signos informáticos adecuados*”, es decir, por firmas electrónicas capaces de otorgar certeza al documento electrónico²³.

22 **DELPIAZZO, C. E. (2010).** Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 89.

23 **DELPIAZZO, C. E. (2010).** Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 90.

La base legislativa para el desarrollo del expediente electrónico la aportaron los arts. 694 a 697²⁴ de la ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996²⁵.

Sobre el particular, bien se ha dicho que *“una vez aceptada la validez jurídica de los documentos electrónicos y el reconocimiento de la firma electrónica con valor igual entre la Administración pública y los privados, la convergencia permite a la Administración pública comunicarse entre sus distintas dependencias y con los ciudadanos”*²⁶.

Desde el dictado del citado art. 695 de la ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996, se contemplan tres aspectos fundamentales de la automatización del acto administrativo: su validez jurídica, su valor probatorio, y su firma electrónica.

En primer lugar, en cuanto a la *validez jurídica*, resulta que, configurados los presupuestos (circunstancias extrínsecas) y los elementos (circunstancias intrínsecas) del acto administrativo realizado por medios informáticos, éste se reputará válido y adquirirá existencia jurídica, estando en condiciones de desplegar los efectos correspondientes²⁷.

Quiere decir que no existirán diferencias de validez –la ley habla de identidad– entre las actuaciones y los actos administrativos que se realicen por medios convencionales o por medios informáticos²⁸.

24 El artículo 697 de la Ley N° 16.736 (1996) fue derogado por el artículo 28 de la Ley N° 18.600 de 21 de setiembre de 2009.

25 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 92.

26 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 82.

27 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 105.

28 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 106.

Si tales diferencias de validez existieran no tendría ningún sentido la temática que estamos abordando.

En segundo lugar, la disposición alude al *valor probatorio* de los procedimientos y actos administrativos sustanciados por medios informáticos, calificándolo igualmente en términos de identidad respecto a las actuaciones que se tramitan por los medios clásicos²⁹.

Es de observar que la disposición legal no refiere a la cuestión de la admisibilidad como medios probatorios de los actos y trámites que conforman el “expediente electrónico” sino que la da por supuesta, abordando exclusivamente la cuestión de su valoración. Por lo tanto, las alteraciones que en la forma de los actos administrativos derivan de su procesamiento automatizado no proyectan consecuencias en su valor probatorio, el que será idéntico al de aquéllos producidos por medios convencionales³⁰.

En tercer lugar, la norma en examen trata un aspecto vinculado al del valor probatorio, aunque distinto, que es el de la *autenticación* de los actos administrativos que se realicen por vía informática ya que posibilita que “la firma autógrafa podrá ser sustituida por contraseñas o signos informáticos adecuados”.

Dichas contraseñas o signos informáticos (firma electrónica) constituyen técnicas de autenticación que pueden ser más confiables aún que la firma manuscrita. Entre ellas, se destacan los códigos secretos y la criptografía, a los que alude implícitamente el art. 25 de la ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000 cuando dice que en todo caso la firma electrónica y la firma digital “tendrán idéntica validez y eficacia a la firma autó-

29 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 106.

30 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 106.

grafa, siempre que estén debidamente autenticadas por claves u otros procedimientos seguros, de acuerdo a la tecnología informática³¹”.

En este punto debemos ser *especialmente cuidadosos* en lo que refiere *al uso de contraseñas o signos informáticos (firma electrónica)*, las cuales deben ser personales e intransferibles por todo y en todo concepto, esto es, debe existir una contraseña por funcionario sin importar cargo ni rango, no admitiéndose bajo ningún concepto, contraseñas “comunes” o “genéricas” que sea utilizadas por varios funcionarios a la vez, lo que podría generar y ya ha generados problemas relevantes con las consecuentes responsabilidades administrativas.

V. DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y FIRMA ELECTRÓNICA AL INFLUJO DE LA LEY N° 18.600 (2009)

Con fecha 21 de septiembre de 2009 se promulgó la Ley N° 18.600^{32 33}, de Documento Electrónico y Firma Electrónica.

La sanción de la Ley N° 18.600 representa un avance significativo para la inserción de nuestro país en todas las áreas de la sociedad de la información, brindando al mismo tiempo una oportunidad para el desarrollo del sector productivo, especialmente vinculado a las nuevas tecnologías³⁴.

Su regulación constituye un elemento esencial para garantizar la seguridad de las transacciones electrónicas, promoviendo el comercio electrónico seguro, de modo de permitir

31 DELPIAZZO, C. E. (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 106.

32 **Promulgación: 21 set./2009; Publicación: 05 nov./2009.**

33 Reglamentada por el Decreto N° 276/013 de 3 de setiembre de 2013; el Decreto N° 36/012 de 8 de febrero de 2012 y por el Decreto N° 436/011 de 8 de diciembre de 2011.

34 Decreto N° 436/011, de 8 de diciembre de 2011; Considerando I).

la identificación en forma fehaciente de los sujetos intervinientes³⁵.

En cuanto al **Ámbito Subjetivo**, la Ley se aplica a las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, a excepción de aquellas actuaciones donde la Constitución de la República o una Ley, exijan una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico, o requiera la presencia o firma personal de la autoridad o funcionario llamado a intervenir³⁶.

En cuanto al **Ámbito Objetivo**, la Ley regula el régimen jurídico de los documentos y firmas electrónicas, los servicios de certificación de ésta, y se aplica a los actos y negocios jurídicos en general³⁷.

En el Capítulo I “Disposiciones Generales” se reconocen **la admisibilidad, validez y eficacia jurídicas** del documento electrónico y de la firma electrónica (Artículo 1º).

Las disposiciones de **Ley N° 18.600** no alteran el derecho preexistente respecto a la celebración, perfeccionamiento, validez y eficacia de los actos y negocios jurídicos.

El artículo 2º de la **Ley N° 18.600** incluye una serie de definiciones importantes, punto de partida necesario para el tema que estamos abordando.

A los efectos de la ley se entenderá por:

A) “Acreditación”: *el procedimiento en virtud del cual el prestador de servicios de certificación demuestra a la Unidad de Certificación Electrónica que cumple con esta ley y su respectiva reglamentación.*

35 Decreto N° 436/011, de 8 de diciembre de 2011; Considerando III).

36 Decreto N° 436/011, de 8 de diciembre de 2011; artículo 1º.

37 Decreto N° 436/011, de 8 de diciembre de 2011; artículo 2º.

- B) **“Certificado electrónico”**: *documento electrónico firmado electrónicamente que da fe del vínculo entre el firmante o el titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica.*
- C) **“Certificado reconocido”**: *certificado electrónico emitido por un prestador de servicios de certificación acreditado.*
- D) **“Datos de creación de firma”**: *los datos únicos, tales como códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante utiliza para crear la firma electrónica.*
- E) **“Datos de verificación de firma”**: *los datos, tales como códigos o claves criptográficas públicas, que se utilizan para verificar la firma electrónica.*
- F) **“Dispositivo de creación de firma”**: *componente informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma.*
- G) **“Dispositivo de verificación de firma”**: *componente informático que sirve para aplicar los datos de verificación de firma.*
- H) **“Documento electrónico o documento digital”**: *representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo.*
- I) **“Fecha electrónica”**: *conjunto de datos en forma electrónica utilizados como medio para determinar el momento en que se ha efectuado una actuación sobre otros datos electrónicos a los que está asociado.*
- J) **“Firma electrónica”**: *los datos en forma electrónica anexos a un documento electrónico o asociados de manera lógica con el mismo, utilizados por el firmante como medio de identificación.*

K) “Firma electrónica avanzada”: *la firma electrónica que cumple los siguientes requisitos:*

- 1) Requerir información de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca;
- 2) ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control;
- 3) ser susceptible de verificación por terceros;
- 4) estar vinculada a un documento electrónico de tal modo que cualquier alteración subsiguiente en el mismo sea detectable; y,
- 5) haber sido creada utilizando un dispositivo de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma.

L) “Firmante o signatario”: *persona que utiliza bajo su exclusivo control un certificado electrónico o un certificado reconocido para efectuar operaciones de firma electrónica o firma electrónica avanzada.*

M) “Prestador de servicios de certificación”: *persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que expida certificados electrónicos o preste otros servicios de certificación en relación con la firma electrónica.*

N) “Prestador de servicios de certificación acreditado”: *aquel prestador de servicios de certificación acreditado ante la Unidad de Certificación Electrónica.*

Ñ) “Titular del certificado”: *persona que utiliza bajo su exclusivo control un certificado electrónico.*

O) Tercero aceptante³⁸: *persona que acepta de su titular un certificado electrónico expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado.*

El artículo 3° de la **Ley N° 18.600** consagra una enumeración no taxativa de los principios generales aplicables a la materia, principios que servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes.

En tal sentido se dispone que: *“Sin que la enumeración tenga carácter taxativo, los actos y negocios jurídicos realizados electrónicamente, las firmas electrónicas o firmas electrónicas avanzadas y la prestación de los servicios de certificación, se ajustarán a los siguientes principios generales:*

- A)** equivalencia funcional;
- B)** neutralidad tecnológica;
- C)** libre competencia;
- D)** compatibilidad internacional; y
- E)** buena fe.

Con la necesidad de regular el procedimiento administrativo Electrónico, con fecha 3 de setiembre de 2013, se dicta el

38 **El literal o)** fue agregado por el artículo 41 de la Ley N° 18.996 de 7 de noviembre de 2012. En cuanto a su vigencia, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 18.996 “...La presente ley regirá a partir del 1° de enero de 2013, excepto en aquellas disposiciones que en forma expresa establezcan otra fecha de vigencia...”.

Decreto N° 276/013³⁹, reglamentario de la Ley N° 18.600 de 21 de septiembre de 2009⁴⁰.

Tal como se esgrime en la Parte Expositiva del citado Decreto, la creciente utilización de medios electrónicos en la actividad administrativa, así como en el relacionamiento con la ciudadanía, impone la adecuación del marco normativo que es aplicable a la Administración Central, resultando fundamental la utilización del expediente electrónico en el procedimiento administrativo.

De acuerdo al artículo 1° del Decreto N° 276/013, en cuando al Ámbito de aplicación, se dispone que las disposiciones del presente Decreto alcanzan a todo procedimiento administrativo electrónico desarrollado en los órganos de la Administración Central.

A los efectos del presente Decreto (artículo 2° del Decreto N° 276/013) se entiende por:

A) Actuación Administrativa Electrónica: *aquella producida por un sistema informático estatal sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular, que incluye la producción de actos de trámite, resolutorios o meros actos de comunicación.*

B) Constancia electrónica: *aquella emitida por medios electrónicos en la que consta fecha, hora, lugar, actuación y firma.*

39 **Derogaciones:** El Artículo 40 del Decreto N° 276/013, de 21 de setiembre de 2013, deroga el Decreto N° 65/998, de 10 de marzo de 1998 y el Decreto N° 382/003, de 17 de setiembre de 2003.

40 **Exhortación a otros organismos públicos:** El Artículo 41 del Decreto N° 276/013, exhorta a otros organismos públicos a adoptar por decisiones internas las disposiciones normativas contenidas en el presente Decreto. El Poder Ejecutivo apreciará, en el ejercicio de sus poderes de contralor, el modo como se cumpla la exhortación que precede.

- C) Domicilio o dirección electrónica:** *identificador asociado al medio electrónico seleccionado para recibir y enviar información electrónicamente, el cual será constituido por el interesado y los órganos de la Administración Central.*
- D) Procedimiento administrativo electrónico:** *sucesión o secuencia de actuaciones en soporte electrónico de naturaleza administrativa.*
- E) Sede electrónica:** *aquel sitio web u otro medio análogo donde se desarrolla la vida operativa y jurídica de una Entidad Pública, cuya titularidad, gestión y administración le corresponde.*

VI. EFECTOS LEGALES DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, DE LA FIRMA ELECTRÓNICA Y DE LA FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA

En cuanto a los efectos legales de los **documentos electrónicos**, el artículo 4° de la Ley N° 18.600, es contundente al disponer que *“los documentos electrónicos satisfacen el requerimiento de escritura y tendrán el mismo valor y efectos jurídicos que los documentos escritos, salvo las excepciones legalmente consagradas”*.

Asimismo, establece que *“el que voluntariamente transmitiere un texto del que resulte un documento infiel, adultere o destruya un documento electrónico, incurrirá en los delitos previstos por los artículos 236 a 245 del Código Penal, según corresponda”*.

Todas las actuaciones administrativas que obren en el expediente electrónico **deberán contar con firma electrónica** conforme lo establecido en la Ley N° 18.600, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto reglamentario N° 276/013.

En cuanto a los efectos legales de la firma electrónica, el artículo 5º de la Ley N° 18.600, es claro al señalar que **la firma electrónica** tendrá eficacia jurídica cuando fuese admitida como válida por las partes que la utilizan o haya sido aceptada por la persona ante quien se oponga el documento firmado electrónicamente.

En cuanto a los efectos legales de la **firma electrónica avanzada**, el artículo 6º de la Ley N° 18.600, consagra que la firma electrónica avanzada tendrá idéntica validez y eficacia que la firma autógrafa consignada en documento público o en documento privado con firmas certificadas, siempre que esté debidamente autenticada por claves u otros procedimientos seguros que:

- A) garanticen que la firma electrónica avanzada se corresponde con el certificado reconocido emitido por un prestador de servicios de certificación acreditado, que lo asocia con la identificación del signatario;
- B) aseguren que la firma electrónica avanzada se corresponde con el documento respectivo y que el mismo no fue alterado ni pueda ser repudiado; y
- C) garanticen que la firma electrónica avanzada ha sido creada usando medios que el signatario mantiene bajo su exclusivo control y durante la vigencia del certificado reconocido.

El documento electrónico suscripto con firma electrónica avanzada tendrá idéntico valor probatorio al documento público o al documento privado con firmas certificadas en soporte papel.

Los artículos 7º a 10º de la Ley N° 18.600 regulan el uso de la firma electrónica y de la firma electrónica avanzada en la función notarial; en los órganos del Estado; en la Adminis-

tración Pública y en las profesiones de Abogado, Escribano y Procurador.

Al respecto, el artículo 7º, autoriza el uso de documentos electrónicos y firma electrónica avanzada en la función notarial, de conformidad con la reglamentación que establezca la Suprema Corte de Justicia.

El artículo 8º establece que El Estado, los Gobiernos Departamentales, los entes autónomos, los servicios descentralizados y, en general, todos los órganos del Estado podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica o firma electrónica avanzada⁴¹.

De acuerdo al **artículo 9º**, la Unidad de Certificación Electrónica podrá determinar por vía reglamentaria el uso de la firma electrónica o firma electrónica avanzada en el seno de la Administración Pública y en las relaciones que con ella mantengan los particulares, a los efectos de adoptar las condiciones adicionales que se estimen necesarias, para salvaguardar las garantías de cada procedimiento.

Finalmente, el **artículo 10º** dispone que la Suprema Corte de Justicia expedirá, en forma exclusiva, los certificados reconocidos para ser utilizados en el ejercicio de las profesiones de Abogado, Escribano y Procurador, si se constituye como prestador de servicios de certificación acreditado bajo las condiciones que establece esta ley.

41 Se exceptúan aquellas actuaciones para las cuales la Constitución de la República o la ley exijan una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico o requiera la concurrencia personal de la autoridad o funcionario que deba intervenir en ellas.

VII. INFRAESTRUCTURA DE CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA EN EL URUGUAY: LA UNIDAD DE CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA (UCE) Y LA AUTORIDAD CERTIFICADORA RAÍZ⁴²

1. Unidad de Certificación Electrónica⁴³

A. Ubicación institucional

La **infraestructura nacional de certificación electrónica**, de acuerdo al artículo 11° de la Ley N° 18.600, es *el conjunto de equipos y programas informáticos, dispositivos criptográficos, políticas, normas y procedimientos, dispuestos para la generación, almacenamiento y publicación de los certificados reconocidos, así como también para la publicación de información y consulta del estado de vigencia y validez de dichos certificados.*

El artículo 12° de la Ley N° 18.600 crea la **Unidad de Certificación Electrónica** como órgano desconcentrado de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), dotada de la más amplia autonomía técnica.

B. Competencia

La **Unidad de Certificación Electrónica** (artículo 14° de la Ley N° 18.600) deberá realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones de esta ley.

42 Enelexterior: www.pki.gov.ar - Argentina; www.itl.gov.br - Brasil; www.cert.fnmt.es - España; www.accv.es - Comunidad de Valencia; www.guerrero.gob.mx/firma Estado de Guerrero - México; www.scee.gov.pt - Portugal; www.cesg.gov.uk - Reino Unido; <http://postsuisseid.ch/en> - Suiza; entre otras.

43 Sitio Web de la Unidad de Certificación Electrónica (UCE): <http://uce.gub.uy>

Tendrá funciones y atribuciones de acreditación, de control, de instrucción, de regulación; además de potestades sancionatorias previstas a texto expreso.

a. De acreditación

- A)** Recibir, tramitar y resolver las solicitudes de acreditación de los prestadores de servicios de certificación.
- B)** Inscribir a los prestadores de servicios de certificación en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación Acreditados, que a tal efecto se crea en esta ley, una vez otorgada la acreditación.
- C)** Suspender o revocar la inscripción de los prestadores de servicios de certificación acreditados.
- D)** Mantener en el sitio web de la Unidad de Certificación Electrónica la información relativa al Registro de Prestadores de Servicios de Certificación Acreditados, tales como altas, bajas, sanciones y revocaciones.

b. De control

- A)** Controlar la calidad y confiabilidad de los servicios brindados por los prestadores de servicios de certificación acreditados, así como los procedimientos de auditoría que se establezcan en la reglamentación.
- B)** Realizar auditorías a los prestadores de servicios de certificación acreditados, de conformidad con los criterios que la reglamentación establezca para verificar todos los aspectos relacionados con el ciclo de vida de los certificados reconocidos y de sus claves criptográficas.

- C) Determinar las medidas que estime necesarias para proteger la confidencialidad de los titulares de certificados reconocidos.
- D) Efectuar inspecciones y requerir en cualquier momento a los prestadores de servicios de certificación acreditados toda la información necesaria para garantizar el cumplimiento de la función en los términos definidos en esta ley y su reglamento.

c. De instrucción

Recibir y evaluar reclamos de titulares de certificados reconocidos relativos a la prestación de servicios de certificación, in perjuicio de la responsabilidad directa que el prestador de servicios de certificación acreditado tiene ante el titular.

d. De regulación

- A) Definir los estándares técnicos y operativos que deberán cumplir los prestadores de servicios de certificación acreditados, así como los procedimientos y requisitos de acreditación necesarios para su cumplimiento.
- B) Fijar reglas y patrones industriales que aseguren la compatibilidad, interconexión e interoperabilidad, así como el correcto y seguro funcionamiento de los dispositivos de creación y verificación de firma, controlando su aplicación.
- C) Definir y regular las obligaciones y responsabilidades respecto de los terceros que acepten certificados electrónicos expedidos por un prestador de servicios de certificación acreditado, así como establecer las recomendaciones atinentes a los mismos⁴⁴.

⁴⁴ El literal c), numeral 4) fue agregado por el artículo 42 de la Ley N° 18.996 de 7 de noviembre de 2012. En cuanto a su vigencia, debe tenerse en cuenta

e. De sanción

La Unidad de Certificación Electrónica podrá imponer al prestador de servicios de certificación acreditado que infringiere total o parcialmente cualesquiera de las obligaciones derivadas de esta ley o de las normas que resulten aplicables al servicio que presta, las sanciones que se graduarán en atención a la gravedad o reiteración de la infracción, que se detallan a continuación:

- A) **Apercibimiento.**
- B) **Multa entre 100.000 UI (cien mil unidades indexadas) y 4.000.000 UI (cuatro millones de unidades indexadas).**
- C) **Suspensión hasta por un año de la acreditación.**
- D) **Revocación de la acreditación.**

A pesar de no estar previsto expresamente, entendemos aplicables todas las disposiciones que regulan y consagran el debido procedimiento administrativo, a los efectos de permitir a los prestadores de servicios de certificación acreditados, a hacer sus descargos y a articular su defensa en forma previa al eventual acto administrativo del cual pudiera recaer una sanción.

Al disponer “...se graduarán en atención a la gravedad o reiteración de la infracción...” se recoge a texto expreso el principio de proporcionalidad, en tanto debida y necesaria correspondencia entre la falta y la sanción, previendo la reiteración como una circunstancia que pudiera agravar la sanción.

lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 18.996 “...La presente ley regirá a partir del 1° de enero de 2013, excepto en aquellas disposiciones que en forma expresa establezcan otra fecha de vigencia...”.

Las sanciones podrán aplicarse independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso.

Las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias de acuerdo a lo previsto en esta ley, constituyen título ejecutivo a todos sus efectos.

C. Consejo Ejecutivo de la Unidad de Certificación Electrónica

La Unidad de Certificación Electrónica estará dirigida por **un Consejo Ejecutivo** integrado por tres miembros: el Director Ejecutivo de AGESIC y dos miembros designados por el Poder Ejecutivo entre personas que, por sus antecedentes personales, profesionales y de conocimiento en la materia, aseguren independencia de criterio, eficiencia, objetividad e imparcialidad en el desempeño de su cargo.

Dichos miembros durarán cuatro años en sus cargos, pudiendo ser designados nuevamente. Sólo cesarán por la expiración de su mandato y designación de su sucesor o por su remoción dispuesta por el Poder Ejecutivo en los casos de ineptitud, omisión o delito, conforme a las garantías del debido proceso.

La Presidencia de la Unidad de Certificación Electrónica será ejercida en forma rotativa por períodos anuales entre los integrantes del Consejo Ejecutivo -a excepción del Director Ejecutivo de la AGESIC- y tendrá a su cargo la representación de la misma y la ejecución de las actividades necesarias para el cumplimiento de sus resoluciones.

La dirección técnica y administrativa de la UCE será ejercida por un Consejo Ejecutivo integrado por tres miembros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Ley que se reglamenta.

La Presidencia de la UCE será rotativa anualmente entre los integrantes del Consejo Ejecutivo, a excepción del Director Ejecutivo de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC). En ausencia temporal del Presidente de la UCE, la Presidencia será ejercida en forma interina por el restante miembro nombrado por el Poder Ejecutivo⁴⁵.

*D. Consejo Consultivo de la Unidad
de Certificación Electrónica*

El **Consejo Ejecutivo de la Unidad de Certificación Electrónica** (artículo 13° de la Ley N° 18.600) funcionará asistido por un **Consejo Consultivo** que estará integrado por el Presidente de la Unidad de Certificación Electrónica, que lo presidirá, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente del Banco Central del Uruguay, el Rector de la Universidad de la República, el Presidente de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones y el Presidente de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay, o quienes ellos designen como sus representantes.

Sesionará a convocatoria del Presidente de la Unidad de Certificación Electrónica o de la mayoría absoluta de los miembros del Consejo Consultivo.

Podrá ser consultado por el Consejo Ejecutivo sobre cualquier aspecto de su competencia y lo será preceptivamente por éste cuando ejerza potestades de reglamentación, sin que sus pronunciamientos tengan carácter vinculante.

En cuanto a su funcionamiento, el Consejo Consultivo será convocado por el Consejo Ejecutivo, con una antelación mínima de cinco días hábiles y sesionará con una mayoría simple de sus integrantes.

⁴⁵ Decreto N° 436/011, de 8 de diciembre de 2011; artículo 3°.

Habiendo quórum para sesionar, el Presidente del Consejo Ejecutivo declarará abierta la sesión, disponiendo leer el acta o actas anteriores correlativas si las hubiera. De todo lo actuado por el Consejo Consultivo se dejará constancia en acta, la que una vez aprobada será firmada por los asistentes⁴⁶.

Las decisiones se tomarán por mayoría de sus miembros. El Presidente del Consejo Ejecutivo tiene voz pero no voto⁴⁷.

2. Autoridad Certificadora Raíz Nacional

La **Autoridad Certificadora Raíz Nacional** (artículo 15º de la Ley N° 18.600) es la primera autoridad de la cadena de certificación a la cual le compete emitir, distribuir, revocar y administrar los certificados de los prestadores de servicios de certificación acreditados⁴⁸.

La operación de la Autoridad Certificadora Raíz Nacional (ACRN) es realizada por AGESIC⁴⁹.

La ACRN es la raíz de la cadena de confianza.

Su certificado es autofirmado y aceptado expresamente por los terceros que establecen confianza en la PKI Uruguay⁵⁰.

A través de la ACRN, AGESIC habilita tecnológicamente la operación de los Prestadores de Servicios de Certificación Acreditados (PSCA) emitiendo certificados electrónicos para sus Autoridades Certificadoras (ACPA – Autoridad Certifica-

46 Decreto N° 436/011, de 8 de diciembre de 2011; artículo 7º.

47 Decreto N° 436/011, de 8 de diciembre de 2011; artículo 8º.

48 Sitio Web de la Unidad de Certificación Electrónica (UCE): <http://uce.gub.uy>

49 Sitio Web de la Unidad de Certificación Electrónica (UCE): <http://uce.gub.uy>

50 Sitio Web de la Unidad de Certificación Electrónica (UCE): <http://uce.gub.uy>

dora del Prestador Acreditado). De esta forma, las ACPA pasan a ser parte de la cadena de confianza de la PKI Uruguay⁵¹.

Los certificados emitidos por la ACRN y dirigidos a las ACPA se rigen por la presente Política de Certificación y por la Declaración de Prácticas de Certificación de la ACRN. Por lo tanto, las ACPA y los Terceros aceptantes de dichos certificados cuentan con el respaldo de PKI Uruguay para las operaciones de firma electrónica que correspondan⁵².

3. Registro de Prestadores de Servicios de Confianza

Créase en la Unidad de Certificación Electrónica el *Registro de Prestadores de Servicios de Confianza* (artículo 31° de la Ley N° 18.600).

A estos prestadores les compete prestar servicios de confianza que brinden seguridad jurídica a los hechos, actos y negocios realizados o registrados por medios electrónicos, entre ellos, la creación, verificación y validación de firmas electrónicas avanzadas con custodia centralizada, la identificación digital y el sellado de tiempo, debiendo cumplir con las siguientes obligaciones específicas:

- A) Custodiar diligentemente la clave del firmante o signatario y asegurar los medios para su generación, protección y destrucción.
- B) Establecer mecanismos seguros para realizar firmas electrónicas por orden del firmante o signatario de acuerdo con lo que determine la Unidad de Certificación Electrónica.

51 Sitio Web de la Unidad de Certificación Electrónica (UCE): <http://uce.gub.uy>

52 Sitio Web de la Unidad de Certificación Electrónica (UCE): <http://uce.gub.uy>

C) Disponer de mecanismos seguros para el registro y autenticación de personas para su identificación digital.

Los prestadores de servicios de confianza deberán cumplir con el procedimiento de acreditación y con las políticas determinadas por la Unidad de Certificación Electrónica⁵³.

La firma electrónica avanzada con custodia centralizada (artículo 32º de la Ley N° 18.600) realizada a través de un Prestador de Servicios de Confianza, si cumple con todos los requisitos legales tendrá la misma validez y eficacia jurídica que la firma electrónica avanzada⁵⁴.

La Unidad de Certificación Electrónica (artículo 33º de la Ley N° 18.600) definirá los niveles de seguridad que proporcionen a la identificación digital el mismo valor y efecto jurídicos que la identificación presencial⁵⁵.

VIII. RECEPCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TCA

Sostiene **DELPIAZZO** que es perfectamente posible que determinados tipos de actos administrativos puedan ser dictados por el computador como “*nuevo funcionario*”, en la medida en que sean programables o que la información contenida en la base de conocimientos de un sistema experto contenga la previsión de los supuestos necesarios para su aplicación en el caso concreto⁵⁶.

53 Agregado por el artículo 28 de la Ley N° 19.535 de 25 de setiembre de 2017, reglamentado por el Decreto N° 70/018 de 19 de marzo de 2018.

54 Agregado por el artículo 28 de la Ley N° 19.535 de 25 de setiembre de 2017, reglamentado por el Decreto N° 70/018 de 19 de marzo de 2018.

55 Agregado por el artículo 28 de la Ley N° 19.535 de 25 de setiembre de 2017, reglamentado por el Decreto N° 70/018 de 19 de marzo de 2018.

56 **DELPIAZZO, C. E. (2010)**. Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 104.

Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁵⁷ de nuestro país al analizar el sistema informático vigente en el ámbito aduanero y considerar que, *“cuando la liquidación de las obligaciones surge de criterios adoptados por la Administración y vertidos al software”, “a través del referido software -ya sea para liquidar una operación o para impedirla- se materializa un acto particular o subjetivo de la Administración”*⁵⁸.

En términos más explícitos, sostuvo esa alta Corporación que *“...Este sistema informático aplica en forma automática el régimen tributario aduanero que corresponde a la operación, el cual ha sido previamente determinado por la Dirección Nacional de Aduanas...”*.

“...En virtud de ello, no cabe duda alguna que, como correctísimamente afirma el Procurador del Estado, la liquidación de las obligaciones surge de criterios generalmente adoptados por la Administración y vertidos en el referido software, lo cual lleva a concluir que en definitiva el programa informático contiene unos criterios que constituyen una expresión de voluntad unilateral de la Administración que produce efectos jurídicos...”.

*“...Precisamente, cuando dicho acto regla indeterminado se aplica a un trámite de importación concreto, se materializa por medio de un acto particular (subjetivo), el cual deviene impugnabile en virtud de lo establecido en el art. 60 del decreto ley N° 15.524...”*⁵⁹.

57 Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 161 de 10 de junio de 2008.

58 **DELPIAZZO, C. E. (2010).** Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 104.

59 **DELPIAZZO, C. E. (2010).** Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico..., p. 104.

IX. APRECIACIONES FINALES

El Derecho Administrativo no se enfrenta a una evolución, sino a una disrupción absoluta con lo hecho y ofrecido hasta ahora.

La incorporación por la Administración de las nuevas tecnologías (*Información y Comunicaciones*) ha provocado un verdadero “tsunami” en los institutos clásicos y constitutivos del Derecho Administrativo, en sus cimientos, impactando de lleno en los paradigmas tradicionales de la relación Administración-Ciudadanía, que ha cambiado para siempre.

No tenemos dudas en afirmar que la relación clásica y tradicional entre Administración y Ciudadanía ha cambiado para siempre y en forma abrupta, sin retorno, y aquí finca el gran desafío para el nuevo Derecho Administrativo de hoy y de los años venideros.

Una nueva Ciudadanía más participativa, más hiperconectada e hiperinformada a través de las nuevas tecnologías y las comunicaciones impone nuevos desafíos y nuevas exigencias no sólo al Derecho Administrativo de siempre, sino a todo el Derecho.

Sin perjuicio de todo lo cual, la tradicional servicialidad administrativa centrada en la persona humana debe mantenerse más vigente que nunca.

En este punto no se puede ceder ni un sólo casillero.

No podemos dejar de señalar que, debe prestarse especial atención al cuidado y a la gestión y a la manipulación adecuada de los datos personales, -*datos personales críticos y sensibles*- que van a impregnar estos nuevos procedimientos administrativos electrónicos, con multiplicidad de claves, contraseñas, permisos y especialmente en lo referido a las firmas electrónicas.

cas que deberán estar sometidas a rigurosos protocolos de control y de seguridad de la información.

Y por último, para que el cambio tecnológico sea asumido y no sufrido por la Administración y también por la Sociedad –como ya lo hemos señalado– no sólo se requiere una adecuación del Derecho a la nueva realidad emergente, como bien apunta DELPIAZZO, sino además *una fuerte e inexorable capacitación e inducción* a los funcionarios públicos que forman parte de la Administración, que serán quienes manejen y asuman este nuevo lenguaje y se adapten –o no– de la mejor forma posible a esta nueva realidad que llegó para quedarse.

Desde el punto de vista de la Administración, no prestar atención –o, lo que es peor aún, desatender– los impactos de estas transformaciones en las culturas organizacionales de las Administraciones Públicas será un grave error, que repercutirá directamente en los resultados esperados con la aplicación de las nuevas tecnologías.

Mejora de la gestión, prestación de servicios más efectivos, eficientes y transparentes sin límites ni fronteras, deben ser los ejes irrenunciables.

Aquí está el gran desafío para el Derecho Administrativo y para el Derecho Todo.

X. BIBLIOGRAFÍA

CORREA FREITAS, R. (1998). Principios del procedimiento administrativo electrónico: Decreto del Poder Ejecutivo N°65/998 de 10/03/98. En: *Ponencias*. (pp.755-768). Montevideo: IMPO. Presentado en 6º Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo: 4-8 mayo 1998)

- DELPIAZZO, C. E. (2018).** Licitación electrónica. En: *Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica II*. (pp.229-251). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- DELPIAZZO, C. E. (2014).** Procedimientos administrativos y nuevas tecnologías: A propósito de su nuevo marco normativo. *Estudios de Derecho Administrativo*, (10), 49-72.
- DELPIAZZO, C. E. (2013).** Nuevamente sobre la automatización de la actividad administrativa. En: *Nuevas tecnologías y justicia 2.0: Estudios en Homenaje al Prof. Dr. D. Valentín Carrascosa López*. (pp.247-277). Mérida: Parlamento de extremadura.
- DELPIAZZO, C. E. (2013).** El procedimiento administrativo en Uruguay. En: *Tratado jurisprudencial y doctrinario: actos y contratos de la administración*. (pp.311-336). Montevideo: La Ley Uruguay.
- DELPIAZZO, C. E. (2012).** Lo viejo y lo nuevo de la actuación administrativa a través del procedimiento administrativo electrónico. *Derecho Informático*, 13, 141-163. Presentado en 13a Jornadas Académicas del Instituto de Derecho Informático (Montevideo: 23-24 jul.2012).
- DELPIAZZO, C. E. (2011).** *Nuevos aspectos de las relaciones administrativas: En homenaje al Profesor Emérito Dr. José Aníbal Cagnoni*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Presentado en Semana Académica (Montevideo: 4-7 oct.2010)
- DELPIAZZO, C. E. (2010).** Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico. *Estudios de Derecho Administrativo*, (1), 79-108.
- DELPIAZZO, C. E. (1998).** Marco Legal de la Automatización de la Actividad Administrativa: El 'expediente electrónico'

en Uruguay. *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, (19-22), 699-720. Presentado en Jornadas Marco Legal y Deontológico de la Informática (Mérida: 16-20 set. 1997)

DELPIAZZO, C. E. (1998). Informatización del procedimiento administrativo común. En: *Ponencias*. (pp.769-779). Montevideo: IMPO. Presentado en 6º Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo: 4-8 mayo 1998).

DURÁN MARTÍNEZ, A. (2014). Procedimiento administrativo: concepto, regulación y tipos. En: *El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad*. (pp.11-32). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Presentado en Semana Académica (Montevideo: 23-26 set. 2013)

RIVERO ORTEGA, R. (2012). La necesaria innovación en las instituciones administrativas: organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

RIVERO ORTEGA, R. (1999). La renovación de las instituciones jurídico-administrativas: perspectivas del derecho administrativo español. *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n° 96, junio de 1999, p. 371.

ROTONDO TORNARÍA, F. (2012). Procedimiento administrativo electrónico, comunicaciones y notificaciones electrónicas. *Derecho Informático*, 13, 164-176. Presentado en 13a Jornadas Académicas del Instituto de Derecho Informático (Montevideo: 23-24 jul.2012).

SCHIAVI, P. (2017). Los servicios financieros a través de plataformas tecnológicas. *Estudios de Derecho Administrativo*, (16), 523-549.

LAS PONENCIAS DE FARÍAS MATA EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (1986-1990)

Gabriel Sira Santana¹

Resumen: *La colaboración reseña algunas de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa que, durante el período 1986-1990, contaron con ponencias del profesor Luis Henrique Farías Mata y abordaron temas como las potestades de la Administración Pública, la discrecionalidad administrativa, el acto administrativo, los procedimientos y recursos administrativos, la suspensión de efectos del acto administrativo, los contratos administrativos y el contencioso-administrativo.*

Palabras clave: *Jurisprudencia, discrecionalidad, acto administrativo, contratos administrativos.*

Summary: *This paper reviews some judgments from the Supreme Court of Justice in the Political-Administrative Chamber that, during the 1981-1985 period, were addressed by Professor Luis Henrique Farías Mata, in which topics such as the powers of the Public Administration, the administrative discretion, the administrative act, the procedures and administrative appeals, the suspension of the effects of the administrative act, public contracts and the contentious-administrative jurisdiction were discussed.*

Key words: *Jurisprudence, discretion, administrative act, public contracts.*

Recibido: 2 de enero de 2019 Aceptado: 30 de enero de 2020

¹ Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Adminis-

trativo de la UCV. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

SUMARIO

Introducción

- I. Potestad reglamentaria
- II. Discrecionalidad administrativa
- III. Acto administrativo
- IV. Procedimiento y recursos administrativos
- V. Suspensión de efectos del acto administrativo
- VI. Contratos administrativos
- VII. Contencioso-administrativo
- VIII. Tributos
- IX. Derecho de propiedad
- X. Atribuciones de los municipios

INTRODUCCIÓN

En el N° 15 de esta Revista, homenaje al profesor Luis Henrique Farías Mata, presentamos una recopilación sistemática de las ponencias de dicho Magistrado en la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (en lo sucesivo, SPA/CSJ) durante el período 1981-1985, con el objetivo de facilitar su consulta y constatar la relevancia de sus razonamientos. Lo anterior a pesar de que, como advirtiésemos en aquella ocasión, estos criterios no fuesen hoy invocados por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia al momento de decidir².

Hoy continuaremos la reseña que iniciáramos otrora y, en consecuencia, dedicaremos estas páginas a los *segundos cinco años* de Luis Henrique Farías Mata como Magistrado de la SPA/CSJ. Es decir, el período 1986-1990, restando los años 1991 a 1995 para un estudio posterior por razones de tiempo.

2 Véase *in extenso* Gabriel Sira Santana, "Las ponencias de Farías Mata en la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (1981-1985)", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 15, Universidad Monteávila, Caracas, 2018, pp. 397-438.

Como hicimos para el período 1981-1985 ya publicado, nuestra colaboración se basará en la “información jurisprudencial” compilada por Mary Ramos Fernández en los N° 25 a 44 de la Revista de Derecho Público de la Editorial Jurídica Venezolana (en lo sucesivo, RDP); hallándose en esta ocasión 79 sentencias que pueden clasificarse en los siguientes grupos, según desarrollaremos de seguida: (i) Potestad reglamentaria; (ii) Discrecionalidad administrativa; (iii) Acto administrativo; (iv) Procedimiento y recursos administrativos; (v) Suspensión de efectos del acto administrativo; (vi) Contratos administrativos; (vii) Contencioso-administrativo; (viii) Tributos; (ix) Derecho de propiedad; y (x) Atribuciones de los municipios.

I. POTESTAD REGLAMENTARIA

La potestad reglamentaria –como facultad de la Administración Pública para ejecutar, complementar o desarrollar la ley previa autorización del legislador, dada la imposibilidad de este último de regular con total precisión y detalle los supuestos de hecho que podrían materializarse en la práctica– fue objeto de estudio por parte del Magistrado Farías Mata en más de una ocasión, principalmente en cuanto a su relación con la ley y la reserva legal.

En este sentido indicó que, visto que “[h]a querido nuestro Constituyente (...) que la materia relativa a la libertad personal sea regulada a través de la forma más rigurosa posible, para salvaguardar así uno de los valores capitales del individuo dentro del Estado de Derecho”, el mismo “exige la estructuración de un sistema en el cual se fijen sólo a través de la ley formal tanto las obligaciones cuyo incumplimiento pueda ocasionar sanciones de esa naturaleza, como la definición y alcance preciso de la sanción misma, para contribuir así a reducir al máximo la arbitrariedad de los agentes públicos”, por lo que, en definitiva, “un acto normativo dictado por una autoridad ejecutiva no puede en forma alguna invadir válidamente

el campo de la reserva legal, pues ello equivaldría a desquiciar la totalidad del sistema jurídico sobre el cual, precisamente, se asienta el ejercicio del Poder Público a través de cualquiera de sus manifestaciones”³.

Este importante vínculo entre la reserva legal y las libertades individuales ya la había desarrollado Farías Mata un par de años antes al sostener que “la garantía de libertad y seguridad personales (...) constituye (...) una materia de reserva legal, en el sentido de que la facultad para el establecimiento de penas corporales sólo puede ejercerse a través de ley formal”, no siendo los actos de carácter sublegal el “instrumento jurídicamente idóneo para la creación de ilícitos (...) ni para el establecimiento de sanciones consistentes en penas de carácter corporal”, por ser esta “una materia que corresponde de manera exclusiva y excluyente a la ley” y que, en caso de ser ejercida por la Administración, “configuraría un vicio de usurpación de funciones, al ser invadido el ámbito que corresponde al legislador”⁴.

Con motivo de lo anterior, continuó el Magistrado en atención al caso que se le planteaba, al tener el libre tránsito “rango de derecho constitucionalmente garantizado y protegido (...) sólo un acto de carácter legislativo formal podría válidamente establecer límites al ejercicio de ese derecho, claro está, en razón de la necesaria disciplina que debe existir para organizar la actividad que despliega la colectividad, cuyo interés y voluntad se sobrepone legítimamente al querer individual”, no siendo concebible entonces “un acto de diferente naturaleza a aquel que constituye expresión legítima de la voluntad popular, pueda establecer limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho”⁵.

3 SPA/CSJ N° 14 del 24-01-1988 (RDP N° 33).

4 SPA/CSJ N° 292 del 10-11-1986 (RDP N° 28).

5 Ibíd. Nótese, sin embargo, que ello tampoco se traduce en que el legislador tenga libertad absoluta para regular ciertos derechos pues, como asentó el Magistrado en la sentencia SPA/CSJ N° 550 del 14-10-1990 (RDP N° 44),

No obstante, si bien el ejercicio de la potestad reglamentaria estaba –y está– limitado por la reserva legal, en palabras de Farías Mata ello no debía conducir a la “errónea concepción del reglamento como una ‘reproducción a escala de la ley’” visto que, en realidad, él “carece de sentido mientras no constituye un desarrollo de la ley que le sirve de base, con arreglo al espíritu, propósito y razón de la misma” –es decir, sin contradecir “su texto y su intención”– pudiendo incluso la Administración “dictar normas contentivas de requisitos no previstos en ella, pero sin establecer sanciones ni limitaciones a los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en el propio ordenamiento legal que desenvuelva”⁶.

Por último, en cuanto a esta potestad, el Magistrado precisó que “de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena”. Principio de irretroactividad que, “aun cuando aparece redactado referido únicamente a ‘disposiciones legislativas’ o leyes, ha sido aplicado por la jurisprudencia de esta Corte a los reglamentos (...) y aun a los actos administrativos de efectos particulares”⁷.

aun cuando la Constitución “remite al Legislador la regulación y concreción de la garantía, no deja en sus manos la esencia de la misma, pues eso sería desnaturalizar la consagración directa por nuestra Ley Fundamental de un conjunto de derechos (...) intangibles, y destruir de esta manera nuestro peculiar sistema constitucional en el que incluso cada juez (...) puede declarar, en un caso concreto, que ha de atenderse preferentemente a la exigencia que la propia Constitución consagra, y no a la contraria que una ley pretende imponer”.

6 CP/CSJ del 14-03-1988 (RDP N° 34).

7 SPA/CSJ N° 121 del 09-04-1987 (RDP N° 30). La cita alude a la Constitución de 1961 (Gaceta Oficial N° 662 Extraordinario del 23-01-1961), siendo que la disposición hoy la podemos encontrar en el artículo 24 de la Constitución de 1999 (Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999, reimpresa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000) según el cual “[n]inguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena”.

II. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

En la colaboración referida al período 1981-1985 vimos cómo el tema de la discrecionalidad administrativa fue objeto de una de las ponencias más relevantes del Magistrado Farías Mata: el caso Depositaria Judicial⁸.

Este tema fue abordado nuevamente por el Magistrado en diferentes ponencias de los años que ahora reseñamos, las cuales partieron de una idea concisa: “[e]l sistema de derecho se encuentra fundamentado en consideraciones de carácter objetivo, y el ejercicio de la autoridad, por tanto, no puede sobrepasar los límites que el orden jurídico le impone, ni aun so pretexto de lograr plausibles finalidades, distintas, en todo caso, de las concretas y fundamentalmente perseguidas por la norma base”⁹.

Es decir, que todo actuar de la Administración Pública –fuese *reglado* o *discrecional*– estaría circunscrito al marco dado por el legislador (principio de legalidad) y variaría únicamente la extensión de dicho marco o, en otras palabras, la intensidad de esa limitación.

Esto lo vemos con claridad en relación con la actividad de policía, respecto a la cual Farías Mata expuso –por ejemplo– que el control de ruidos molestos o nocivos debía ejercerse “con el mayor cuidado, con estricta sujeción a fundamentos de carácter técnico que permitan determinar claramente la existencia de condiciones susceptibles de ser penalizadas individualmente (...), pues en ello va comprometido el resguardo de la libertad

8 SPA/CSJ N° 205 del 02-11-1982 (RDP N° 12). Véase G. Sira S., *Las ponencias de Farías Mata...*, ob. cit., pp. 407-410.

9 SPA/CSJ N° 14 del 24-01-1988 (RDP N° 33). El fallo agregó que “[c]uando la norma legal escoge una opción dentro del ámbito de materias que le son propias, fija una base reguladora de la conducta a la cual se dirige, pero está señalando igualmente un límite a la actuación de los órganos administrativos, límite que no pueden éstos desconocer ni alterar, aun cuando consideren insuficientes o incompletas tales regulaciones”.

personal del administrado, garantizada por la Constitución y las leyes, y base del Estado democrático de derecho”¹⁰.

Así tenemos que como muestra de los actos administrativos *predominantemente reglados* Farías Mata ubicó a los de naturaleza registral, ya que el Registrador no tenía “facultad para apreciar la oportunidad o conveniencia de su proceder sino que debe limitarse a verificar en cada caso si se llenan los requisitos legalmente exigidos”, por lo que la actividad de este funcionario “no es, pues enteramente libre” y está “estrechamente condicionada por la Ley, la cual establece con precisión los criterios para determinar cuándo un documento debe, o no puede, ser protocolizado”¹¹.

En tanto, como ejemplo de actos administrativos *predominantemente discrecionales* encontraríamos el otorgamiento de permisos que “la Administración Pública puede acordar o no, con arreglo a razones de oportunidad o de conveniencia”, pero que, prosiguió el Magistrado, “a partir del momento en el que la administración acuerda el permiso (...), creándose de esta manera derechos a favor de los particulares, no puede hablarse de discrecionalidad en la ejecución del acto lícitamente emitido” y, por ende, “tal acto creador de derechos en favor de un particular no podía (...) ser objeto de revocación o modificación”¹².

Son justamente estos bemoles sobre la discrecionalidad y su relación con la legalidad los que elevaban al conocimiento de la SPA/CSJ pretensiones de la más variada naturaleza y que llevaron al Magistrado a afirmar que “[s]i en alguna materia ha avanzado el necesario control por el juez respecto de la actividad administrativa del Estado venezolano, ha sido justamente en este campo de la discrecionalidad”, como consecuencia de la “consolidación del Estado de Derecho –gracias al afianza-

10 SPA/CSJ N° 38 del 24-04-1986 (RDP N° 26).

11 SPA/CSJ N° 173 del 04-10-1986 (RDP N° 28).

12 SPA/CSJ N° 121 del 09-04-1987 (RDP N° 30).

miento del régimen democrático- y el desarrollo de la justicia a favor, especialmente, del particular, buscando preservar a éste de las arbitrariedades del poder público, producidas con ocasión, o so pretexto, del resguardo del interés general por la Administración”¹³; a lo que agregó -luego de un repaso de los principales fallos en la materia¹⁴- que:

[L]a posibilidad de revisión de los motivos de oportunidad o de conveniencia implícitos en la adopción de una decisión administrativa, aun predominantemente discrecional, es hoy día también patrimonio de la jurisprudencia venezolana, como lo ha sido en el Derecho Administrativo clásico extranjero a partir de 1953; eso sí, con la natural limitación de que, en señal de respeto al principio de la separación de poderes, no pueda pasar el juez a ocupar el lugar de la Administración emisora del acto. Pero sí le está permitido en cambio, (...) sin necesidad de sustituirse en aquélla, entrar a examinar la exactitud, veracidad y congruencia de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la decisión administrativa¹⁵.

Examen que, concluyó Farías Mata, consistía en “confrontar si ellos [los hechos] se corresponden o adecuan, en forma proporcional, a los que concretamente constituyen el supuesto de la norma correspondiente; y, también, si, al aplicar la consecuencia jurídica a ese supuesto de hecho, empleó la Administración, y además correctamente, el procedimiento asimismo adecuado para el caso”¹⁶.

13 SPA/CSJ N° 421 del 21-11-1988 (RDP N° 36).

14 Algunos de ellos ya citados en G. Sira S., *Las ponencias de Farías Mata...*, ob. cit.

15 SPA/CSJ N° 421 del 21-11-1988 (RDP N° 36).

16 *Ibíd.*

Lo anterior, en clara consonancia con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁷ (en lo sucesivo, LOPA) según el cual, “[a]un cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

III. ACTO ADMINISTRATIVO

A pesar de que no constatamos una definición del acto administrativo *en general* en las sentencias revisadas, Farías Mata sí proveyó un concepto del *acto administrativo constitutivo*, al calificarlo como aquel “que crea, modifica o extingue una situación jurídica”, tratándose “de una forma de intervención de la Administración en el ámbito jurídico de los particulares, fundamentada en que la ley concede potestades al órgano administrativo para producir efectos jurídicos aun en situaciones que afectan a otros individuos”, y, en consecuencia, “el acto administrativo –habilitado su autor por la norma–, obra como título legitimador de un derecho”¹⁸.

En tanto, por lo que respecta a los requisitos de validez del acto administrativo, el Magistrado evaluó el referido a la inexistencia de incompatibilidades por razones de parentesco e indicó que debe tenerse presente que tal vínculo puede ser previo o sobrevenido, debiendo consultarse la ley que lo contempla a fin de determinar si se sanciona solo el primer supuesto (caso del artículo 123 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional¹⁹) o también el segundo (caso del artículo 6

17 Publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

18 SPA/CSJ N° 105 del 24-03-1987 (RDP N° 30).

19 Publicada en Gaceta Oficial N° 1.660 Extraordinario del 21-06-1974. El artículo hoy derogado preveía que “[n]o podrán ser empleados de una misma Oficina de Hacienda los cónyuges ni las personas unidas por parentesco

de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia²⁰, en lo sucesivo LOCSJ) y sus consecuencias²¹; y en todo caso, había de tenerse presente que “la incompatibilidad (...) afecta, de manera idéntica y simultánea, a todos los sujetos que se encuentren en la circunstancia de hecho prevista por la norma” pues, “[e]n principio, de existir los vínculos previstos, quedarían todos afectados de igual manera por la incompatibilidad consagrada legalmente, sin importar la antigüedad que puedan ostentar”²².

Aunados a estos razonamientos –si se quiere, puntuales– sobre el acto administrativo, hay otros tantos que consideramos relevante recordar y que, como hicimos en la colaboración anterior, dividiremos en dos grandes bloques: el primero de ellos sobre la *presunción de legitimidad* del acto administrativo y el segundo sobre su motivación. A ellos nos referiremos de seguida.

de consanguinidad en la línea recta, ni en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, ni de afinidad en la línea recta ni en la colateral en el segundo grado, también inclusive”.

20 Publicada en Gaceta Oficial N° 1.893 Extraordinario del 30-07-1976. El artículo hoy derogado establecía que “[n]o podrán ser simultáneamente Magistrados de la Corte quienes estén unidos entre sí por matrimonio, adopción o parentesco en línea recta o en la colateral dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. // Cuando el Congreso elija a una persona vinculada por un nexo de los aquí señalados con uno de los Magistrados en ejercicio del cargo, tal designación será nula de pleno derecho y se procederá a la elección de nuevo Magistrado. // De producirse la situación prevista en este artículo entre Magistrados que estén ejerciendo el cargo, la Corte designará cuál de ellos ha de ser sustituido, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

21 El Magistrado expuso que, de acuerdo con la norma que previese la incompatibilidad, podía generarse la nulidad absoluta de la nueva designación o su eventual convalidación a través de un acto que hiciese cesar la incompatibilidad, como podría ser la sustitución o transferencia de uno de los funcionarios.

22 SPA/CSJ N° 332 del 09-11-1989 (RDP N° 40).

1. Presunción de legitimidad

En relación con esta *presunción* –hoy debatida por un importante sector del foro, según dijésemos otrora²³– encontramos que Farías Mata partió de la premisa según la cual la Administración Pública “[d]ispone (...) de poderes conforme a los cuales puede modificar unilateralmente las situaciones jurídicas de los administrados sin necesidad de acudir al juez; en estos casos no emite aquélla simples pretensiones, sino que adopta verdaderas decisiones”, lo que “[e]s sin duda un privilegio del que carecen los particulares, quienes –por indiscutibles que sean sus derechos– no pueden imponerlos por sí mismos, sino a través de los órganos judiciales”²⁴.

¿Por qué ocurre esto? Pues, responde el Magistrado, porque “el acto jurídico al dictarse se presume legítimo y, amparado por la presunción de legalidad que lo acompaña desde su nacimiento, se tiene por válido y producto de su natural eficacia jurídica”, por lo que “[p]uede afirmarse entonces que el acto administrativo desde que existe tiene fuerza obligatoria y debe cumplirse a partir del momento en que es definitivo, es decir, en tanto resuelva el fondo del asunto”²⁵.

Y el asunto no queda allí ya que, adicionalmente, “la Administración (...) tiene –cuando los actos, de suyo ejecutivos, impongan deberes o limitaciones–, la posibilidad de actuar aun en contra de la voluntad de los administrados, y sin necesidad de obtener previamente una declaración judicial al respecto”; atributo denominado por el foro como *ejecutoriedad* de los actos administrativos (en contraposición al explicado en párrafo anterior al que se le llama *ejecutividad*) que, en todo caso, “ha sido fundamentado en la presunción *iuris tantum*, de legalidad que los acompaña y en la necesidad de que se cumplan sin dilación los intereses públicos que persigue la Administración,

23 G. Sira S., *Las ponencias de Farías Mata...*, ob. cit., p. 412.

24 SPA/CSJ N° 105 del 24-03-1987 (RDP N° 30).

25 *Ibíd.*

cuyo logro no puede ser entorpecido por la actuación de los particulares”²⁶.

De este modo, gracias a las manifestaciones de la *presunción* comentada, el Magistrado desprendió como consecuencias de la misma que (i) la “interposición de recursos contra los actos administrativos no suspende la ejecución de los mismos, así éstos no hayan alcanzado todavía firmeza” y (ii) “la facultad que se le reconoce a la Administración de ejecutar por sí misma, materialmente, los derechos que de tales actos derivan –aun enfrentándose a la resistencia del obligado–, sin necesidad para lograrlo de acudir a la intervención de los tribunales”, debiendo tal ejecución forzosa ocurrir “a través de los medios que a tal efecto establezca la ley”²⁷.

2. Motivación

La motivación del acto administrativo fue estudiada con frecuencia por el Magistrado en el período 1986-1990, hallándose diversos fallos en los que destaca su relevancia y, en consecuencia, los vicios que origina su falta, si bien la LOPA dejó “desterrada la figura de la inexistencia”²⁸ y algunos errores en la motivación –como podrían ser, por ejemplo, las fechas– no

26 Ibid.

27 Ibid. Estas conclusiones estarían consagradas –a su vez– en los artículos 87 y 79 de la LOPA según los cuales “[l]a interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario. // El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que consideren suficiente. El funcionario será responsable por la insuficiencia de la caución aceptada” y “[l]a ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”, respectivamente.

28 SPA/CSJ N° 209 del 12-10-1986 (RDP N° 28).

constituían “vicio de ilegalidad sino un simple error material subsanable”²⁹.

De este modo tenemos que Farías Mata explicó que “[l]a existencia de motivos tanto de hecho como de derecho, y la adecuada expresión de los mismos, se constituye en elemento esencial de la noción de acto administrativo”, ya que “[e]l ejercicio de las potestades administrativas envuelve asimismo un poder-deber circunscrito a la ocurrencia de las circunstancias de hecho previstas en las normas como supuesto válido de actuación”, por lo que “decidir sobre hechos inexistentes, o indebidamente apreciados, vicia la esencia misma del acto dictado, afectando directamente su causa o motivo, e indirectamente la propia competencia del órgano, al pretender éste presentar un falso supuesto de hecho con miras a atribuirle las consecuencias jurídicas que están previstas en la norma sólo para supuestos exactos”. A lo que agregó que “la correcta expresión de los motivos o circunstancias de hecho apreciados, así como los dispositivos legales que sirven de base a la decisión adoptada, es lo que en definitiva puede permitir un adecuado control de su ajuste al derecho y con ello la plena y absoluta vigencia del principio de legalidad”³⁰.

Esta idea la retomó en otra ponencia del mismo día al precisar que “[l]a correcta apreciación de los hechos que fundamentan las decisiones administrativas constituye un factor esencial para la legalidad y corrección de las mismas, y consecuentemente un medio adecuado para poder verificar su control judicial con miras al mantenimiento de tales fines”³¹.

29 SPA/CSJ N° 103 del 30-06-1986 (RDP N° 27). Téngase presente el artículo 84 de la LOPA de acuerdo con el cual “[l]a administración podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos”.

30 SPA/CSJ N° 204 del 09-06-1988 (RDP N° 35).

31 SPA/CSJ N° 205 del 09-06-1988 (RDP N° 35).

Así, continuó el Magistrado, “constituye ilegalidad el que los órganos administrativos apliquen las facultades que ejercen, a supuestos distintos de los expresamente previstos por las normas, o que distorsionen la real ocurrencia de los hechos o el debido alcance de las disposiciones legales, para tratar de lograr determinados efectos sobre la base de realidades distintas a las existentes o a las acreditadas en el respectivo expediente administrativo”, ya que ello “afecta la validez del acto así formado, que será entonces una decisión basada en falso supuesto, con lo cual se vicia la voluntad del órgano, y se produce igualmente, además, incompetencia, al haber procedido a actuar la Administración sobre una hipótesis para la cual no tiene atribuida facultad de decisión”. Por todo ello, “con la finalidad de lograr el más severo control de la legalidad de los actos, se exige que sean expresados los motivos que les sirven de fundamento”³².

Vista ya la relevancia del tema que nos ocupa, nos quedaría por resolver cuándo habría motivación y cuándo no. Esta respuesta es ofrecida por Farías Mata quien –con base en la jurisprudencia de la Sala– sostuvo que “el acto administrativo que describa, aunque sea brevemente, las razones que sirvieran para apreciar los hechos, debe considerarse motivado, por cuanto la parte afectada ha podido ejercer a plenitud la defensa de sus pretensiones y permite también que este tribunal ejerza el control jurisdiccional de la legalidad del acto”³³.

Lo anterior, visto que “la motivación que supone toda resolución administrativa no consiste necesariamente en el hecho de expresar dentro del texto que la contenga una exposición analítica, o en manifestar, de una manera extensa y obligato-

32 Ibíd. Recuérdese que esta exigencia no es meramente jurisprudencial pues la LOPA la incorpora en su artículo 9 que reza “[l]os actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite o salvo disposición expresa de la ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto”.

33 SPA/CSJ N° 56 del 11-02-1988 (RDP N° 33).

riamente discriminada, los datos o razones sobre las cuales puede considerarse fundamentada si ha sido expedida en base a hechos, datos o cifras específicas que consten al menos de manera expresa en el expediente”³⁴. Idea que complementaría algunos meses después al argüir que:

(...) entendida la motivación del acto administrativo como la expresión formal de los motivos o causa del acto, no puede llegarse al extremo de admitir, a los fines de establecer si determinado acto está o no motivado, que el hecho de que el contribuyente haya podido defenderse, pueda suplantarse en forma tan absoluta la obligación legalmente impuesta de motivar el acto administrativo, pues lo que debe dilucidarse en definitiva es si efectivamente se encuentran expresados formalmente los motivos o causas del acto; y solamente en caso de que a esa conclusión se llegare, puede considerarse motivado el acto³⁵.

De no haber esa correcta expresión formal de motivos, podríamos estar entonces frente a (i) la inmotivación, que “constituye vicio en los fundamentos del acto” y “consiste en la ausencia absoluta de motivación, mas no aquella que contenga los elementos principales –aunque no todos ellos– del asunto debatido, y su principal fundamento legal, modo de garantizar al interesado que pueda conocer el juicio que sirvió de fundamento al funcionario para decidir cómo decidió, y cuáles fueron sus razonamientos”³⁶, o (ii) el falso supuesto, que, como “vicio en la causa”, ocurre cuando un acto administrativo se apoya en “la inexistencia de tales condiciones de hecho o la apreciación indebida o inexacta de las mismas por parte de la autoridad, la simple duda acerca de la autenticidad de los hechos” que “produce un acto carente de base fáctica de susten-

34 Ibid.

35 SPA/CSJ N° 269 del 02-08-1988 (RDP N° 36).

36 SPA/CSJ N° 112 del 15-03-1990 (RDP N° 42).

tación o dirigido a presentar como cierta una situación dudosa o inexistente”³⁷.

Y la misma contrariedad a derecho ocurriría de tratarse de la mera alusión a un concepto jurídico indeterminado ya que él “exige su concreción para poder aplicar la norma por medio de un acto administrativo” y “esta disposición por sí sola no puede constituir un motivo válido para fundamentar un acto administrativo”³⁸.

IV. PROCEDIMIENTO Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS

En materia de procedimientos el Magistrado Farías Mata recordó que la LOPA “además de establecer un procedimiento general para la configuración de los actos administrativos, prevé la aplicación preferente de procedimientos especiales establecidos por Ley, los cuales prevalecen en las materias que constituyen la especialidad”, a pesar de que “lo recomendable resulta el orientar la práctica procedimental de aquellos órganos administrativos que tengan a su cargo la imposición de

37 SPA/CSJ N° 38 del 24-04-1986 (RDP N° 26). Nótese que este vicio solo originaría la nulidad absoluta del acto de darse el caso previsto en el numeral 2 del artículo 19 de la LOPA –es decir, “[c]uando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley”– de acuerdo con lo dicho por el Magistrado en SPA/CSJ N° 421 del 21-11-1988 (RDP N° 36). Asimismo, un ejemplo de este vicio lo encontramos cuando se equiparó la pensión de vejez a la jubilación cuando lo cierto es que, tal como expuso Farías Mata en SPA/CSJ N° 357 del 27-07-1987 (RDP N° 30) con base en los precedentes de la Sala, “la pensión de vejez, por consistir en la capitalización del ahorro del trabajador mediante aportes periódicos, no puede ser incompatible con el disfrute del beneficio de jubilación, originado, por su parte, en los años de servicio”, por lo que, agregó el Magistrado, existe una “compatibilidad que no implica solamente el carácter nominal o formal que acompañe o sirva de base para la erogación, sino, lo que es más importante, la percepción efectiva de la totalidad de los montos a los cuales se tiene derecho legítimamente”.

38 SPA/CSJ N° 269 del 02-08-1988 (RDP N° 36).

multas hacia una uniformidad destinada a garantizarle certidumbre jurídica al administrado³⁹.

Dicho esto se tiene que si bien hay algunas menciones puntuales a cuestiones de índole procedimental como sería la notificación⁴⁰ o la impugnación de las decisiones del jerarca⁴¹, hemos de dirigir el foco de nuestra atención al silencio administrativo que contó con cierto protagonismo en el período que estudiamos.

En este sentido, en relación con el silencio administrativo el Magistrado apuntó que “[a]nte la ausencia de pronunciamiento expreso de la Administración, la propia norma legal (...) ha optado por dotar –transcurrido un determinado plazo– efecto jurídico preciso al silencio de la Administración dentro de los procedimientos administrativos, confiriéndole valor procesal al considerarlo como respuesta negativa, con el objeto de permitir de esta manera al interesado la opción de acudir a la instancia correspondiente en resguardo de sus derechos e intereses”, si bien ello, de acuerdo con el artículo 4 de la LOPA, “no exime a la Administración de dictar un pronunciamiento expreso debidamente fundado”⁴².

39 SPA/CSJ N° 112 del 15-03-1990 (RDP N° 42). La reflexión parte del artículo 47 de la ley, según el cual “[l]os procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo en las materias que constituyan la especialidad”.

40 SPA/CSJ N° 199 del 08-08-1989 (RDP N° 39). La sentencia indica que la eficacia de un acto administrativo de los llamados de *efectos individuales* “está supeditada a la notificación el mismo”, correspondiéndole a la Administración probar que ello ocurrió si el particular lo niega.

41 SPA/CSJ N° 325 del 13-11-1986 (RDP N° 28). La sentencia advierte que cuando el “superior jerárquico decide un recurso administrativo está ejerciendo atribuciones que le son propias y, al ejercerlas, los recursos que contra sus decisiones pueden intentarse deben considerarse como emanadas de él, independientemente de que hayan tenido su origen en un órgano que le es subordinado”.

42 SPA/CSJ N° 146 del 05-05-1988 (RDP N° 34). El artículo citado reza “[e]n los casos en que un órgano de la administración pública no resuelve un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará

No obstante lo anterior, advirtió que “limitada como se encuentra, en general, la competencia del juez en lo contencioso a la anulación del acto administrativo contrario a derecho (...), en el caso de silencio de la Administración (...) sólo puede el juzgador entrar a conocer de una acción fundamentada en ese silencio, cuando el mismo se ha dado precisa y solamente respecto de la no resolución del correspondiente recurso administrativo”, visto que una “decisión creadora” por parte del juez contencioso que supliese el silencio y el acto no emitido por la Administración, no podría darse “sin violar el principio de separación de poderes”⁴³.

De este modo, “el silencio de la Administración en la resolución de un recurso administrativo, deja abierta al interesado la vía contencioso-administrativa”, en el entendido que “la oportuna respuesta de la Administración al peticionario (...) ha sido arbitrada por el legislador –y así lo ha entendido la Sala (...)– como una garantía adicional del derecho de defensa, en el sentido de que se le ha instaurado para evitar que el silencio, abstención u omisión de la administración en la oportuna respuesta, pudiera dejar al particular inerme ante la arbitrariedad administrativa”⁴⁴.

Es justamente ese carácter de *garantía adicional* el que permite –de acuerdo con los precedentes de la Sala que Farías Mata reafirma– que “interpuesto el contencioso con base en el silencio, si la Administración decide el recurso administrativo luego de vencido el lapso especialmente previsto por la norma, nada obsta a que el interesado pueda acudir al contencioso pertinente”, ya que “sostener lo contrario enervaría (...) el derecho de defensa del administrado pues, frente a los argumentos

que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus personeros, de las responsabilidades que le sean imputables por la omisión o la demora”.

43 Ibid.

44 SPA/CSJ N° 178 del 23-05-1988 (RDP N° 35).

e imputaciones que pudiere contener la resolución expresa del recurso, quedaría él sin posibilidad de refutarlos ante el órgano jurisdiccional competente”, por un lado, y, por el otro, obviaría que “el silencio administrativo opera como un beneficio procesal para el administrado y no como una obligación o carga que le pueda hacer perder su derecho de recurrir contra el acto administrativo que cause estado, o que pueda tener el efecto de hacer precluir la posibilidad de una decisión administrativa”⁴⁵.

V. SUSPENSIÓN DE EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Continuando con nuestra reseña, sobre la suspensión de efectos del acto administrativo las conclusiones del Magistrado –como no podía ser de otra forma– dependieron del caso concreto, si bien recalcó que ella solo procedía de haber “circunstancias de irreparabilidad”⁴⁶, en el entendido que “esta medida excepcional, sólo es aplicable para evitar que la ejecución del acto administrativo produzca un perjuicio de tal naturaleza al administrado, que sea imposible repararlo si posteriormente es anulado, o cuando sean muy difíciles de reparar por la sentencia definitiva los daños que puedan resultar de dicha ejecución”, sea que tal valoración “corresponde al órgano jurisdiccional” que debía tener presente que “aun cuando los perjuicios invocados sean ciertos, tal circunstancia no implica sin embargo la irreparabilidad o la dificultad de reparación de tales daños”⁴⁷.

De este modo, la suspensión se acordó por ejemplo en el caso de la declaratoria de caducidad de una concesión a fin de

45 SPA/CSJ N° 277 del 09-08-1988 (RDP N° 36). El Magistrado añadió que, de darse la respuesta de la Administración, las actuaciones judiciales del particular en contra del silencio habrían perdido relevancia visto que, resuelto el asunto, lo “intentado por silencio pierde sentido, en cuanto el expreso difiera del acto precisamente recurrido (...) y a este respecto el órgano jurisdiccional no tiene materia sobre la cual decidir”.

46 SPA/CSJ N° 302 del 09-11-1989 (RDP N° 40).

47 SPA/CSJ N° 390 del 19-07-1990 (RDP N° 43).

evitar que la Administración la otorgara a un tercero⁴⁸ pero se negó en aquellos casos donde un pronunciamiento sobre la suspensión solicitada “no podría hacerse sin decidir, al propio tiempo, el fondo del asunto, adelantándose de esta manera, por la vía de un pronunciamiento previo, la sentencia definitiva sin que, con antelación, se hubiere dado cumplimiento a los trámites del proceso, pruebas incluidas, que deban conducir a aquélla”⁴⁹, o cuando el particular no lograba demostrar que “la cancelación inmediata de la multa lesione de tal manera el patrimonio del afectado, que llegue a hacer difícil o imposible lograr la reparación –por la definitiva– del daño causado”⁵⁰.

VI. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Así como en el período que motivó nuestra anterior colaboración la sentencia más relevante era la que versaba sobre la discrecionalidad administrativa, consideramos que en este lo es la dedicada al estudio de la teoría del contrato administrativo, definido como “el producto de una lenta evolución jurisprudencial de este alto Tribunal (...) recogida y reelaborada luego por nuestra doctrina jurídico-pública”⁵¹.

Al respecto, en esta ponencia Farías Mata hizo diferentes precisiones entre las que destacamos las siguientes:

Primero, que “[l]a originalidad revelada por la jurisprudencia venezolana (...) estuvo en que –apartándose del criterio imperante entonces en Francia de la monopólica transcendencia de las cláusulas exorbitantes para identificar los contratos de naturaleza administrativa– centró la teoría del contrato administrativo en la noción (...) del servicio público como factor clave

48 SPA/CSJ del 11-12-1986 (RDP N° 29).

49 SPA/CSJ N° 397 del 16-12-1986 (RDP N° 29).

50 SPA/CSJ del 29-09-1988 (RDP N° 36).

51 SPA/CSJ N° 54 del 01-04-1986 (RDP N° 26).

en la identificación de dichos contratos”, debiendo entenderse este servicio “en sentido amplio”⁵².

Segundo, que es “una constante del contrato administrativo la presencia en él del órgano administrativo que contrata”, por lo que la definición está dotada de un carácter subjetivo.

Tercero, que las cláusulas exorbitantes son un efecto y no la causa del servicio público que origina los contratos de este tipo, traduciéndose estas –de acuerdo con los precedentes judiciales y aportes doctrinales que el Magistrado citó– en la manifestación de voluntad de la Administración y del particular de “sustraerse al derecho común insertando en la respectiva convención cláusulas que lo deroguen” y que “consagran en el convenio un tratamiento excepcional para la Administración, que puede ser no sólo a favor, sino también en contra, de ella, justificado siempre ese régimen especial por los requerimientos del servicio público”.

Y cuarto, que de acuerdo con los artículos 183 y 42.14 de la LOCSJ, la SPA/CSJ era el tribunal competente para conocer de cualquier causa que versara sobre los contratos administrativos, siendo competencia de la jurisdicción común los contratos suscritos entre entes públicos y particulares que no estuviesen catalogados como contratos administrativos en virtud de las características a las que hicimos referencia⁵³.

52 Para explicar la noción, el Magistrado trajo a colación los dichos de Lares Martínez y Garrido Falla para quienes este se traduce en “una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general” –en el caso del primero– o aquellas donde “el interés público esté, en cierta manera, directamente implicado”, estando tal interés en juego “siempre que la Administración contrata sobre un objeto que le está atribuido como competencia propia por el ordenamiento vigente que le concede simultáneamente poderes de ejecución”, en el caso del segundo.

53 Téngase como ejemplo de este tema el fallo SPA/CSJ N° 99 del 08-03-1990 (RDP N° 42) reiterado en SPA/CSJ del 24-10-1990 (RDP N° 44) donde se determinó que, al ser las ventas de ejidos, de acuerdo con los precedentes de la Sala, “contratos administrativos aun si hubieren sido suscritos en

VII. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Al igual que en el período anterior un número importante de ponencias del Magistrado Luis Henrique Farías Mata versaron sobre las particularidades del control judicial sobre la actividad administrativa, subrayando en sus ponencias que “[l]a facultad de los órganos jurisdiccionales para declarar la nulidad de actos del Poder Público, constituye un mecanismo de garantía consagrado por el ordenamiento jurídico para preservar su propia y plena vigencia a través de la aplicación efectiva del principio de legalidad”⁵⁴, por lo que había una tendencia clara a la *universalidad del control* al ser “evidente que nuestro ordenamiento jurídico intenta someter al control de la legalidad, entendido en su sentido más alto, todos y cada uno de los actos que puedan emanar, en sus diferentes niveles y ámbitos de actuación, de los funcionarios que ejercen la autoridad pública”⁵⁵, a pesar de que todavía se manejaba la –hoy desechada en Venezuela⁵⁶– teoría de los actos de gobierno como “especie jurídica que, en razón de su superior jerarquía, derivada del hecho de que son producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y no de la ley ordinaria”, estaban excluidos “de la totalidad del control jurisdiccional de constitucionalidad” por considerarse “actos de índole eminentemente política”⁵⁷.

forma pura y simple y no incluyere cláusulas exorbitantes”, correspondía a la SPA conocer de las demandas contra ellas.

54 SPA/CSJ N° 187 del 18-05-1987 (RDP N° 31). La sentencia añadió que cuando el control recae sobre actos normativos, “la preservación de la legalidad se opera mediante la desincorporación de la disposición anulada del ordenamiento jurídico positivo” y la ejecución de la sentencia en cuestión “es consustancial al fallo mismo y opera y se hace efectiva, de manera inmediata, con la sola publicación oficial de la decisión del juez”.

55 SPA/CSJ N° 292 del 10-11-1986 (RDP N° 28). El razonamiento partió de los actos presuntamente inconstitucionales del Poder Ejecutivo de los estados, que habrían de impugnarse ante la SPA/CSJ.

56 Véanse nuestros comentarios al respecto en Gabriel Sira Santana, *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2017, pp. 128-129.

57 SPA/CSJ N° 421 del 21-11-1988 (RDP N° 36).

En todo caso, este control sobre la Administración Pública no era más que una manifestación de la jurisdicción, que el Magistrado definió como la “potestad exclusiva del Estado-Juez de administrar justicia” que “opera en tanto esté presente un conflicto intersubjetivo de intereses caracterizado por una pretensión controvertida, es decir, en la medida en que exista un litigio cuya justa composición requiera la necesaria intervención del órgano jurisdiccional”, debiendo en todo caso “la pretensión que se invoque (...) hallarse jurídica y jurisdiccionalmente tutelada por normas de derecho positivo”⁵⁸.

Lo anterior, dado que “esa potestad-función de administrar justicia, manifestación de la soberanía del Estado, es exclusiva de éste; y se ejerce, autónoma e independientemente, por órgano del Juez”, aun cuando resultaba prudente recordar que si bien “el Judicial tiene asignada, asimismo en principio y de regla, la función de juzgar”, ello no impide “la posibilidad de que ejerza funciones administrativas o legislativas que legalmente le correspondan, pero como actividad secundaria y no primordial”⁵⁹.

En este sentido, tal como hicimos en la colaboración anterior, dividiremos este acápite de nuestra reseña en dos secciones: el primero referido a algunas de las pretensiones que se presentan ante los tribunales en contra del actuar de la Administración Pública y el segundo relativo a asuntos de índole más procesal.

1. Pretensiones

Basta una somera revisión a las sentencias del período que reseñamos para constatar que buena parte de las ponencias de Farías Mata se dieron con motivos de amparos intentados en contra de la Administración Pública, dando los mismos pie a

58 SPA/CSJ N° 179 del 25-05-1988 (RDP N° 35).

59 Ibíd.

una variedad de razonamientos sobre diversas particularidades de esta acción⁶⁰.

Así, el Magistrado destacó que el amparo tenía un “carácter personalísimo” que originaba el hecho que “sólo pueda producir efectos sobre el propio accionante”⁶¹ y para que procediera se requería la “relación directa e inmediata entre la lesión denunciada y la norma impugnada por vía de amparo”⁶².

Esta último idea fue retomada unos meses después cuando expresó que por su carácter especial y no subsidiario, el amparo “prospera entre nosotros aun cuando existan vías judiciales ordinarias” en caso “de revelarse ineficaces o inidóneas éstas para restablecer el derecho constitucional lesionado, o para impedir su vulneración frente a una amenaza cierta, efectiva y real; pero, en principio, son las últimas las adecuadas y, por tanto, las procedentes y, asimismo, las prevalentes sobre el amparo”, debiendo demostrarse la “violación directa e inmediata de garantías y derechos constitucionales” y la “lesión sólo de dichas normas, y no de otras de carácter infraconstitucional”⁶³.

De este modo, la amenaza contra derechos o garantías constitucionales debía ser “inmediata, posible y viable” según el numeral 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales⁶⁴ (en lo sucesivo,

60 Véase por ejemplo lo dicho por Farías Mata respecto a la competencia de la SPA/CSJ para conocer de los amparos contra los actos, hechos u omisiones de los ministros *de Despacho y de Estado* en aplicación de la máxima de “donde no distingue el legislador (...) no cabe al juez, intérprete por excelencia de la ley, distinguir” y del Consejo Supremo Electoral, en SPA/CSJ N° 40 del 22-01-1990 (RDP N° 41) y SPA/CSJ N° 573 del 01-11-1990 (RDP N° 44), respectivamente.

61 SPA/CSJ N° 345 del 11-07-1990 (RDP N° 42).

62 SPA/CSJ N° 130 del 30-05-1989 (RDP N° 39).

63 SPA/CSJ N° 496 del 14-03-1990 (RDP N° 44).

64 Publicada en Gaceta Oficial N° 34.060 del 27-09-1988.

LOADGC)⁶⁵ y, de acuerdo con el numeral 5 del mismo artículo, sería inadmisiblesi el agravado optó “por recurrir a las vías judiciales ordinarias, o hecho uso de los medios judiciales preexistentes”⁶⁶.

Aunando en lo anterior, por tener el amparo meros “efectos restablecedores”⁶⁷, él no constituía una vía procesal para lograr la nulidad de actos administrativos⁶⁸, visto que “para ningún juez, sería imposible (sic) otorgarle efecto anulatorio a la acción de amparo, efecto que sólo es posible obtener a través del contencioso administrativo de anulación”, ya que “los efectos del amparo son exclusivamente los de restablecer la situación jurídica infringida en la cual se encontraba el lesionado”⁶⁹.

Por último –sobre amparos– interesa mencionar que cuando estos se intentaban contra sentencias, ello “no debe excluir en forma alguna la posibilidad de que el Juez cuya sentencia ha sido objeto de una acción de amparo, sea enterado de la interposición de la misma y pueda, si lo estima necesario, formular por escrito sus alegatos”⁷⁰, así como que este “procede sólo cuando la decisión impugnada emanare de tribunal incompetente” de acuerdo con el artículo 4 de la LOADGC⁷¹ y que, en caso de no haber un superior inmediato, él se presentaría ante “algún superior en la escala judicial del que emitió el pronunciamiento (...) y que tenga, al mismo tiempo, competencia afín”⁷².

65 SPA/CSJ N° 203 del 09-06-1988 (RDP N° 35). Nótese que en la sentencia SPA/CSJ N° 07 del 18-01-1989 (RDP N° 37) indicó que tal violación debía ser “directa, inmediata o precisa”.

66 SPA/CSJ N° 610 del 08-11-1990 (RDP N° 44).

67 *Ibíd.*

68 SPA/CSJ N° 573 del 01-11-1990 (RDP N° 44).

69 SPA/CSJ N° 1 del 23-01-1989 (RDP N° 37).

70 SPA/CSJ N° 400 del 08-11-1988 (RDP N° 36).

71 SPA/CSJ N° 110 del 22-05-1989 (RDP N° 38).

72 SPA/CSJ N° 24 del 01-02-1990 (RDP N° 41).

Continuando con nuestro estudio, en clara minoría vemos los pronunciamientos sobre otras pretensiones, si bien por ello no hemos de dejar de tratarlas y por ende las enlistamos a continuación:

Primero, el recurso de interpretación, que fue definido por el Magistrado como “el pronunciamiento del órgano jurisdiccional competente fijando el alcance e inteligencia de un texto legal determinado”, que –en su momento– constituía un “medio de actuación procesal (...) reservado de manera exclusiva para aquellos casos en los cuales el texto legal cuya interpretación se solicita así lo permita expresamente”, a tenor de lo previsto en el numeral 24 del artículo 42 de la LOCSJ⁷³.

Segundo, el defecto o falta de jurisdicción, que procedía cuando “el órgano jurisdiccional no esté investido de la titularidad del poder, abstractamente considerado, de administrar justicia”, pudiendo ocurrir ella (i) “por falta o ausencia de una voluntad concreta de ley para actuar”, (ii) “por la exención de jurisdicción de que goce el accionado”, (iii) “porque, conforme a la competencia internacional, de la causa o controversia deba conocer un juez extranjero” o (iv) “porque, irrespetando la tripartición de las funciones públicas, el órgano jurisdiccional pretenda invadir la esfera de atribuciones que compete a otros órganos”⁷⁴.

Tercero, el avocamiento, regulado en ese entonces en el numeral 29 del artículo 42 y el artículo 43 de la LOCSJ⁷⁵, era una

73 SPA/CSJ N° 98 del 14-03-1988 (RDP N° 34). El artículo hoy derogado rezaba: “[e]s de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República: 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes y demás actos generales de los cuerpos legislativos nacionales, que colidan con la Constitución (...) 24. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la Ley”.

74 SPA/CSJ N° 192 del 26-05-1988 (RDP N° 35).

75 El primero incluía como competencia de la CSJ el “[s]olicitar algún expediente que curse ante otro Tribunal, y avocarse al conocimiento del

“facultad (...) del exclusivo arbitrio de la Sala Político-Administrativa (...) en la medida en que ‘no se encuentre atribuido a alguna de las otras Salas’”, sea que existía una “discrecionalidad que la Sala conserva –conforme a la regulación legal– para avocarse o no, con o sin solicitud de parte”, traduciéndose este en definitiva “tanto, y por una parte, la idea de que, por definición, se trataría respecto del avocante, de un Superior que sustrae competencia del inferior, mas no de un par (...) y, por otra parte, también la idea de ‘atraer o llamar a sí’ (...) es decir, para sí y no para llevarlo al conocimiento de otro tribunal”⁷⁶.

Cuarto, en materia de demandas por responsabilidad administrativa, “[p]ara que la interposición de una denuncia o de una acusación engendre responsabilidad civil extracontractual, debe haberse actuado en forma abusiva, pues –tratándose del ejercicio facultativo de un derecho (...)– sólo si se procediere de mala fe o se excediere el particular en el uso de esa facultad (...) podría darse entonces la posibilidad legal de indemnización compensatoria por los daños patrimoniales y morales producidos”⁷⁷.

Y *quinto*, en materia del contencioso de anulación expresó que el juez contencioso-administrativo no estaba facultado legalmente para “reponer” los trámites administrativos “al estado de que se dicte una nueva Resolución ‘corrigiendo los vicios afectan las recurridas’”, ya que se trata de vías diferentes (la administrativa y el contencioso-administrativo) y el rol del juez se limitaba a “la confirmación del acto impugnado a través de la declaratoria sin lugar del recurso o, en su caso, la

asunto, cuando lo juzgue pertinente” y el segundo la asignaba de forma residual a la SPA.

76 SPA/CSJ N° 206 del 10-08-1989 (RDP N° 39). El fallo ahonda, con apoyo en los precedentes de la Sala, en el procedimiento –que divide en una primera etapa de solicitud del expediente y otra posterior de avocamiento, una vez analizado el caso y juzgarlo pertinente– y los límites de la discrecionalidad, ya que debían mediar flagrantes injusticias o afectaciones al interés público.

77 SPA/CSJ N° 385 del 15-06-1987 (RDP N° 31).

anulación –total o parcial– del mismo”, a diferencia del funcionario que decide un recurso administrativo que sí puede ordenar tal reposición por tratarse “de actuaciones realizadas y revisadas por la propia Administración”⁷⁸. En tal sentido, “[l]a autotutela de la Administración –regla general, no derogable sino por norma expresa– y la tutela jurisdiccional –nunca excluible–, son dos institutos distintos que, sin embargo, concurren con frecuencia en un mismo caso”⁷⁹.

Finalmente, argumentó que el *solve et repete* –como condicionamiento del recurso al pago previo de la multa impuesta– constituía una violación al “derecho universal a la defensa” previsto en el artículo 68 de la Constitución de 1961 que preveía el “acceso sin limitaciones económicas, de los justiciables ante los órganos de la administración judicial para lograr la tutela de sus derechos e intereses”⁸⁰.

2. Aspectos procesales

Siempre cónsono con la legalidad –que como principio general del Derecho, le aplicaría lo dicho por el Magistrado al calificar estos como la “[f]uente principalísima de cualquier

78 SPA/CSJ N° 174 del 04-08-1986 (RDP N° 28).

79 SPA/CSJ N° 316 del 26-06-1990 (RDP N° 43). Nótese que este caso el Magistrado trajo a colación la “teoría del acto separable” expuesta por De Laubadere al indicar que “si bien dicha teoría ha sido elaborada por el Derecho administrativo clásico extranjero, cabe igualmente poner de manifiesto cómo los principios relativos a la contratación administrativa reconocidos por la jurisprudencia de este Alto Tribunal (...) admiten plenamente dentro de su contexto la ‘teoría del acto separable’; y muy recientes son todavía los fallos de esta Sala que implícitamente patentizan la incorporación de aquélla al acervo jurisprudencial venezolano”.

80 SPA/CSJ N° 550 del 14-10-1990 (RDP N° 44). El artículo hoy sería el 26 constitucional, según el cual “[t]oda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. // El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

ordenamiento jurídico positivo” y, como tal, con arreglo a ellos “puede un órgano administrativo [o judicial] verse relativamente condicionado en su voluntad decisoria”⁸¹-, Farías Mata defendió la necesidad de respetar los procedimientos de ley “para la tramitación de un proceso, sobre todo si es de índole judicial”, al considerarlos “garantía de seguridad tanto para la Administración como para el administrado (...). He aquí el sentido de la noción ‘procedimiento-garantía’ tan celosamente respetada por este Supremo Tribunal tanto en lo que respecta a la conformación de las actuaciones administrativas como por lo que toca a la revisión de las mismas en vía jurisdiccional ya sea administrativa o judicial”⁸².

Son sus criterios sobre estos aspectos procesales los que reseñaremos de seguida, comenzando por la competencia ya que en más de una ocasión Farías Mata apuntó que la CSJ era “[j]uez de su propia competencia” y, por ende, no dependía del asentimiento expreso o tácito –o falta del mismo– de las partes para conocer “sobre una materia de evidente orden público como la competencia”⁸³, pudiendo inclusive “revocar en todo momento, si fuere procedente, el auto de admisión del recurso, al encontrar, luego de un mejor estudio del caso, que operarían las causales previstas en el artículo 84 de la Ley Orgánica que rige sus funciones”⁸⁴.

En este sentido, por lo que respecta a la competencia, el Magistrado señaló que (i) de acuerdo con la LOCSJ las Cortes de lo Contencioso Administrativo eran las competentes para conocer la impugnación de actos dictados por universidades experimentales⁸⁵, (ii) la CSJ era competente para conocer recur-

81 CP/CSJ del 14-03-1988 (RDP N° 34).

82 SPA/CSJ N° 101 del 10-03-1987 (RDP N° 30).

83 SPA/CSJ N° 54 del 01-04-1986 (RDP N° 26).

84 SPA/CSJ N° 209 del 12-10-1986 (RDP N° 28). El artículo versaba sobre las causales de inadmisión. Nótese que la “facultad de reexaminar esa admisión hasta la propia definitiva” fue reiterada por el Magistrado en la sentencia SPA/CSJ N° 372 del 27-10-1988 (RDP N° 36).

85 SPA/CSJ N° 198 del 08-08-1989 (RDP N° 39).

sos contencioso administrativos por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad contra actos administrativos dictados por los ministros⁸⁶, y (iii) en casos de amparos, de no haber un superior común entre los tribunales que fuesen parte del conflicto de competencia, correspondía a la Corte resolver tal diatriba por aplicación supletoria del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, frente al silencio de la LOADGC⁸⁷.

En cuanto a la legitimación, Farías Mata comentó que “[l]a condición de legitimado activo, así como la gran mayoría de las normas de carácter procesal, son disposiciones que permiten el desarrollo de una actividad bajo patrones de conducta preestablecidos [sic], los cuales responden a una o varias de las diversas posibilidades que podrían ser acogidas como válidas para lograr las finalidades que cada Estado soberano se hubiere propuesto en la materia”⁸⁸. Por ende, continuó el Magistrado:

(...) cuando se admite una legitimación amplia para el control de legalidad y de la constitucionalidad de los actos de efectos generales, se está preservando de manera objetiva la plena vigencia del principio de legalidad al permitir que cualquier interesado ponga en movimiento a los órganos competentes para garantizar la supremacía de las normas de mayor rango sobre disposiciones subalternas, y de este modo mantener la efectiva aplicación de las reglas básicas del Estado de Derecho⁸⁹.

En virtud de lo anterior, la manifiesta falta de representación del actor –prevista en el numeral 7 del artículo 84 de la LOCSJ como causal de inadmisibilidad– operaría únicamente “cuando no exista en la documentación agregada al expediente

86 SPA/CSJ N° 618 del 15-11-1990 (RDP N° 44).

87 SPA/CSJ N° 439 del 06-12-1988 (RDP N° 37).

88 SPA/CSJ N° 292 del 10-11-1986 (RDP N° 28).

89 *Ibíd.*

ninguna prueba de la representación que se atribuye el actor, o que el mismo poder resulte insuficiente”⁹⁰.

Profundizando en otras causales de inadmisibilidad, expuso que el denominado antejuicio administrativo –como “uno más de los ‘privilegios’ de la República” que llega a ser un “requisito impretermisible para que pueda ser intentada una reclamación contra aquélla ante los tribunales”, so pena de inadmisibilidad– “cumple el objetivo de provocar una decisión de la Administración cuando no existe previamente un acto administrativo que pueda ser impugnado por los interesados –tal como sucede en el contencioso de anulación– ante una vía judicial”, y, por ende, “la doctrina le ha atribuido la naturaleza de procedimiento destinado a preservar el principio (...) de la necesidad de obtener una decisión de la Administración, firme ya en vía administrativa, que pueda obrar como antecedente y objeto de la reclamación judicial posterior ante los tribunales contencioso-administrativos”⁹¹.

Finalmente –en materia de admisión– fijó el criterio según el cual en caso que la inadmisibilidad del recurso fuese declarada en la definitiva, el particular no había de correr con el pago de intereses-costas al haber sido la “inadvertencia del Tribunal, al no declarar oportunamente inadmisibile el recurso, la que causa el retardo que pretende ser resarcido”⁹² y que, en

90 SPA/CSJ N° 579 del 16-11-1987 (RDP N° 32).

91 SPA/CSJ N° 370 del 06-08-1987 (RDP N° 31). Téngase como otro ejemplo de estos privilegios la sentencia SPA/CSJ N° 194 del 31-05-1988 (RDP N° 35) donde el Magistrado se pronunció sobre el deber del juez de notificar al Procurador General de la República de todo término para el ejercicio de recursos, que se traduciría en una excepción a lo previsto en el artículo 134 del Código de Procedimiento Civil sobre que las partes se encuentran a derecho luego de la citación, lo que aun cuando “se los ha criticado por considerar que colocan al Estado en una situación de litigante privilegiado”, la “doctrina justifica en razón del interés general cuya vigilancia se confía al ente público”.

92 SPA/CSJ N° 410 del 15-11-1988 (RDP N° 36).

todo caso, tanto la admisión como la negativa debían ser motivadas⁹³.

Trasladándonos al campo de las pruebas, el Magistrado determinó que (i) la inspección ocular es un “medio probatorio subsidiario, encaminado a comprobar hechos que no podrían ser acreditados de otra manera, y limitado a dejar constancia de lo observado”⁹⁴, (ii) la prueba de hechos negativos e indeterminados “es prácticamente imposible por su extrema dificultad y, por tanto, no le puede ser exigida a parte alguna”⁹⁵, (iii) la “atribución de la carga de la prueba de la existencia del reparo a la administración tributaria, se corresponde con la doctrina de esta Sala y de la jurisdicción especial”⁹⁶, y (iv) “resulta manifiestamente ilegal en segunda instancia la prueba de informes”⁹⁷.

De igual modo, Farías Mata recordó que hay una diferencia entre la declaratoria de urgencia –relacionada con “la necesidad o conveniencia de reducir los plazos”– y de mero derecho, que opera es cuando “sin que exista ninguna urgencia (...) no existieran hechos que probar o no estuvieran controvertidos los alegatos en autos”⁹⁸, y que, en todo caso, para “decidir in limine litis sobre la falta de cualidad o interés, se requiere que

93 SPA/CSJ N° 356 del 24-11-1986 (RDP N° 28).

94 SPA/CSJ N° 38 del 24-04-1986 (RDP N° 26). En sentido similar se pronunció en la sentencia SPA/CSJ N° 382 del 11-12-1986 (RDP N° 29), cuando apuntó que “la prueba de inspección ocular fue establecida para hacer constar las circunstancias o el estado de los lugares o de las cosas, y está condicionada al hecho de que los extremos a probar a través de ella no sean de fácil o posible acreditación por otros medios idóneos”.

95 SPA/CSJ del 25-02-1986 (RDP N° 26). El criterio fue asentado al preguntarse el Magistrado “¿cuál sería la posición procesal de la República en un juicio de reivindicación de baldíos?”, ya que, “pareciera que para triunfar debería (...) demostrar que el terreno (...) no es ejido, ni propiedad particular, ni pertenece ‘legítimamente a corporaciones o personas jurídicas’”.

96 SPA/CSJ N° 284 del 13-06-1990 (RDP N° 43).

97 SPA/CSJ N° 654 del 14-12-1987 (RDP N° 33).

98 SPA/CSJ N° 194 del 07-08-1986 (RDP N° 28). El tema es tratado, bajo la misma idea, en SPA/CSJ N° 372 del 27-10-1986 (RDP N° 36).

la misma abarque la totalidad de lo demandado” y ello “trae consigo la terminación del proceso”⁹⁹.

Por lo que respecta a los tiempos en el proceso, dada la necesidad de determinar cómo debían computarse los días hábiles previstos en el artículo 176 del Código Orgánico Tributario, luego de una interpretación sistemática del articulado y del Código de Procedimiento Civil –que tenía aplicación supletoria en la materia contenciosa, de acuerdo con el artículo 216 de la norma tributaria–, el Magistrado concluyó que “el cómputo del plazo debe efectuarse según los días hábiles transcurridos ante el órgano que deba conocer del asunto en vía judicial” visto que, “como regla, todo lapso debe contarse en base a los días transcurridos ante la autoridad por ante la cual ha de interponerse el recurso”, sigue el Magistrado, “independientemente de que el mismo haya sido presentado directamente en dicho tribunal, o a través de la administración tributaria o del tribunal del domicilio del recurrente”¹⁰⁰.

Ya para culminar con este aparte, interesa lo dicho por el Magistrado en relación con la perención como “institución procesal de relevancia negativa” que “opera como sanción al comportamiento negligente de las partes en el proceso que por su inactividad, por su falta de impulso, lo mantienen inerte más allá de un término legalmente establecido”, originándose como “efecto sancionatorio (...) la extinción del proceso”, si bien debía tenerse en cuenta que ella “puede operarse en cualquier momento, estado o fase de aquél, desde su constitución hasta antes de la vista de la causa, pues, tratándose de sanción a la inactividad de parte, la inactividad del Juez no puede producirla”¹⁰¹.

99 SPA/CSJ N° 352 del 17-07-1990 (RDP N° 432).

100 SPA/CSJ N° 104 del 24-03-1987 (RDP N° 30).

101 SPA/CSJ N° 126 del 21-03-1990 (RDP N° 42).

VIII. TRIBUTOS

En materia tributaria dos son las ponencias de Farías Mata a destacar:

En la *primera* de ellas reiteró el criterio que había asentado la Sala respecto a la posibilidad de que una empresa fuese “gravada por la patente de industria y comercio en el Distrito donde desarrolla su actividad industrial y asimismo sea gravada en la jurisdicción desde donde vende sus productos”, siendo que, para este último caso, “la tarifa que deben aplicarle los Concejos Municipales en la patente de industria y comercio es la misma que corresponda a las industrias que produzcan bienes semejantes en jurisdicción de ese municipio”, dado que lo contrario crearía una situación de desigualdad que vulneraba la letra del numeral 3 del artículo 18 de la Constitución de 1961 en concordancia con el artículo 34 *ejusdem*¹⁰².

Y, en la *segunda*, señaló que la “estimación de oficio constituye un procedimiento excepcional de determinación de la renta y, por tanto, solamente puede practicarse en los supuestos señalados por la ley, la cual exige, además, rigurosos requisitos de forma y de fondo que son de obligatorio cumplimiento por parte de los funcionarios de la Administración fiscal”,

102 SPA/CSJ N° 80 del 17-02-1987 (RDP N° 29). Los artículos invocados de la Constitución, preveían “[l]os Estados no podrán: 3. Prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio, ni gravarlos en forma diferente a los producidos en él” y “[l]os Municipios estarán sujetos a las limitaciones establecidas en el Artículo 18 de esta Constitución, y no podrán gravar los productos de la agricultura, la cría y la pesca de animales comestibles con otros impuestos que los ordinarios sobre detalles de comercio”, respectivamente. Al respecto, el Magistrado agregó que “[s]i bien es cierto que el impuesto denominado patente de industria y comercio no es un impuesto sobre el bien, lo cual haría pensar, en principio, en la inaplicabilidad de esta prohibición al impuesto (...) (el cual grava el ejercicio de actividades comerciales o industriales), no es menos cierto que cuando se establecen tarifas diferentes para las industrias que producen y venden sus productos en jurisdicción de un mismo municipio, y aquellas industrias que producen en un municipio y venden desde otro, se crea la situación de desigualdad que prohíbe (...) la Constitución”.

siendo prudente recordar que “el procedimiento de estimación no puede ser aplicado en forma arbitraria, de manera que, por razones de seguridad jurídica, no es posible imputar a un contribuyente unos enriquecimientos mayores de los declarados, basándose en la sola información proporcionada por terceros y sin que la Administración recabe ninguna comprobación de esas informaciones”¹⁰³.

IX. DERECHO DE PROPIEDAD

Si bien durante el período que comentamos en la colaboración anterior los razonamientos del Magistrado en cuanto al derecho de propiedad se circunscribieron a las expropiaciones, durante los años 1986-1990 se sumó la materia registral como otra limitante de este derecho pues, en palabras del Farías Mata, el derecho de propiedad estaba constitucionalmente sometido a “contribuciones, obligaciones y restricciones establecidas por la Ley con fines de utilidad pública o interés general”, siendo una de tales restricciones “el sistema registral estructurado con el fin de garantizar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario”¹⁰⁴.

Esta idea fue desarrollada por el Magistrado unos años después al sostener que “[t]odo sistema de registro inmobiliario persigue como objetivo fundamental brindar seguridad en el tráfico inmobiliario” y “la debida protección a terceros adquirentes”, por ser este “el propósito del Estado cuando lo asume como una tarea que le es propia, dada la importancia económica, social y hasta política del patrimonio inmobiliario”¹⁰⁵.

Así, visto que “se presume la exactitud o veracidad del Registro” de forma *iuris tantum*, “puesto que se admite la posibilidad de falta de armonía entre lo que el Registro proclama

103 SPA/CSJ N° 56 del 11-02-1988 (RDP N° 33).

104 SPA/CSJ N° 173 del 04-10-1986 (RDP N° 28).

105 SPA/CSJ N° 220 del 14-08-1989 (RDP N° 39).

y la verdadera situación jurídica del inmueble, la cual habrá de demostrarse en vías judicial”, hay dos principios que eran propios a la actividad registral: (i) la legalidad, que “impone que los títulos cuya inscripción se solicita sean sometidos a un previo examen o calificación, a fin de que a los libros de registro sólo tengan acceso los títulos válidos y perfectos” y (ii) el tracto sucesivo, que basándose el Magistrado en los dichos de Roca Sastre, versa sobre la “continuidad ininterrumpida” del “encadenamiento de adquisiciones sucesivas, cronológicamente eslabonadas las unas con las otras”, si bien “la calificación hecha por el Registrador debe recaer exclusivamente sobre el documento presentado para su registro y sobre su relación con el título anterior de adquisición”, es decir, “no está el Registrador autorizado por la Ley para remontarse más allá de éste con el fin de indagar, a su vez, sobre su validez”¹⁰⁶.

En tanto, por lo que respecta a las expropiaciones tres son los criterios que nos interesa rememorar:

Primero, que “[s]i bien es cierto (...) los peritos tienen las más amplias facultades de apreciación en su materia, también lo es que su misión debe ser ejecutada en cumplimiento de las normas que la rigen, conforme al principio de legalidad rector de la actuación administrativa aun cuando se trate de funcionarios eventuales”. Con motivo de lo anterior, en “el caso de que una zonificación produjera un aislamiento tal que se hiciera imposible encontrar similares, los peritos están en la obligación de aplicar las técnicas propias de la materia avaluatoria para obtener correctivos aplicables a los datos que, proviniendo del mercado, del valor fiscal o de la transmisión del

106 *Ibíd.* Con motivo de los extractos citados Farías Mata afirmó que el sistema registral venezolano pasó del modelo francés o meramente preclusivo a tener un valor sanatorio como ocurre en el caso español, donde el registrador no es un “receptor pasivo de documentos” sino que está obligado por la ley a “hacer un verdadero examen de si el mismo no se encuentra comprendido dentro de alguna de las diferentes causales de prohibición de protocolización”.

propio inmueble, permitieran determinar el justo valor del bien que se expropia”¹⁰⁷.

Segundo, que los “precios medios a que se hayan vendido en los últimos doce meses inmuebles similares” previstos en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social vigente para la época¹⁰⁸ para determinar el justiprecio son un elemento valorativo “proveniente del mercado” que “queda sujeto a todos los ajustes que recomiende la técnica avaluatoria para llegar al objeto perseguido”, incluyéndose “un análisis consciente de todos y cada uno de los referenciales que conforman la muestra de mercado”¹⁰⁹.

Y *tercero*, la equiparación de la figura del “defensor de los ausentes” prevista en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social para los juicios expropiatorios a la del defensor *ad litem* del proceso civil ordinario, siendo su propósito fundamental que “la decisión (...) tenga efectos *erga omnes* y el ente público expropiante adquiera de esta manera el derecho de propiedad, libre de todo riesgo, que pueda afectar la seguridad jurídica de la situación”¹¹⁰.

Dicho esto hemos de advertir que el Magistrado no se pronunció únicamente sobre el derecho de propiedad de los particulares sino también del Estado, particularmente en cuanto a los terrenos baldíos al considerar que el que había sido el criterio de la SPA/CSJ desde 1966 –a saber: que los terrenos de este tipo, alienables o no, no podían adquirirse por usucapión y solo los alienables podían ser adquiridos mediante transferencias realizadas por la República, no habiendo modo válido de adquirir los que fuesen considerados inalienables– requería “una revisión a fondo”¹¹¹.

107 SPA/CSJ N° 272 del 30-10-1986 (RDP N° 28).

108 Publicada en Gaceta Oficial N° 22.458 del 06-11-1947.

109 SPA/CSJ N° 213 del 21-06-1988 (RDP N° 35).

110 SPA/CSJ del 11-06-1987 (RDP N° 31).

111 SPA/CSJ del 25-02-1986 (RDP N° 26).

Así, luego de un extenso análisis que no detallaremos por cuestiones de espacio en el que Farías Mata se paseó por la evolución legislativa de las tierras baldías, la diferencia que existe entre ocupación lícita y posesión legítima¹¹², la imposibilidad de calificar a los terrenos baldíos como “fuera del comercio porque su enajenación no puede efectuarse con arreglo a disposiciones de derecho privado, sino que está íntegramente regulada por normas de derecho público”¹¹³, y la inexistencia de una presunción legal que permita afirmar que “todos los inmuebles comprendidos en el territorio nacional son baldíos, por lo que la República no tiene que aportar prueba alguna de su derecho cuando reivindica terrenos a los cuales atribuye ese carácter” y, en consecuencia, “la carga de la prueba se invierte para recaer en el demandado” pues “es éste quien debe desvirtuar la presunción demostrando que es propietario”, concluyó que (i) “los terrenos baldíos, alienables o inalienables, son susceptibles de usucapión, por cuanto ninguna norma legal expresa los sustrajo de sus efectos, salvo, tal vez, durante la vigencia de la Ley de Tierras Baldías del 18 de abril de 1904” y (ii) “para que nazca a su favor la presunción (simple) de que son baldíos los inmuebles que reivindica, la República debe demostrar la inidoneidad del título en el cual basa el demandado su pretendido derecho de propiedad”¹¹⁴.

112 El Magistrado señaló que “[p]uede haber, pues, ocupante lícito que no sea poseedor legítimo y viceversa, y también puede haber quien reúna ambas condiciones”, sea que los efectos de la ocupación lícita “se encuentran establecidos en la legislación especial sobre baldíos, y consisten principalmente en la vocación de su titular para ser adjudicatario de los terrenos ocupados y en un especial derecho de superficie sobre las construcciones y plantaciones”, mientras que “los efectos de la posesión legítima los hallamos en el derecho común y consisten sobre todo en las acciones poseedoras de amparo y restitución y en la usucapión”.

113 Para el autor, el error ocurre al no distinguirse entre bienes no comerciales –como aquellos que son ineptos para ser objeto de cualquier negocio y no sólo de transferencia dominial– y los inalienables, que comportan “únicamente que el bien o derecho afectado por ella no puede ser objeto de transferencia voluntaria de un patrimonio a otro”.

114 SPA/CSJ del 25-02-1986 (RDP N° 26).

Finalmente, el Magistrado asentó criterio sobre las implicaciones de la titularidad de las acciones por parte del sector público al manifestar que la frase “empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva” habría de entenderse en referencia a “aquellos establecimientos de carácter mercantil en los que la República de manera directa e inmediata se pretende como titular de las acciones que le permitan una participación decisiva en los destinos de la empresa, sin que esto signifique necesariamente que posea la condición de accionista mayoritario”¹¹⁵.

X. ATRIBUCIONES DE LOS MUNICIPIOS

Ya para concluir con esta reseña tenemos que en materia municipal el Magistrado recordó que para la correcta sanción de ordenanzas se requería “un mínimo de dos discusiones en Cámara plena, a realizarse en fechas diferentes”, so pena de que su incumplimiento viciare el acto¹¹⁶, así como las exigencias que debían cumplir las autoridades locales para realizar cambios de zonificación de acuerdo con el artículo 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal¹¹⁷ –cambios que, precisó, nunca podían ser aislados o singulares, entendidos estos no en relación a una única parcela sino en contraposición a la inte-

115 SPA/CSJ N° 329 del 13-11-1986 (RDP N° 28).

116 SPA/CSJ N° 315 del 05-12-1985 (RDP N° 25). Nótese que el fallo, a pesar de ser de 1985, fue incluido en la RDP correspondiente al primer trimestre del año 1986, por lo que no se incluyó en el artículo publicado en la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 15.

117 Publicada en Gaceta Oficial N° 2.297 Extraordinario del 18-08-1978 y hoy derogada. El artículo señalaba –entre otros– que la solicitud de cambio de zonificación debía estar respaldada por los vecinos del área y, adicionalmente, debía darse uno de los siguientes supuestos: (i) que fuesen suficientes los servicios públicos tales como vialidad, cloacas, acueductos, electricidad, teléfonos y las áreas de servicios educacionales, deportivos, de recreación, y otros servicios que la nueva zonificación exigiera, requiriéndose para ello la certificación de los organismos nacionales que tuviesen a su cargo la prestación de tales servicios, (ii) que el municipio contase con los medios económicos necesarios para el acondicionamiento de tales servicios, o (iii) que los propietarios del área a rezonificarse depositaran en la Tesorería Municipal el costo de esos acondicionamientos.

gralidad de un sector que, considerado como unidad, no podía fragmentarse-, al perseguir esta norma:

(...) preservar, de la mejor manera posible, las condiciones de vida de las comunidades, no sólo de los habitantes actuales o vecinos –a quienes hace participar en el proceso de formulación de la decisión–, sino, lo que es aún más importante, de la población a alojarse en el sector sujeto al cambio de zonificación, razón por la cual exige, asimismo, garantía de suficiencia presente y futura en la dotación y funcionamiento de los servicios públicos¹¹⁸.

Lo anterior, aunado a la participación del Poder Público ya que, en criterio del Magistrado:

(...) resulta claro que nuestro ordenamiento jurídico positivo ha estructurado la materia urbanística como un área donde se produce una concurrencia de competencia de órganos de la Administración Pública Nacional y de la Administración local, requiriendo, de esta manera, el concurso armonioso de ambos niveles de decisión, a través de la puesta en práctica de sus mejores capacidades, en beneficio del interés de la colectividad, norte de toda actuación de interés general¹¹⁹.

Asimismo, el Magistrado se pronunció en reiteradas oportunidades sobre el artículo 146 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal¹²⁰ y precisó que “[e]l presupuesto de hecho para la

118 SPA/CSJ N° 315 del 05-12-1985 (RDP N° 25).

119 *Ibíd.*

120 El artículo hoy derogado rezaba “[e]n caso de conflicto entre las autoridades municipales, que amenace la normalidad institucional de un Municipio, pueden aquéllas o el Gobernador del Estado solicitar la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa. Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia relativas a la legitimidad de las autoridades municipales deberán ser emitidas en el plazo de treinta (30) días contados a partir de la admisión de la solicitud, y bastarán para producirla

procedencia del mecanismo procesal (...) radica en la existencia de una situación de ‘conflicto entre autoridades municipales que amenace la normalidad institucional de un Municipio’, en razón de lo cual esta suprema instancia deberá pronunciarse acerca de la legitimidad de sus autoridades, poniendo fin de esta manera a la situación de conflicto y consecuentemente a la amenaza que exista sobre el normal desenvolvimiento de la vida institucional”, por lo que “no basta (...) la sola pretensión de que se pronuncie la ilegalidad de una decisión municipal”¹²¹.

Este artículo fue objeto de otras dos ponencias del Magistrado unos meses después donde estipuló que había que “esclarecer (...) si la norma comprende dentro del término ‘autoridades municipales’ a todos aquellos órganos que conforman la estructura orgánica del ente local respectivo o únicamente a quienes ejercen la máxima dirección”, decantándose Farías Mata por un sentido taxativo producto de la interpretación sistemática de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, quedando este supuesto limitado a los actos previstos en los artículos 33, 56, 60, 63 y 67 de la ley comentada, debiendo el resto de los casos impugnarse por la vía anulatoria¹²² o de amparo, en el caso de la inhabilitación para el ejercicio del cargo de los Concejales¹²³.

los recaudos que se acompañen a ésta. Cuando la Corte Suprema solicitare recaudos adicionales, éstos deberán ser consignados dentro de un plazo de diez (10) días y la decisión de la Corte se producirá dentro de los ocho (8) días siguientes”.

121 SPA/CSJ N° 137 del 28-04-1987 (RDP N° 30).

122 SPA/CSJ N° 611 del 26-11-1987 (RDP N° 32).

123 SPA/CSJ N° 149 del 05-05-1988 (RDP N° 34).

EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

Jackelyn Sosa¹

Resumen: En este trabajo analizamos la importancia del principio de responsabilidad patrimonial del Estado y cómo ha sido la evolución legal del contencioso administrativo de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública en Venezuela desde la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia bajo la Constitución de 1961, hasta la actual Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa enmarcada en la Constitución de 1999.

Palabras clave: Estado de Derecho. Principio de responsabilidad del Estado. Responsabilidad patrimonial extracontractual. Contencioso administrativo.

Summary: In this work we analyze the importance of the principle of patrimonial responsibility of the State and how it has been the legal evolution of the administrative litigation of the extracontractual patrimonial responsibility of the Public Administration in Venezuela since the Organic Law of the Supreme Court of Justice under the Constitution of 1961, up to the current Organic Law of Contentious Administrative Jurisdiction framed in the Constitution of 1999.

Key words: Rule of Law. Principle of State responsibility. Extracontractual patrimonial liability. Administrative contentious.

1 Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela. Tesista de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. Profesora Invitada en la cátedra de Derecho Administrativo I de la Universidad Católica Andrés Bello.

Recibido: 16 de julio de 2019 Aceptado: 17 de enero de 2020

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Los orígenes del contencioso administrativo en Francia
- III. El control judicial de la Administración Pública en Venezuela:
Génesis, evolución y principios fundamentales
- IV. Las demandas contra los entes públicos bajo la vigencia de la
Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia
- V. Las demandas de contenido patrimonial en la Ley Orgánica de
la Jurisdicción Contencioso Administrativa
- VI. Reflexiones finales

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública es uno de los temas centrales del Derecho Administrativo. La determinación de los daños que la Administración Pública genera a los ciudadanos por sus acciones u omisiones y el derecho que estos tienen para exigir la reparación de esos daños revisten gran importancia y más en la actualidad en donde vemos con mucha preocupación que la Administración Pública tiene una mayor incidencia en todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos, afectando así sus libertades.

En Venezuela, desde que el Dr. Luis Ortiz Álvarez regresó de Francia y publicó en el año 1995 su famosa obra *"La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública"*², afirmando que en materia de responsabilidad del Estado el Código Civil era inaplicable e insuficiente porque estábamos en presencia de una relación entre desiguales -Estado y ciudadanos-, y por tanto debían aplicarse normas especiales de derecho público, bajo un sistema dual similar al sistema francés: responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos y

2 Ortiz Álvarez, Luis A. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

por sacrificio especial, han sido muchos los notables administrativistas que han escrito y han contribuido al desarrollo dogmático del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

El principio de responsabilidad patrimonial del Estado es un principio fundamental que debe imperar en todo Estado de Derecho, como consecuencia del sometimiento pleno del Poder Público a la ley y al derecho, no pudiendo por tanto admitirse espacios de impunidad del Estado en el ejercicio de cualquiera de sus funciones, que menoscaben el derecho que tiene todo ciudadano de ser indemnizado por los daños que sufra tanto en su esfera patrimonial como moral o psíquica.

En Venezuela el perfeccionamiento de este instituto, hasta su configuración hoy día como un verdadero sistema de derecho público, ha sido producto de la evolución jurisprudencial en la cual se ha transitado por tres sistemas de responsabilidad de la Administración, un primer sistema desarrollado en el siglo XX en el cual se entendía que la responsabilidad de la Administración se regía por normas de derecho privado (Código Civil), el cual tenía por regla general una responsabilidad por hecho ilícito; un segundo sistema de responsabilidad objetiva bajo el cual solo debía probarse la ocurrencia de un daño imputable a la Administración, acreditándose únicamente la relación de causalidad y no los elementos subjetivos de quien ocasionaba el daño, y un tercer sistema de daño especial regido por el derecho público, en el cual la Administración debe responder por los daños generados con ocasión de sus actuaciones lícitas que impongan un carga a los ciudadanos restringiendo su esfera jurídico subjetiva, atendiendo a las concretas e individuales condiciones del ciudadano que hace que esa carga resulte mucho más lesiva que para el resto, produciendo así una ruptura de la igualdad de las cargas públicas, es decir una reducción patrimonial individualizable.

Una vez configurado el principio según el cual el Estado debe responder por todo daño producido a los ciudadanos, era necesario establecer una vía judicial, un medio concreto e idóneo para atender las reclamaciones que los ciudadanos presentaran frente al Estado. Anteriormente, bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación, la vía procesal para tramitar las reparaciones de daños y perjuicios causados por la actividad administrativa era el denominado “recurso de plena jurisdicción”. Posteriormente con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia³ los ciudadanos contaban con las demandas contra los entes públicos para hacer valer sus pretensiones de condena frente a la Administración, juicio que se tramitaba por el procedimiento ordinario contemplado en el Código de Procedimiento Civil.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴ en el año 2010, se establece el procedimiento de las demandas de contenido patrimonial mediante el cual los órganos jurisdiccionales con competencia contencioso administrativa van a conocer, sustanciar y decidir las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero, las cuales pueden estar fundadas en la responsabilidad contractual o extracontractual de la Administración Pública.

II. LOS ORÍGENES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN FRANCIA

El origen del Derecho Administrativo ha sido polémico⁵, se han planteado dos tesis sobre el nacimiento de esta rama del Derecho, una minoritaria, la cual no tuvo una buena acogida en la doctrina administrativa, según la cual el Derecho Admi-

3 *Gaceta Oficial de la República* N° 1.893 Extraordinario, del 30 de julio de 1976.

4 *Gaceta Oficial de la República* N° 39.451, del 22 de junio de 2010.

5 Peña Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo* Tomo I, Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009, pp. 77-106

nistrativo surge en el Estado Absoluto o “*antiguo régimen*”, y una segunda tesis cuyo postulado sostiene que el Derecho Administrativo es producto de las revoluciones liberales, específicamente de la Revolución Francesa y del advenimiento del Estado de Derecho. No obstante, pese a las discusiones que se han suscitado en torno al tema, lo cierto es que ambas tesis no se contraponen de manera absoluta. Si bien en el Estado Moderno encontramos los primeros vestigios del Derecho Administrativo, esta rama del derecho se configura y desarrolla en el Estado Liberal Burgués de Derecho Abstencionista.

No puede haber un verdadero Derecho Administrativo –un derecho autónomo y especial– y mucho menos una jurisdicción contencioso administrativa bajo el régimen de un Estado absoluto, pues la esencia misma del Derecho Administrativo y del Contencioso Administrativo, como lo es controlar la constitucionalidad, la legalidad y, en definitiva, la conformidad a derecho de todas las actuaciones de la Administración Pública, solo puede existir en un Estado de Derecho, donde exista una real y efectiva separación de los poderes del Estado, donde prive el principio de legalidad y en especial el de legalidad administrativa, donde el Estado reconozca, respete y garantice los derechos fundamentales de los ciudadanos y se haga responsable de los daños y perjuicios ocasionados por su actuación y exista una tutela judicial efectiva que permita a los ciudadanos acceder a los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para impugnar las actuaciones de los poderes del Estado que lesionen sus derechos e intereses, ante un tercero imparcial, autónomo e idóneo, que condene al Estado a reestablecer la situación jurídica infringida por su actividad o inactividad.

Para explicar el surgimiento de la jurisdicción contencioso administrativa debemos remontarnos a la Francia de 1790, fecha en la cual mediante la Ley sobre Organización Judicial 16-24 de agosto se estableció la separación de las funciones judiciales y administrativas, despojando a los tribunales franceses

de la competencia de juzgar las actuaciones de la Administración y encomendándole a la propia Administración la función de juzgar sus controversias, esto con la finalidad de evitar que el Poder Judicial perturbara la actuación de la nueva Administración surgida con ocasión de la Revolución Francesa⁶.

Bajo el lema “*Juzgar a la Administración es también administrar*”, la Administración del Estado francés se adjudicó la competencia para conocer las controversias que se suscitaban en la cuales la Administración fuese parte, siendo que en una primera etapa conocida como “*Justicia Retenida*”, el Consejo de Estado Francés fungía como órgano consultor de la Administración, preparando los dictámenes sobre los casos y correspondiéndole al Ministro tomar la decisión de las controversias; una segunda etapa denominada “*Justicia Delegada*”, en la cual el rol del Consejo de Estado Francés viene a ser determinante, pasando a ser un órgano decisor de la Administración, con independencia y autonomía, siendo en esta etapa, que inicia con la Ley de 24 de mayo de 1872, en la cual se dictan las decisiones emblemáticas que van a configurar al Derecho Administrativo como un verdadero derecho especial, distinto al derecho ordinario.

Luego de la configuración de una “*jurisdicción especial*” compuesta por “*Tribunales administrativos*”, que si bien no se encontraban insertos en la estructura del Poder Judicial francés, ejercían la función jurisdiccional, juzgando la actuación de la Administración Pública, era necesario determinar cuándo eran competentes para conocer de un determinado conflicto los Tribunales ordinarios –Tribunales civiles– y cuando la competencia le correspondía a los Tribunales Administrativos, para ello se creó el Tribunal de Conflicto Francés, órgano distribuidor de competencias, quien debía resolver los conflictos de competencia que se plantearan entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso administrativa. Y es en el seno del

6 Torrealba Sánchez, Miguel A. *Manual de Contencioso Administrativo*, Segunda Edición. Caracas, 2007, pp. 39-44.

Tribunal de Conflicto Francés donde se dictaron las decisiones que dieron nacimiento al Derecho Administrativo como un derecho especial, con sus principios y fundamentos propios, distinto del derecho civil o común, siendo sin lugar a dudas la más representativa la sentencia del caso *Agnes Blanco* del 8 de febrero de 1873⁷.

Otra peculiaridad del régimen francés son los medios de impugnación. Existían cuatro vías procesales para controlar la actividad de la Administración Pública: el recurso por exceso de poder, el recurso de plena jurisdicción, el recurso de interpretación y el recurso contencioso represivo. De estos cuatro medios procesales los dos primeros fueron sin duda los más relevantes. Mediante el recurso por exceso de poder se controlaba la validez del acto administrativo, su conformidad o no a derecho, siendo lo relevante la legalidad del acto administrativo y no los derechos e intereses de quien recurría el acto, bastando que quien impugnaba el acto tuviera un interés legítimo. Con el recurso de plena jurisdicción los ciudadanos solicitaban la tutela de sus derechos e intereses frente a la actuación de la Administración Pública, se trataba de un verdadero contencioso subjetivo en contra posición al contencioso objetivo y revisor del recurso por exceso de poder.

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

El control de los Poderes Públicos en Venezuela, a diferencia del contencioso administrativo francés, ha sido tradicionalmente un control jurisdiccional, es decir, ha sido el Poder Judicial quien a través de sus tribunales se ha encargado de juzgar las actuaciones de los Poderes Públicos.

7 Ver Soto Kloss, Eduardo *Notas sobre el Tribunal de Conflictos Francés*. En: <http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/31883/33673>

En 1830 el texto fundamental le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer los conflictos que derivaran de los contratos y negociaciones que celebrara el Poder Ejecutivo; en la Constitución de 1864 se le asignó a la Corte Federal la competencia para conocer las demandas en las que fuera parte la Nación; la Constitución de 1925 estableció que la Corte Federal era competente para conocer los conflictos surgidos de los contratos administrativos y las reclamaciones por daños y perjuicios en contra de la República; con la Constitución de 1953 la otrora Corte Federal y de Casación tenía la competencia para conocer las acciones que se presentaran en contra de la República por los daños y perjuicios así como las reclamaciones para el pago de cantidades de dinero⁸.

Si bien desde la Constitución de 1830 existieron en Venezuela una serie de medios procesales para controlar ciertas actuaciones de los Poderes Públicos, estos medios procesales no tenían un orden sistemático, no existía en Venezuela una organización del contencioso administrativo con tribunales orgánicamente estructurados a los cuales les fuese sido atribuidas competencias para conocer los conflictos que se suscitaban con ocasión de la actividad administrativa. No fue sino hasta la Constitución de 1961⁹ que se instauró en nuestro ordenamiento jurídico un verdadero sistema contencioso administrativo, el cual tenía como fundamento el artículo 206 del texto fundamental, que rezaba:

“La jurisdicción contencioso administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular

8 Torrealba Sánchez, Miguel A. *Manual de Contencioso Administrativo*, ob. cit., pp. 52-53.

9 *Gaceta Oficial de la República* N° 662, del 23 de enero de 1961. La enmienda N° 1 fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República* N° 1.585 Extraordinario, del 11 de mayo de 1973. La enmienda N° 2 fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República* N° 3.119 Extraordinario, del 26 de marzo de 1983.

los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

Posteriormente, con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 se reguló el contencioso administrativo en Venezuela, estableciéndose los respectivos procedimientos y en las disposiciones transitorias la organización de los tribunales y la distribución de las competencias. En este sentido, en el artículo 181 de la referida Ley se le atribuyó a los Tribunales Superiores en materia Civil una serie de competencias contencioso administrativa en primera instancia; en el artículo 184 se ordenó la creación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la cual estaría conformada por cinco magistrados y se le asignó una serie de competencias, además se le confirió a la Sala Político Administrativa como máximo Tribunal en materia contencioso administrativa la potestad para crear otras cortes contencioso administrativa y atribuirle las competencias respectivas.

La Constitución de 1999¹⁰ reprodujo, en su artículo 259, el contenido del artículo 206 de la Constitución de 1961 en los siguientes términos:

“La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular

10 *Gaceta Oficial de la República* N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999, reimpressa en la *Gaceta Oficial de la República* N° 5.453 Extraordinaria, del 24 de marzo de 2000. La Enmienda N° 1 a la Constitución de 1999 fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República* N° 5.908 Extraordinaria, del 19 de febrero de 2009.

los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

El citado artículo reafirma la competencia de los tribunales contencioso administrativo, presididos por la Sala Político Administrativa, para conocer todas las pretensiones que los ciudadanos planten frente a la Administración Pública con ocasión de su actividad o inactividad, con la novedad de incluir el denominado contencioso de los servicios públicos.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 era necesario dictar una Ley que regulara la organización de Poder Judicial, así como una Ley especial que regulara el contencioso administrativo. No fue sino hasta el año 2004 cuando se dictó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹¹, Ley que ha sido catalogada como la peor Ley de nuestra historia republicana¹², en la cual no se reguló la estructura y competencia de los Tribunales Contencioso Administrativo, dejando así un importante vacío legal, estableciendo en el literal b) de la disposición derogatoria, transitoria y final única que hasta tanto se dictara una Ley especial en materia contencioso administrativa, la Sala Plena mediante un acto de rango sublegal, regularía el funcionamiento y competencia de los tribunales respectivos. A pesar de esta disposición fue la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia quien por vía de sentencias estableció la organización y competencias de los Tribunales Contencioso Administrativo, en términos

11 *Gaceta Oficial de la República* N° 37.942, del 20 de mayo de 2004.

12 Torrealba Sánchez, Miguel A. *Problemas Fundamentales del Contencioso Administrativo Venezolano en la Actualidad*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2013, p. 43.

muy similares a los establecidos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1977.

Finalmente, en el año 2010 con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el contencioso administrativo venezolano sufrió un importante avance hacia un verdadero derecho procesal administrativo, no obstante, las deficiencias y omisiones de esta Ley en temas tan importantes como la pretensión procesal administrativa, la oralidad en el proceso, la no regulación de las pruebas en los juicios contencioso administrativo y la ejecución de sentencias.

El sistema contencioso administrativo venezolano ha sido tradicionalmente un sistema objetivo y revisor, centrado en el acto administrativo como objeto del contencioso administrativo y en la verificación de la conformidad a derecho del acto administrativo como centro del Derecho Administrativo.

Una vez que hemos revisado el origen y la evolución del contencioso administrativo en Venezuela hasta su configuración como un verdadero sistema de justicia administrativa con la Constitución de 1961, es necesario pasar a analizar, aunque sea de manera sucinta, los principios sobre los cuales se fundamenta este sistema de control de la actividad e inactividad de la Administración Pública.

1. Principio de judicialidad y especialidad

El contencioso administrativo venezolano desde sus orígenes ha estado inserto dentro de la estructura del poder judicial, configurándose como una competencia especializada que es asignada a unos tribunales especiales, creados para controlar la conformidad a derecho de todas las actuaciones de la Administración Pública, entendida esta en su dimensión orgánica y funcional, para lograr el restablecimiento de las situaciones jurídicas que hayan sido lesionadas por la actividad e inactividad administrativa.

2. Principio de universalidad de control de la actividad administrativa

De acuerdo con este principio no existe parcela de la actividad administrativa que esté exenta de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. El principio de Universalidad de Control se encuentra consagrado en el artículo 259 de nuestra Constitución, así como en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así pues, toda actividad administrativa, ya sea una actividad formal concretizada a través de los actos y contratos administrativos, como la actividad material de la Administración, e incluso la inactividad de ésta, son revisables por el juez contencioso administrativo, quien verificará su conformidad a derecho y no únicamente su legalidad, independientemente del órgano o ente a través del cual emana esa actividad o inactividad, siempre y cuando la realice en el ejercicio de la función administrativa.

3. Principio de subjetividad y de tutela judicial efectiva

De acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Constitución toda persona tiene derecho de acudir ante los órganos de Administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, lo cual implica que todo ciudadano tiene el derecho de acudir ante los tribunales con competencia contencioso administrativa para hacer valer sus pretensiones frente a la Administración, para lograr el restablecimiento de la situación jurídica que le ha sido lesionada.

El contencioso administrativo ha dejado de ser un sistema objetivo y revisor centrado únicamente en el acto administrativo, cuyos medios procesales van a ser determinados en torno al acto administrativo y actualmente se configura como un sistema subjetivo al cual pueden acudir los ciudadanos

para presentar sus reclamaciones, independientemente de su naturaleza, frente a la Administración Pública. Si bien la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece un sistema tasado de demandas y procedimientos que responde a las actuaciones administrativas impugnables, nada obsta para que cualquier ciudadano acuda ante los Tribunales Contenciosos Administrativos para plantear sus pretensiones frente a la Administración, a pesar que esas pretensiones no encuadren en el catálogo que trae la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (pretensiones de condena al pago de sumas de dinero, a la debida prestación de los servicios públicos, a un no hacer frente a las vías de hecho, a un hacer frente a la inactividad administrativa, pretensiones de nulidad de actos administrativos, mero declarativas de interpretación de leyes, y constitutivas o de condena para la resolución de controversias administrativas), pues toda pretensión procesal administrativa debe ser admitida en el contencioso administrativo, so pena de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva¹³.

4. Principio de responsabilidad jurisdiccional

En virtud de este principio el Estado es responsable por los daños y perjuicios ocasionados a los ciudadanos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Debemos recordar que el ejercicio de cualquier actividad estatal lleva consigo la asunción de las consecuencias derivadas de esa actividad, con lo cual la República a través de los órganos de la Administración de justicia, y por supuesto de la justicia administrativa, va a ser responsable por los perjuicios que ocasione en el patrimonio de los ciudadanos el ejercicio de la función jurisdiccional, ya sea por retardo u omisión injustificados, o por cualquier otra actuación propia de los órganos de justicia, lo cual no signi-

13 Urosa Maggi, Daniela. "Las Pretensiones Procesales en la Nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. I, Caracas, 2010, pp. 217-222.

fica que los funcionarios judiciales –el Juez y los auxiliares de justicia– también respondan personalmente por los daños que produzcan, debiendo ser sujetos a un procedimiento disciplinario o sancionatorio para determinar su responsabilidad, esto de conformidad con lo establecido en el artículo 255 de nuestra Constitución.

IV. LAS DEMANDAS CONTRA LOS ENTES PÚBLICOS BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1977, las pretensiones de condena frente a la Administración Pública por responsabilidad contractual o extracontractual, se tramitaban a través de las denominadas “demandas contra los entes públicos”, siendo que la competencia de los tribunales contenciosos administrativos venía determinada por la cuantía de la pretensión, esto es por el monto efectivamente reclamado por el demandante en su libelo de demanda.

En este sentido, establecía la referida Ley en su artículo 182, numeral 2 que los Tribunales Superiores Civiles, a los cuales se le había atribuido competencia para conocer asuntos en materia contencioso administrativo, eran competentes para tramitar las demandas que se plantearan en contra de la República o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tuviera participación decisiva, si la cuantía no excedía de un millón de bolívares y su conocimiento no estaba atribuido a otra autoridad. Por su parte la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo tenía atribuida la competencia para conocer de las demandas contra la República, los Institutos Autónomos y empresas del Estado, cuya cuantía oscilara entre el millón de bolívares y los cinco millones de bolívares, de conformidad con el artículo 185, numeral 6 *eiusdem*. Mientras que la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia como máximo

tribunal en materia contencioso administrativa conocía las demandas contra los entes públicos cuya cuantía excediera de los cinco millones de bolívares, tal como lo disponía la Ley de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 42 numeral 15.

En lo que respecta al procedimiento a través del cual serían sustanciadas y decididas las demandas contra los entes públicos, la referida Ley no estableció un procedimiento, como si lo hizo para las demandas de nulidad de actos administrativos, sino que remitió al procedimiento ordinario contemplado en el Código de Procedimiento Civil.

V. LAS DEMANDAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL EN LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estableció tres procedimientos a través de los cuales van a ser tramitadas las diversas pretensiones que los ciudadanos planteen en contra de la Administración Pública, estableciendo una especie de vínculo entre la vía procesal y la pretensión, correspondiéndole a cada pretensión o pretensiones un determinado procedimiento. Esta distribución cerrada de pretensiones-procedimientos es sin duda incompleta, al no haberse establecido un procedimiento general u ordinario a través del cual pudiera tramitarse cualquier reclamo, pues recordemos que los ciudadanos pueden plantear en sede judicial cualquier pretensión frente a la Administración Pública, indistintamente de la naturaleza de la misma, pues no existe parcela de la actividad o inactividad administrativa que escape al control de los órganos de administración de justicia, en virtud del principio constitucional de universalidad de control.

Veamos a continuación desde un enfoque descriptivo y crítico el primero de estos procedimientos, el denominado “Procedimiento de las Demandas de Contenido Patrimonial”,

el cual es el procedimiento aplicable en materia de pretensiones de condena frente a la Administración Pública por su responsabilidad extracontractual.

1. Pretensiones “de contenido patrimonial”

Las pretensiones de contenido patrimonial son aquellas que son susceptibles de ser valoradas económicamente, con lo cual la mayoría de las pretensiones planteadas en sede judicial tienen carácter económico –salvo las pretensiones en materia de estado y capacidad de las personas–, en especial las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero. En este sentido, el término empleado por el legislador para individualizar y conceptualizar el objeto del procedimiento de las “demandas de contenido patrimonial” no es el más feliz ni acertado, ya que cualquier pretensión administrativa podría generar consecuencias patrimoniales y, en consecuencias, tener contenido patrimonial.

No obstante la anterior crítica, la cual ha sido formulada por la doctrina administrativa¹⁴, este procedimiento es de suma importancia para el contencioso administrativo venezolano, ya que a través de él van a ser tramitadas no solo las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios ocasionados en responsabilidad contractual o extracontractual de la Administración Pública, sino que de conformidad con lo establecido en el parágrafo único del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, será este el procedimiento que se aplique de forma supletoria a los demás procedimientos, pudiendo afir-

14 Torrealba Sánchez, Miguel A. “Las demandas de contenido patrimonial en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo”, en Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. II, Caracas, 2010, pp. 300-306.

Kiriakidis Longhi, Jorge C. *El Contencioso Administrativo Venezolano (A la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2012, pp. 106-110.

marse que es este el procedimiento “ordinario” en materia contencioso administrativa mediante el cual deben tramitarse las pretensiones que no encuadren dentro de los procedimientos común y breve, al ser el que tiene el diseño procedimental más completo y el que se asemeja más al procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil si suprimimos la audiencia preliminar y la audiencia conclusiva.

2. Los tribunales competentes

En lo que respecta a la distribución de competencia para conocer de las demandas de contenido patrimonial entre los distintos tribunales contenciosos administrativos, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa mantuvo el tradicional criterio de la cuantía para asignar esta competencia entre los distintos tribunales, en este sentido tenemos lo siguiente:

- a. Los Juzgados Superiores Estadales Contenciosos Administrativos son competentes para conocer en primera instancia de las demandas de contenido patrimonial que se ejerzan contra los entes de las Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, cuando la cuantía no exceda de las treinta mil unidades tributarias (30.000 U.T.) a tenor de lo dispuesto en el artículo 25 numeral 1° de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; correspondiéndole a los Juzgados Nacionales Contenciosos Administrativos la competencia para conocer los recursos de apelación que se ejerzan en contra de las sentencias dictadas por los Juzgados Superiores Estadales.
- b. Los Juzgados Nacionales Contenciosos Administrativos (quienes en realidad tienen competencia regional y no nacional), conocen en primera instancia las demandas de contenido patrimonial que se ejerzan contra los entes de las Administración Pública Nacional, Esta-

dal y Municipal, cuando la cuantía supere las treinta mil unidades tributarias (30.000 U.T.) y siempre que no exceda de setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T.), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24, numeral 1 *eiusdem*, correspondiéndole a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el conocimiento en segunda instancia.

- c. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a tenor de lo dispuesto en los artículos 26 numeral 1° de la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 23, numeral 1° de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conoce en primera y única instancia las demandas de contenido patrimonial que se ejerzan en contra de los entes de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal cuando la cuantía de la pretensión sea superior a las setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T.).

3. El antejuicio administrativo como requisito de admisibilidad de las demandas de contenido patrimonial contra la República, los Estados y los Institutos Autónomos

Antes de acudir a la vía judicial para plantear las pretensiones de condena frente a la Administración Pública, es necesario agotar el denominado antejuicio administrativo, mediante el cual se busca la resolución de las controversias entre los ciudadanos y la Administración Pública en sede administrativa, previniendo así eventuales litigios y que la Administración tenga conocimiento de los hechos que dan lugar a la reclamación, así como los montos reclamados y el derecho invocado para plantear tales reclamaciones.

Ya la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004 establecía en sus artículos 19 y 21 la necesidad de agotar previamente un procedimiento administrativo, contemplado

en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, antes de acudir a la vía judicial para demandar a la República, so pena de la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda.

Este requisito de admisibilidad de las demandas que se planteen en contra de la República fue incluido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al establecer en su artículo 35 numeral 3 que las demandas serán declaradas inadmisibles cuando se haya incumplido con el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, los Estados, o contra los órganos o entes del Poder Público a los cuales la Ley le atribuye tal prerrogativa.

En este sentido, el Decreto N° 2.173 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del año 2015¹⁵, contiene en sus artículo 70 al 75 el procedimiento administrativo que deben seguir quienes pretendan incoar demandas de contenido patrimonial en contra de la República, reafirmando en su artículo 76 que constituye causal de inadmisibilidad de las demandas y tercerías contra la República si no ha sido verificado el procedimiento administrativo.

No es nuestra intención –ni el objeto de este trabajo– estudiar detalladamente el antejuicio administrativo, sus fases, o naturaleza jurídica, pero si resulta importante a los fines de establecer los presupuestos procesales que deben verificarse de cara a la tramitación y posterior decisión de las demandas de contenido patrimonial, analizar si, en definitiva, el cumplimiento de este requisito pudiera constituir una limitación al acceso a la justicia por parte de los ciudadanos y de su derecho constitucional de acción.

Si bien la intención del legislador es la de resolver en una instancia inferior los conflictos suscitados entre los ciudadanos y la Administración Pública sin necesidad de acudir a los

15 *Gaceta Oficial de la República* N° 6.210 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015.

organismos de administración de justicia, por el tiempo y los costos que ello implica, lo cierto es que el antejuicio administrativo se ha constituido en un obstáculo más en la satisfacción de las pretensiones de los ciudadanos y en la materialización de la justicia, pues al establecerse de manera obligatoria la verificación de este procedimiento, se coloca en cabeza de los ciudadanos la carga de transitar todo un procedimiento previo al judicial que le acarrea gastos en el pago de los honorarios profesionales de los abogados que los asistan o representen en esa instancia, aunado al hecho de retrasar innecesariamente el pago de los montos correspondientes por concepto de daños y perjuicios (materiales y morales) a los cuales pudiera ser condenada la Administración Pública, los cuales pudieran verse incrementados en el supuesto de que la Administración Pública no de una oportuna respuesta en sede administrativa.

4. Las etapas del proceso: de la presentación de la demanda a la sentencia de mérito

El procedimiento de las demandas de contenido patrimonial inicia, en virtud del principio dispositivo, por demanda presentada por quien alegue tener un interés jurídico actual, la cual puede ser interpuesta en cualquier momento al no existir un plazo de caducidad para este tipo de demandas, ante el Tribunal competente el cual como vimos *supra* viene determinado por la cuantía de la pretensión, pudiendo el demandante presentar la demanda ante un tribunal de municipio si en su domicilio no existe un tribunal contencioso administrativo, de conformidad con la norma del artículo 34 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La demanda deberá contener los requisitos de forma establecidos en el artículo 33 *eiusdem*, los cuales son comunes a todas las demandas contencioso administrativa, salvo el relativo al numeral 5 en el cual se establece que quien pretenda indemnización por daños y perjuicios deberá señalar el monto estimado y los fundamentos del reclamo, lo cual es determinante a los fines de establecer el tribunal competente.

Una vez presentada la demanda el Tribunal deberá dentro de los tres días de despacho siguientes pronunciarse sobre su admisión, si el libelo de demanda cumple con los requisitos de forma y si no se encuentra incurso dentro de las causales de inadmisibilidad establecidas en el artículo 35 de la LOJCA. En caso de verificarse alguna de las causales de inadmisibilidad el juez contencioso administrativo deberá declarar inadmisibile la demanda, pudiendo el demandante ejercer el recurso de apelación contra esta decisión; en cambio si el juez determina que la demanda no cumple con los requisitos formales del artículo 33 de la LOJCA debe ordenar un despacho subsanador de tres días para que el demandante corrija los errores de forma de la demanda. Una vez subsanados los errores dentro del lapso de ley, el juez decidirá sobre la admisión de la demanda. El recurso de apelación procede en un solo efecto contra el auto que admita la demanda y en ambos efectos en contra de la decisión que inadmita la demanda.

El auto que admite la demanda ordenará la citación personal de la parte demandada –ente de la Administración Pública–, la cual se realizará de acuerdo a las normas del Código de Procedimiento Civil sobre citación, salvo la citación de los Procuradores (General, Estatal o el Síndico Procurador) las cuales se realizan conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y a la Ley del Poder Público Municipal, esto a los fines de que comparezca ante el Tribunal a la celebración de la Audiencia Preliminar, la cual se llevará a cabo al décimo día de despacho siguiente aquel en que conste en autos la última de las notificaciones, aunque en la practica la oportunidad para la celebración de la Audiencia Preliminar se fija por auto separado. La no comparecencia del demandante a la Audiencia Preliminar acarrea como consecuencia el desistimiento del procedimiento, mienta que si es el demandado quien no asiste la causa continua su curso.

La Audiencia Preliminar tiene como finalidad en primer lugar la terminación del proceso mediante la conciliación o

mediación entre las partes, y en caso de que no sea posible un arreglo amistoso, cumple con una función saneadora o subsanadora, pues es en esa oportunidad en la cual se debe depurar el proceso, resolviendo todas las cuestiones de forma relativas a los presupuestos procesales para que se dicte la sentencia de fondo. Una vez depurado el proceso deben determinarse cuáles son los hechos controvertidos, excluyendo así del debate aquellos sobre los cuales no verse cuestionamiento alguno y, por último, la audiencia preliminar debe cumplir con una función preparatoria mediante la fijación de las pruebas legales y pertinentes tendentes a demostrar las afirmaciones de hecho de las partes.

Dentro de los cinco días de despacho siguientes a la celebración de la Audiencia Preliminar la parte demandada deberá dar contestación a la demanda, lo que constituye una segunda oportunidad para que el demandado presente sus defensas, pues recordemos que en la Audiencia Preliminar deben fijarse los hechos controvertidos lo que necesariamente se hace luego de que la parte contra la cual se está accionando da contestación al fondo de la controversia, existiendo entonces dos oportunidades para la contestación de la demanda, además la propia LOJCA establece que con la contestación de la demanda deberán acompañarse los documentos probatorios y, posteriormente, se abre un lapso probatorio de cinco días de despacho para que las partes presenten sus escritos de pruebas, con lo cual existiría dentro del procedo tres oportunidades para promover pruebas, todo lo cual rompe con el principio de preclusividad de los lapsos procesales.

Durante el lapso probatorio luego de que las partes presenten sus respectivos escritos de pruebas, se abre un lapso de tres días de despacho para que cada parte en el ejercicio de su derecho a la defensa, ejerzan el contradictorio de las pruebas mediante la oposición a las pruebas, debiendo el tribunal pronunciarse sobre la admisión de los medios probatorios dentro de los tres días de despacho siguientes, debiendo consi-

derar la legalidad, pertinencia y conducencia de los mismos. Una vez que las pruebas han sido admitidas tendrá lugar la evacuación de aquellas que por su naturaleza requieran ser evacuadas.

Finalizado el lapso probatorio se celebrará la Audiencia Conclusiva la cual no es más que una presentación oral de los informes o conclusiones de las partes, debiendo ser consignado en ese mismo acto el escrito de informes. Finalizada la Audiencia Conclusiva la causa pasa a estado de sentencia, la cual deberá ser dictada dentro de los treinta días continuos siguientes, pudiendo ser diferida la oportunidad para sentenciar por causas justificadas por un periodo igual. Contra la sentencia de mérito que se dicte la parte perdedora podrá ejercer el recurso de apelación, el cual deberá ser oído en ambos efectos.

5. El problema de la ejecución forzosa de sentencias que condenan al pago de suma de dinero

Una vez que hemos transito la vía administrativa con el antejuicio administrativo, que hemos acudido a la vía judicial a plantear nuestras pretensiones de condena al pago de sumas de dinero en contra de la Administración Pública, que hemos logrado probar los elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública como lo son el daño –material y/o moral–, la relación de causalidad y la imputación a la Administración Pública por su actividad o inactividad Administrativa, que hemos obtenido una sentencia favorable a nuestra pretensión en primera instancia, la cual seguramente haya sido recurrida por la Administración Pública y que el Tribunal de Segunda Instancia haya confirmado la procedencia de nuestra pretensión, obteniendo así una sentencia definitivamente firme, nos encontramos frente a la ejecución de esa sentencia para lograr la definitiva materialización de la justicia como fin último de todo proceso.

El derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en nuestra Constitución en su artículo 26 abarca no solo el derecho de acción, al debido proceso, al juez natural, a la defensa (el derecho de alegar y probar) y el derecho a la tutela cautelar, sino que también implica el derecho que tiene el justiciable de que, una vez obtenida una sentencia definitivamente firme favorable a su pretensión, esta sea ejecutada en los mismos términos en los que fue dictada por el juzgado y de manera excepcional se puede acudir al cumplimiento por equivalente, siendo como ya dijimos el cumplimiento *in natura* la regla general¹⁶.

No obstante, la importancia que reviste la ejecución de las sentencias, es sin duda esta fase del proceso la que más dificultades plantea –por la ausencia de voluntad de la Administración Pública en cumplir con las sentencias condenatorias que se dictan en su contra–, y más aún en el proceso contencioso administrativo. En este sentido, no existe en materia contencioso administrativa un procedimiento único y uniforme para la ejecución de las sentencias, así tenemos que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa regula en los artículos 107 y siguientes el tema relativo a la ejecución de sentencias, asignándole al Tribunal que conoció de la causa en primera instancia la competencia funcional para ejecutar la correspondiente sentencia. Asimismo establece que la ejecución de las sentencias en las cuales la República o algún estado hayan sido condenados se aplicarán las normas de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, mientras que cuando se trate de un Municipio se seguirán las normas de la Ley del Poder Público Municipal, siendo aplicables supletoriamente el procedimiento de ejecución previsto en la LOJCA, el cual se aplica por vía principal a los institutos autónomos, empresas de Estados y demás entes públicos. En efecto, existen tres procedimientos en materia contencioso administrativa para la ejecución de sentencias, contenidos en leyes distintas,

16 Torrealba Sánchez, Miguel A. "Consideraciones sobre la Ejecución de Sentencias en el Proceso Administrativo Venezolano". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2014, pp. 464.

cuya aplicación dependerá del ente público que resulte condenado.

Si bien no nos corresponde en estas líneas ahondar en el estudio de las formas de ejecución de sentencias –voluntaria o forzosa–, resulta necesario pasar a analizar el tema relativo a la ejecución de las sentencias que condenan al pago de sumas de dinero y los problemas que puede suscitar este tipo de ejecución.

Así, tenemos que una vez agotada la fase de ejecución voluntaria de la sentencia sin que se verifique el cumplimiento voluntario, el juez debe determinar la forma en que la sentencia será ejecutada dependiendo del tipo de sentencia que se trate. En el caso que nos atañe, las sentencias que condenan al pago de sumas de dinero, el juez deberá ordenar a la máxima autoridad administrativa de la parte condenada que incluya el monto a pagar en el presupuesto del próximo año y el siguiente, salvo que exista provisión de fondos en el presupuesto vigente. El monto anual de la partida destinada para tal fin no podrá exceder del 5% de los ingresos ordinario del ente ejecutado. En el supuesto de no ejecutarse la correspondiente partida presupuestaria, el tribunal, a instancia de parte, deberá ejecutar la sentencia conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la ejecución de sentencias que condenan al pago de cantidades de dinero, esto es a través del embargo ejecutivo (desapoderamiento forzoso) sobre los bienes propiedad del ente condenado, siempre y cuando esos bienes no tengan un destino público o a la prestación de un determinado servicio público.

VI. REFLEXIONES FINALES

Con este trabajo pretendimos dar una visión general del contencioso administrativo de la responsabilidad patrimonial originada por la actividad e inactividad de la Administración

Pública, haciendo especial referencia a los problemas que hoy día plantea la vía procesal contemplada en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para tramitar este tipo de pretensiones frente a la Administración Pública.

El tema del contencioso administrativo enfocado hacia la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es de suma importancia hoy día, y más en nuestro país en el que pareciera que la irresponsabilidad administrativa se ha convertido en la regla general.

Ser responsable consiste en asumir las consecuencias derivadas de la conducta subjetiva y la Administración Pública como entramado de órganos y entes al servicio de los ciudadanos no escapa del principio de responsabilidad patrimonial que debe regir en todo Estado de Derecho, pues quien cause un daño a otro tiene la obligación de reparar íntegramente ese daño. Pero no basta la existencia del principio de la responsabilidad patrimonial sino que se requiere de un sistema de justicia compuesto por jueces, secretarios y demás auxiliares de justicia, autónomos e independientes del Poder Ejecutivo y del resto de los Poderes del Estado, así como de mecanismos procesales idóneos a través de los cuales los ciudadanos puedan reclamar la reparación de los daños causados en su esfera patrimonial y que una vez declarada esa responsabilidad de la Administración Pública sea efectivamente reparado ese daño.

El sistema de justicia venezolano tiene hoy día una deuda con los ciudadanos que diariamente se ven afectados en su esfera patrimonial por la actividad e inactividad administrativa, esperemos que con el devenir de las cosas y la voluntad de quienes detentan la titularidad de los Poderes Públicos en Venezuela, esa deuda sea saldada.

Buenos Aires, 13 de marzo de 2019

THE COMPLEX OVERLAP BETWEEN ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL LAW: SOME POLICY CONSIDERATIONS AND AML REGULATIONS

Jesús A. Villegas-Ruiz¹

Resumen: El siguiente artículo analiza de forma amplia la zona gris y la interrelación entre el derecho penal y el derecho administrativo. Este artículo es un estudio enfocado en la dualidad entre el derecho norteamericano y el derecho venezolano, como ejemplos de culturas legales distintas, comparando sus regulaciones en materia de delitos de cuello blanco y legitimación de capitales. En la sección A de este artículo se estudia la acción privada y la responsabilidad civil como teorías legales para enjuiciar entes corporativos desde una perspectiva de derecho comparado y así explorar las actuales tendencias en derecho penal y derecho regulatorio. En la sección B se analiza y compara las regulaciones contra la legitimación de capitales entre Estados Unidos y Venezuela como ejemplo de esquemas regulatorios y penales complejos. En tal sentido, este artículo explica de forma general las normas de cumplimiento rectoras en la materia en ambos sistemas siguiendo las tendencias regulatorias y de política pública en el área. Finalmente, se discuten las dificultades de aplicación práctica de tan compleja regulación.

Palabras Clave: Legitimación de capitales. Delitos de cuello blanco. Derecho Regulatorio. Acción Privada.

Summary: The following article analyses in a big picture the current and very strong overlap between criminal law and administrative law in a comparative perspective focusing specially in the dualism between U.S and Venezuelan regulations, tradi-

1 Abogado, Magna Cum Laude, Central University of Venezuela. Master of Comparative Laws at the University of Pennsylvania Law School. Master of Laws in American Law at Boston University School of Law. Professor of Law at the Master of Private International Law and Comparative Law of the Central University of Venezuela.

tions, and money laundering legislations. In doing so, on one hand, in the part A of this article, it is studied private action and civil liability theories to punish corporative crimes from a comparative perspective in order to explore the current trends in criminal and regulatory law. On the other hand, in the part B of this article, we analyze the American and Venezuelan Anti Money Laundering reporting regulations as an example of such criminal regulatory scheme. For that purpose, the paper explains the overall AML regulation in both systems, with focus in the banking sector and AML compliance obligations under the current regulatory trends. Finally, this essay points out the particularities of AML enforcement between the systems, analyzing the difficulties of such complex regulation.

Key words: Money Laundering. White Collar Crime. Regulatory & Comparative Law. Private Action.

Recibido: 29 de junio de 2019 Aceptado: 20 de enero de 2020

SUMARIO

Introduction

- I. Part A: A policy consideration about Criminal and Administrative Law in a new era
- II. Part B: Money laundering as an example of the overlapping between regulatory and criminal law. The comparative case of U.S vs. Venezuelan regulations

Conclusions

INTRODUCTION

Law is a complex idea to explain to non-lawyers. In brief, it provides order and freedom but also coercion and punishment when necessary. Law is diverse in its rules and has a diversity of principles and traditions. But law is transforming and becoming more unified from a practical point of view. More and more, systems are touching each other creating not domestic law but generalized principles of law. This idea is mainly applicable to Administrative Law and Criminal Law, areas which were considered a few decades ago very distinguishable. This is no longer the case when the law practice is more complex, integral and multidisciplinary.

Law is changing in very unpredictable ways and internationalization may seem to be the new horizon for law practitioners. The local reach of our systems is less every day. Just as an example, international litigation is leading the new way of handling legal disputes. U.S. and foreign legal systems have further connections thanks to either international treaties or simply because the foreign parties involved. The territoriality of the law, in the past a sacred principle, is no more. U.S. and foreign courts more than ever are handling cases with facts interconnected with foreign jurisdictions.

This essay has born precisely due to our personal comparative study of different perspectives of regulatory law. We strongly believe that the path of the litigator has ended. As the writer of these notes declares himself as a regulatory attorney, we have witnessed how the administrative practice is changing to become an overlap of different areas otherwise not connected. This is especially relevant is you are a law practitioner outside the United States: the world has changed forever. The old principles of criminal law have merged to create a new trend of corporate compliance, private regulation, and programs focused culture to adapt business to heavy regulated sectors and creating new practices.

The importance of the solo practitioners and law firms have ceased to give space to in-house counsels who really need to know how business adapts to complex environments while global commerce supposes being in touch with multiple laws at the same time. Counseling American corporations with foreign operations imply that they are subject to American laws as well but also domestic. This extraterritorial approach of U.S law has been profoundly studied and has been very controversial under international law standards. But the extraterritorial application of law is a reality that should be well understood by law practitioners around the world. Somehow, it's true to affirm that the laws are no territorial anymore.² Then, in many

2 Under the traditional view of the objective territorial principle of jurisdiction, prescriptive jurisdiction may be asserted over acts that occur inside State. In practice, the United States case law has held that extraterritorial application of the law may be asserted if there is an adverse or detrimental "substantial effect within" the United States. Then, protective jurisdiction is often asserted when non-U.S. nationals have committed an act outside the United States that is "directed against the security of the state or other offenses threatening the integrity of governmental functions that are generally recognized as crimes" –acts such as espionage, conspiracy to violate immigration or customs laws, and the like. Under *Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, the Supreme Court of the United States has held that is a "longstanding principle of American law 'that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States.'" However, in prac-

aspects, law practice has changed. This is why, as Norman Veasey and Christine T Di Guglielmo point out “we start with the premise that [...] counsel[s] in the new reality must understand that there *is* a new reality”³ and our job is to adapt and navigate this new landscape.⁴ Now, what is currently happening in the regulatory framework where companies (and ourselves) are living today? From a corporate point of view, which is the goal of these notes, corporations have more regulatory duties than ever before to carry out their businesses. We explore the policy considerations about this punishment of corporate business in the heavy regulatory landscape that goes beyond the U.S border and is shaping the new notions of Public Law worldwide.

Following these guidelines of academic questioning of the current state of affairs in corporate criminal law and administrative law, Part A of these notes studies the current challenges of white-collar crimes from a policies’ perspective. Part B will analyze comparatively anti-money regulations between the United States and Venezuela, which will be particularly useful for Regulatory Attorneys in the banking sector but also as an example of the complex scenarios corporations are set on.

I. PART A: A POLICY CONSIDERATION ABOUT CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE LAW IN A NEW ERA

Under the general theory of crime, it has been understood the basic principle that some conducts are contrary to essential human values, interest or rights. Crime and its punishment is the extreme application of force under the rule of law. In doing so, the State imposes the most coercive penalties to their citi-

tice, Congress has adopted laws with this particular provision, extending the application of the U.S. law worldwide.

3 E. Norman Veasey and Christine T. Di Guglielmo, *INDISPENSABLE COUNSEL: THE CHIEF LEGAL OFFICER IN THE NEW REALITY*, Oxford University Press (2012) at 14.

4 *Id.* At 15.

zens. As a policy consideration, some crimes are more punishable than others from the moral perspective. Then, crimes like homicide, are clearly and identifiably wrongdoings where every person may agree with. The question, however, arises in cases where the result of the crime is not that simple to identify. In the homicide, there is an imminent result, a person has been killed with malice aforethought. But in other kinds of crimes, like illegal conducts with impact in the financial system, sometimes arise the question: what's exactly the wrongdoing that has been committed? Why do we have to punish those conduct with the extreme force of criminal sanctions?

After *Enron* and *Arthur Andersen*, the American corporate world has changed. But also, the world has changed. On one hand, it is undeniable the sphere of influence that the United States represents to the rest of the world, being one of the most important actors in global commerce. Somehow, American Law is shaping the law worldwide, having an important influence in countries in the western hemisphere. On the other hand, important and sensitive corporate activity is carried on the American markets. Then, a high-level financial crime may impact the global economy in ways never imagined before. Corporations indeed have committed crimes, and this has been well-settled and understood in the United States. The context where white-collar crimes develops has been studied several times with mix opinions.

For some, "white-collar crime came to epitomize greed, which increasingly seemed morally wrong and more deserving of retribution."⁵ For others, white-collar crime is more rational, cool, and calculated than sudden crimes of passion or opportunity, so it should be a prime candidate for general deterrence.⁶ Even, some people have argued that, from an economist perspective, it might be argued that if one increased

5 Stephanos Bibas, *White-Collar Plea Bargaining and Sentencing after Booker*, 47 WM. & MARY L. REV. 721 (2005) at 723.

6 *Id.* at 724.

the expected cost of white-collar crime by raising the expected penalty, white-collar crime would be unprofitable and would thus cease.⁷ In short, criminological speaking, it is difficult to characterize these sophisticated crimes. But white-collar corporate liability has also been subject to debate: whether to punish corporations, the individuals doing the illegal activity, or both in parallel. In other jurisdictions, lawmakers have taken a different approach to this question, considering only criminally liable the individual behind the criminal activity instead the corporation as a legal persona. In any case, what's the best policy approach?

It is accurate to say that every citizen wants justice to be served, and white-collar criminals do not escape of such consideration. But white-collar practice is complex. It is well-known that white-collar crimes suppose complexity and it is a very sophisticated practice. Indeed, these cases are difficult in several ways because "white-collar crimes [are] difficult to investigate and prove, beginning with reconstruction of what happened (are financial statements false?) to determining who knew the facts (were duties so dispersed that no one person knew the big picture?) to assessing intent (was the falsity an innocent error or purposeful fraud?)."⁸

In this background, the aim of this part A is to explore the policy considerations of the punishment of corporation's white-collar crimes from a pragmatic perspective. In addition, we are going to pass through several considerations based on comparative law, using the example of Venezuelan criminal law, as a typical civil law system. In this contrast, we hope to proportionate some ideas about the regulation of white-collar crime with a comparative perspective and share our opinion over the issue of punishment of corporation in the context of

7 BIBAS *supra*, citing Richard A. Posner, *ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW* 205 (3d ed. 1986).

8 Pamela Bucy Pierson, *RICO, Corruption and White-Collar Crime*, 85 TEMP. L. REV. 523 (2013) at 542.

white-collar crimes. For this purpose, in part I of this paper, we address the general question of punishing corporations in the new criminal law and the raise of the regulatory state. In part II, we address some ideas and concerns of private action as a technique of punishing corporations. In part III, we address civil liability as a way of punishment of corporate wrongdoing. Finally, we conclude with our opinion about what is the best way to make policy in this debate arguing that corporate criminal liability may be a problem in the sense of their punishment implications to third parties and society.

1. Punishing corporations wrongdoing

As a premise today, corporations are criminal offenders. Corporations commit crimes because they have criminal liability. To illustrate how corporations are punished, we want to explore the current law regarding the criminal and civil liability of corporations to then introduce a discussion of their policy importance. As a comparative law analysis, let's keep clear that white-collar Law is in good part supported by case law in the United States, while in other parts of the world there are several criminal statutes which are regulating this situation with formal regulations. As we will see, in other jurisdictions the corporate wrongdoing is only a matter of statutory creation. In both cases, the policy behind is the same: the protection of an infinite number of potential victims in very sensitive areas and procure enforcement of laws and regulations from very sophisticated criminal offenders. In any event, the consequence of prosecution of corporations are actually the same: the destruction of the corporate entity and the business held by itself, having this several collateral consequences (employees losing their jobs, consumers not having access to good and services otherwise provided, economic crisis, among others).

Under U.S law, corporations have criminal liability such as any legal person. Long time ago, in *Hudson River Railroad*,⁹ the Supreme Court held that “a corporation is held responsible for acts not within the agent’s corporate powers strictly construed, but which the agent has assumed to perform for the corporation when employing the corporate powers actually authorized, and in such cases there need be no written authority under seal or vote of the corporation in order to constitute the agency or to authorize the act.”¹⁰ In this way, and under the theory of agency, Federal law has recognized the criminal liability of corporate entities.

As every individual, the commission of a crime supposes the violation of a statute which considers particular interest protected. Corporations can violate such interest by their illegal behavior. In a broad way, corporate wrongdoing is the violation of any legal statutes with criminal consequences under the agency theory. But it is hard for companies to keep constantly on track and compliant with rules and regulations. In some sense, it is inevitable the violation of some rules, but the problem arises when such violation is critical given their criminal nature. Money laundering, securities fraud, RICO, among others, may explain some corporate criminal behavior. As a matter of policy, U.S. legislation has considered corporations criminal offenders as well as individuals.

In civil law, this is not the case. Corporations are not criminally liable. But this situation is changing dramatically. For instance, under Venezuelan law criminal corporate liability is a new institution under Money laundering laws. Although it’s fair to say that there are no specific laws regulating corporate liability in Venezuela, there are some special regimes in the matter changing traditional notions of Venezuelan criminal

9 New York Central & Hudson River Railroad v. United States, 212 U.S. 481 (1909).

10 *Id.* at 494.

law.¹¹ Traditionally, civil law systems have been reluctant to criminalize corporate wrongdoing.

In several civil law jurisdictions, there is not the idea of corporate criminal liability because of this distinction between the legal entity and the individual. Usually, it is held the aphorism that corporations cannot be imprisoned because there are not persons. This is also known as *societas delinquere non potest* which means corporations do not commit crimes.¹² However, thanks to the current trends, civil law legislations are changing this old perspective. For instance, Venezuelan Criminal Law has allowed the prosecution of corporate entities as defendants in criminal cases under investigation in money laundering offenses. Even though neither the Venezuelan Criminal Code nor the Criminal Procedure Code contemplate a provision allowing the prosecutions of corporations for criminal offenses because they are tailor-made provisions for the crimes committed by the individuals. In any event, the legislation seems to be in the directions of imposing monetary penalties to corporations given the fact of the impossibility of other remedies. At the end, legal systems are not so different and there are touching each other. We may say that we face the same material problems worldwide.

As a comparative example, in the case of the Venezuelan money laundering provisions, under the Law against Organized Crime and Terrorist Financing¹³ ("LOCTF"), legal entities are "*are civil, administrative and criminally liable for criminal offenses related to organized crime and financing of terrorism committed by them, by their agents or their representatives,*"¹⁴ subject

11 In particular, Money Laundering, Environmental Act, Fair Prices Act, among others.

12 See generally, Thomas Weigend; *Societas delinquere non potest?: A German Perspective*, J. INT'L C. LAW, (2008).

13 Official Gazette No. 39.912 dated 30 April 2012.

14 *Id.* In particular, LOCTF, Art. 31 established that: "Legal entities, excluding the State and its companies, are civil, administrative and criminally liable for criminal offenses related to organized crime and financing of

to sanctions in the administrative and judicial setting. In so doing, in the case of the commission of criminal offense, the LOCTF allows the judiciary to impose criminal sanctions to those corporations found guilty of committing criminal offenses. In this framework, judges may impose, upon their discretion and only in crimes related to Organized Crime and Terrorist Financing, the final closure of the legal entity in the case of the intentional commission of the offenses established in this LOCTF; the prohibition to carry out commercial, industrial, technical or scientific activities; and fines equivalent to the value of the capital in the event of the money laundering resulting from the criminal offense, among other discretionary sanctions.¹⁵

Legislators around the world are moving forward to penalize criminal behavior. In the United States, today, “fighting corporate fraud and other misconduct is a top priority of the Department of Justice”¹⁶ but “in large corporations, where responsibility can be diffuse and decisions are made at various levels, it can be difficult to determine if someone possessed the knowledge and criminal intent necessary to establish their guilt beyond a reasonable doubt.”¹⁷ This is not a new problem and in fact, it has been always the main issue: how to determine the scope of the corporate wrongdoing and its consequences?

terrorism committed by them, by their agents or their representatives. In the case of legal entities in the banking, financial or any other sector of the economy, which intentionally commits or contributes to the commission of crimes of organized crime and financing of terrorism, the Public Ministry shall notify the corresponding agency for the application of administrative measures that may apply.”

15 *Id.* Art. 32. Judges are allowed to impose a complete publication of the judgment in one of the newspapers of greater national circulation at the expense of the legal person in any case, or even refer the case to the corresponding administrative agencies for the purpose of deciding the revocation of concessions, authorizations and administrative authorizations granted by the State.

16 Memorandum from Sally Quillian Yates, Deputy Att’y Gen., U.S. Dep’t of Justice to All U.S. Att’ys et al., Individual Accountability for Corporate Wrongdoing (Sept. 9, 2015) [Yates Memo].

17 *Id.* at 2.

Indeed, corporations may commit crimes. But the punishment of those crimes cannot be the same as the punishment of the individual for obvious reasons: the corporation may be a legal entity, but it is not a human being that can be imprisoned.

So, it is fair to say that there is a trend in the legislation to adopt new techniques of punishment to new kinds of crimes that, when criminal law was originally thought, I would have never imagined happening.¹⁸ Insofar the world is more complex, the complexity of criminal activities is also evolving. Venezuelan law, and some other civil law system are an example of such statement. Then, regulations made only for crimes committed by individuals, are somehow archaic for the new reality: some crimes must be directly focused on corporations rather than individuals. In view of this rationale, the policy consideration is that the punishment may not be the same. But which is the best remedy possible in these circumstances?

We believe there are two ways to punish corporations. First, using criminal law and typified crimes about some corporate behavior considered wrong. Second, using civil and administrative remedies sanctioning some corporate behavior considered wrong. We believe the best option is the second one and we explore this in part III of this paper. In addition, and in practice, there is an underlying situation: corporations are “prosecuted” by two teams: regulators and prosecutors, which have different goals, purposes, and interests. But between these teams, there is no chance of the private prosecution of crimes as a part of the criminal justice system.

18 However, as a matter of practice, still Venezuelan prosecutors are not charging corporate entities but rather the human beings behind the corporate veil. There are not statistics or data which can explain with this phenomenon. But we truly think it has to be with the notions of justice in the prosecution of crimes. There isn't the same impact of the prosecution of a corporation than the prosecution of a director or owner of such enterprise.

As we will discuss, the theory of private action is an idea essentially from common law systems. Every Constitution has created a particular model of criminal justice systems and this may vary depending on the jurisdiction we are talking about. The U.S. constitution has created a criminal justice system where prosecutors must prove their cases beyond reasonable doubt. In this case, prosecutors must prove that a crime has been committed by the defendant. Similarly, in Venezuela, the Constitution has created a system where prosecutors must prove their case against the defendant which is innocent until proved it's guilty.¹⁹ But why all the powers of prosecution may rest upon the shoulders of the State? Is not Justice a matter where everyone is concerned? What is the problem of allowing people outside the State's side to participate in the criminal process? These are some questions regarding the importance of private action in criminal law we want to explore as follows.

2. Private action: why the enforcement of critical regulations must be done only by the government?

As a preliminary matter, we can see the discussion of the theory of private actions from two perspectives. On one hand, there is private action when a private party seeks civil remedies from the wrongdoing of another because a statute provides relief in case of doing so. This is also called private enforcement of public laws. On the other hand, we may say there is a private action in the course of a criminal prosecution where the victim may seek criminal remedy against the criminal offender. In this paper, we refer essentially to the first category, although both classes of actions may be discussed as a matter of public policy upon white-collar crimes. We hope to offer an overview of the institution and present our conclusion of its usefulness in the current white-collar theory.

19 Venezuelan Constitution, art. 49 (2).

Traditionally, civil law systems have denied the possibility of their citizens to file actions in cases where the State has a mandatory function to enforce regulations. Then, civil law prosecutors are obliged to enforce the law rather than bargaining with it. However, in some instances, this answer is not absolute. For instance, under Venezuelan criminal law, some kinds of crimes are private in nature. This means that victims may bring their own actions against the criminal offender under particular circumstances without prosecutorial supervision.²⁰ In the United States, when we refer to private action, we are actually referring to the situation where potential plaintiff has incentives to enforce regulations.

The idea of civil private action is very American in a lot of senses. Private action has a long history of antitrust laws around the world. In particular, common law systems have been receptive to the idea of private enforcement of laws and regulations. It has its origin under competition laws, where “private enforcement also plays a significant role in deterring antitrust violations.”²¹ In the context of antitrust private action litigation, many commentators have criticized the existing system of private antitrust litigation. Some assert that “private actions too often result in remedies that provide lucrative attorney’s fees but secure no real benefits for overcharged purchasers.”²² The private action in antitrust law is essentially a civil remedy, granting to the victorious party money damages.

20 Under Venezuelan Procedural Criminal Law, there is an old distinction between crimes of private action and crimes of public action, where the first were prosecuted by the cause of action brought by the victim’s crime while the second were all the crimes subject to prosecution by public officials in representation of the people. This distinction is useless in practice because almost all crimes are considered of public actions. The only crimes considered of private action are adultery, defamation, and those related to the injury of property.

21 Robert H. Lande & Joshua P. Davis, *Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases*, 42 U.S.F. L. REV. 879 (2008) at 884.

22 *Id.*

At least in this area of law, it has been usually allowed private individuals bringing their own cause of actions, mainly due to the advantages it has for the collective good. But even in antitrust, where private actions are generally accepted, there are several critics. So, "one common criticism of private actions in general, and of class actions in particular, is that they are a form of blackmail or extortion, one in which plaintiffs' attorneys, with little risk to themselves, coerce defendants into settlements based not on meritorious claims, but rather on the cost of litigation or fear of an erroneous and catastrophic judgment."²³ Indeed, there is the possibility of manipulating the judicial process to obtain outcomes not related to the justice of the case as we further will discuss in this paper. In contrast, some point out "there has been a traditional tendency to assume that laws designed to produce public benefits should be enforced by public authorities while laws designed to regulate the interactions of private actors should be enforced by private actors."²⁴

This is essentially the case of civil law jurisdictions as we have explained where the monopoly of power tends to rest upon the public authority as the criminal justice system is organized. But this monopoly of authority has been questioned with some truth in the arguments against this theory of the criminal process. Indeed, as some have pointed out, "the private enforcement of public laws can act as a check on the monopoly power of enforcement that public authorities would otherwise enjoy. [Then] a private individual who has suffered a violation may be in a better position and may have better information to enforce public laws than a public official. It is the aggrieved person rather than the public official who has the greatest incentive to seek corrective justice in the form of

23 Id at 885 referring to Donald F. Turner, *The Durability, Relevance and Future of American Antitrust Policy*, 5 Cal. I. Rev. 797, 811-812 (1987).

24 Kent Roach; Michael J. Trebilcock, *Private Enforcement of Competition Laws*, 34 Osgoode Hall L. J. 461 (1996) at 471.

damages or other remedies.”²⁵ But it is not the same to seek money damages than jail time by a criminal offender. The nature of the civil process is to remedy a legal situation while the objective of the criminal process is essentially to punish wrongdoers notwithstanding the compensatory measure that may take place.

There are several arguments in favor of the idea of private action in white-collar crimes. In the first place, it may be argued that private action provides access to the justice system. Indeed, when people may sustain a legal action in a court of law, the legal system is not only providing a right to action but also a right to be remedied its harms. In addition, private action may provide potential relief to parties injured by white-collar criminals. Instituting a process for such relief will open a potential practice of civil lawsuits against guilty corporations and individuals to seek and recover damages. In addition, it may be argued that the counterpart of a crime in a criminal action, is a tort in a civil action. Interestingly, from a criminological perspective, “criminologists have paid little attention to tort law, a subject closely related to the conceptualization of certain white-collar offenses as crimes.”²⁶ One of the main challenges of private action in white-collar crimes is how abstract the crime and their victims are.

In the case of white-collar crime, where time to time involved very important stakes, the participation of everyone involved may be encouraged as a matter of justice. Then, as an example and as a matter of policy, what happen with the victims of a potential crisis of the financial and banking system where millions of dollars have been embezzled by sophisticated schemes? Is a legal action for the victims of white-collar crime a solution? In practice, victims of this kind of crimes may

25 *Id.* 472.

26 Steve Blum-West; Timothy J. Carter, *Bringing White-Collar Crime Back in: An Examination of Crimes and Torts*, 30 Soc. PROBS. 545 (1982) at 546.

file torts claims against the criminal offender.²⁷ But because of the diverse pool of potential victims, a specific legal action looks insufficient before the numbers of claims against this kind of criminal offenders.

Allowing private action claims may provide a legal way to conduct the seeking of relief either through class actions or specific remedies with respect to particular heavy-regulated areas. Under U.S. white-collar crime law, there are some areas where private right of action is allowed. For instance, under RICO “permits any person (individual or entity) that has been injured in his business or property by RICO violations to sue under RICO, and if successful, to collect treble damages and attorney’s fees and costs, brings two important resources to law enforcement’s efforts against crime: (1) the time, talent, and expertise of private counsel, and (2) “inside information” by victims about wrongdoing.”²⁸ In particular, there is a huge incentive to bring RICO claims because the legislations have provided an important monetary relief. Then, “RICO’s lucrative private cause of action incentivizes knowledgeable victims to come forward.”²⁹

Second, it may be argued that private action provides distribution of power over criminal and civil cases between the prosecutors –as an agent of the State– and the people –exercising their rights to file claims in a court of law–. It is true that prosecutors have a tremendous power monopolizing the exercise of legal actions in the prosecution of crimes. Giving that power to the people, prosecutor workload may be less burdensome while both, the state and the people have the common

27 Under Venezuelan Law, civil liability has always existed under the principle that “any person who, intentionally, negligently, or through bad faith, causes harm to another person is liable to that person for the full amount of the injury (Civil Code, Articles 1185, 1196). This principle also applies to corporate entities as well as individuals as a general rule in civil law systems.

28 *Supra* note 1 at 543.

29 *Id.* 543.

interest of prosecuting crimes and enforce the laws in their communities. Thus, private action litigation may potentially help the prosecution of crimes and the enforcement of public laws. This idea relates to the argument that private action may give power to the people and encourage participation in the judicial process as a way to ventilate disputes.

By contrast, private action also supposes several disadvantages to the judicial system. From the civil procedure perspective, it has been proposed several arguments against private action. In particular “private enforcement regimes (1) empower judges, who lack policy expertise, to make policy; (2) tend to produce inconsistent and contradictory doctrine from courts; (3) weaken the administrative state’s capacity to articulate a coherent regulatory scheme by preempting administrative rulemaking; (4) usurp governmental prosecutorial discretion; (5) discourage cooperation with regulators and voluntary compliance; (6) weaken oversight of policy implementation by the legislative and executive branches; (7) lack democratic legitimacy and accountability.”³⁰ Indeed, as a matter of policy, as some authors have pointed out “private enforcement regimes produce fragmented and incoherent policy. As compared to a more centralized, unified, and integrated administrative scheme, orchestrated by an administrator at the top of a hierarchical agency with powers of national scope, when a large role is given to private litigation in implementation, the resulting policy will tend to be confused, inconsistent, and even straightforwardly contradictory.”³¹

In the case of white-collar crime, this discussion may even more deepen. Thus, it may be argued that private action may disrupt the judicial process through its abuse. Sometimes, unfortunately, plaintiffs use the court system as a business and attorneys are looking for contingent fees rather than legal

30 Stephen B. Burbank; Sean Farhang; Herbert M. Kritzer, *Private Enforcement*, 17 LEWIS & CLARK L. REV. 637 (2013) at 667.

31 *Id.*

solutions for their clients. This is not a new concern. Indeed, “debates about collective actions abroad suggest that much of the angst about “American style class actions,” as about American litigation more generally, stems from the perception that such lawsuits are conceived by and serve to enrich lawyers.”³² Private action may be a way to ventilate disputes with the only purposes of making money from corporations.

Second, a private right of action may destroy corporations as well, and even more, disrupt the market. In the case of winning this kind of litigation, are corporations in the position to pay every claim against them? Giving private actions rights to the people, it is also giving the power to destroy enterprises. We have discussed the issue of the tremendous powers of prosecutors over corporations. If such power is shared among the state and the people, there are concerns about the effective enforcement of regulations and burdensome claims against corporations as criminal defendants. In this scenario, it is plausible the argument that private action gives too much powers to individuals in the civil and criminal process, over punishing white-collar offenders. Finally, private action may be not adequate for every dispute. As we have seen, private rights of action may be workable if there is an adequate incentive to litigate –generally granting punitive damages–. Indeed, there are some crimes are not encompassed with a clear judicial relief or whether the society is not interested in the prosecution. Therefore, private action may not relief the plaintiff but rather disrupt the judicial process. For instance, it’s very difficult to see an adequate private action in a securities fraud case, where the victim is the owner of the stock and not the society. By the same token, it is difficult to propose a private right of action where there is not a collective damage to society, which is interested to prosecute crimes which injure collectively.

32 Stephen B. Burbank; Sean Farhang; Herbert M. Kritzer, *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries)*, PENN LAW: LEGAL SCHOLARSHIP REPOSITORY (2011) at 4.

As we have seen, arguably, private action may not be the best way to punish corporate entities and white-collar criminals. If we allow a private right of action, a judicial process would be more expensive for the plaintiff. At the same time, in a big picture analysis, DOJ might lose power in several cases with national importance. In addition, it is fair to affirm that in some areas, private action must be excluded as a matter of policy. For instance, in the Foreign Corruption Practices Act, a lawsuit may have an important impact from the political spectrum. This opens the door to abuse of process and manipulation of its forms in order to obtain political results rather than judicial remedies.

In our opinion, the idea of private action supposes a judicial remedy determinable to the party seeking it. The process by itself, it is not declaratory but rather, adjudicative through a remedy in law. And the wrong incentive may cause a lot of damage to the judicial system by the plaintiff abusing the judicial process. Finally, private action concludes with a civil punishment to a corporation or individual. But punishment takes forms that judges cannot control at its entirety. A jail time sentence in white-collar crimes is destroying the life criminal offender, their reputation and professional career.

In the United States, "it is widely understood that private litigation plays an unusually large role in policy implementation in the U.S. as compared to a large majority of industrial democratic countries with predominantly parliamentary systems"³³ but this isn't the case in other systems. It is important to remember that policy is made by regulators and not courts. Truly has been said that the legislative and executive branches have less continuing control over policy when private enforcement is relied on for implementation, as contrasted with administrative implementation.

33 Robert a. Kagan, *ADVERSARIAL LEGALISM: THE AMERICAN WAY OF LAW*, (2001) at 6-8.

After a statute is enacted, private enforcement activity and associated judicial interpretation of statutes is far harder for legislatures and executives to control and influence than post-enactment implementation by bureaucrats. Most significant among forms of continuing legislative control over bureaucracy, even if future legislatures lack the political capacity or will to pass a new law, they can exercise some leverage over agency implementation of statutes through such tools as investigation, oversight hearings, earmarking funds, formal reporting requirements, refusing to confirm appointees, and, of course, by threatening to reduce or actually reducing an agency's budget.³⁴

As conclusion, we have discussed that the idea behind private action is not adequate to every dispute which requires adjudication. In some cases, as in corruption cases, it is plausible to make the argument that unnecessary claims may distort judicial process and abuse it. In other cases, as RICO, it may allow victims to recover damages and impact some corporate practices. The idea behind this discussion is to show that the idea of compensation in white-collar crimes is complex and it is not adequate for every issue.

In antitrust and RICO litigation is allowed civil remedies to prevent further criminal violations of such regulations. The main advantage of government power over white-collar crimes is that condensates all potential problems in one cause of action, giving the power to the government to charge or discharge under the best interest of the circumstances. Private action is workable if there is an adequate incentive to litigate. As we have discussed, it is difficult to find this incentive in every white-collar crime. In addition, although private enforcement of regulations is something that must be encouraged, in white-collar crime victims are difficult to characterize. In sum,

34 Stephen B. Burbank; Sean Farhang; Herbert M. Kritzer, *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries)*, PENN LAW: LEGAL SCHOLARSHIP REPOSITORY (2011) at 43.

the mere power of file charges against a corporation may have a terrible impact on the market, and then, maybe consumers are affected by wrong prosecutorial discretion. Allowing private action in every white-collar crime, may disrupt normal corporate practices and impact the life of many if their exercise is not cautious.

3. Civil liability: corporations are responsible to pay damages for their wrongdoings

In these words, we have discussed the relevance of criminal liability and we're assuming that corporations commit wrongdoing able to criminal penalties as the maximum punishment the criminal justice system may allow. Having said that, as a preliminary matter, we are in front of several liabilities in face of the commission of a corporate crime rather than its criminality. So, first, we have the criminal liability of the corporation by itself as a legal entity. Second, we have the criminal liability of the individuals, corporate employees and directors or managers of the corporations, as agents of the corporation. They may commit crimes by themselves or representing the corporation. Third, and in addition, we have the civil liability of either the corporations or its employees and managers.

It is fair to say that the split of liability between civil and criminal has several implications legally and a separate treatment. So, for instance, "corporations exposed to criminal liability can suffer reduced stock price and perhaps even insolvency as a result of the stigma of criminality. Treatment of corporations under the civil system may remove some of this stigma, and thus provide less incentive for a corporation to agree to inequitable terms in any settlement."³⁵ Some authors have pointed out the difference between the civil and criminal system of liability. In the civil system of liability, usually, there is a

35 Wilson Meeks, *Corporate and White-Collar Crime Enforcement: Should Regulation and Rehabilitation Spell an End to Corporate Criminal Liability*, 40 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 77 (2006) at 81.

tort cause of action against the corporation while in a criminal system of liability there is a crime subject to prosecution.

In the first kind, the punishment of the corporation passes through a civil trial in the ordinary judicial system. Then, parties may settle depending on the case-by-case scenario and the law applicable to the case. In this case, the corporate wrongdoing is generally based on a tort action. On the other hand, in the criminal system, corporations are just another defendant in a criminal prosecution with the ultimate consequence of monetary penalties or other several sanctions. As we see, in both cases, the solution of the wrongdoing is a monetary relief to the victim or injured party, plus ancillary sanctions affecting the ability of management to carry out strategic corporate initiatives.

In some countries, civil and administrative liability are the same idea, while in others, are two autonomous concepts. Under Venezuelan law, civil liability comes from the fact of a statutory violation, while administrative liability comes from the violation of a regulation enacted by an agency and consequently, a monetary sanction from the agency against the wrongdoer. Regarding this statement, we're assuming either civil or administrative are the same because they are looking for monetary relief. This answers the same reality of the punishment of corporations: they are only able to pay damages because it is not possible to confine them to a physical prison.

*A. Administrative proceedings and sanctions
instead of criminal prosecution?*

We believe that as a policy approach to the question of whether corporations should be criminal or civilly liable to their wrongdoing, the answer must be civil rather criminal. This makes sense considering the rise of the regulatory state in the new criminal law. We can see that legal traditions agree in the same material problem: corporations should be punished

for their wrongdoing. Now, how to characterize such wrongdoing –rather criminal or civil– is the big policy issue. One of the issues is the proportionality and balance considering the potential enforcement implications. Nowadays, with a complex economy market and financial system, the notion of crime has evolved in several ways, and legal systems are aware of these changes. In addition, the law systems are more complex as well. There are more regulations, with different hierarchy, legal implications and with more detail than ever.

Regulatory law may be a key consideration in heavy-regulated industries like the pharmaceutical or banking industry. Let's depart from the idea than both in common and civil law traditions, the idea of regulations is a set of rules neither enacted by the Congress nor other legislative authority. In fact, regulations are essentially made by administrative bodies or agencies to execute laws enacted by Congress, and those rules have an important impact on the economy and life of their citizens. This is an important distinction because administrative regulations and their proceedings are an important part where corporate wrongdoing is committed. Indeed, administrative and regulatory law increasingly blurs the distinction between public and private sectors so that civil and criminal are no longer meaningful labels for classifying either underlying behaviors or types of legal actions or reactions to these behaviors.³⁶

In this abstraction, agencies are those with the power to enforce their regulations by their own means. In parallel, there is a prosecutor who will prosecute crimes rather than sanctions of those violations of the law enacted by Congress. Then, we have two participants or teams in the enforcements of the laws and regulations. On one hand, the agency enforcing their regulations and, on the other hand, the prosecution enforcing

36 Steve Blum-West; Timothy J. Carter, *Bringing White-Collar Crime Back in: An Examination of Crimes and Torts*, 30 Soc. PROBS. 545 (1982) at 552.

the laws.³⁷ This distinction is clearly the case of U.S. and Venezuelan law, as we are discussing as an example in these words.

Then, there is the current tendency of legislations to create sanctions (administrative or criminal) to impose strict compliance of such regulations. We call this the rise of the regulatory state. With some certainty, we believe it is a phenomenon happening in almost every country in the western hemisphere. Here, really no matter the legal tradition (although the forms of implementation may vary). This is because, in fact, there is a constant interaction between people and regulatory agencies for several purposes. Companies interact constantly with regulators in order to do business as routine basis. In this sense, more and more there is an overlap between administrative and criminal law in several aspects. Upon the creation of more regulations to every sector affecting human life, likewise, there is the creation of more sanctions concerning the violation or non-compliance of such provisions. Indeed, "a good deal of what is described as white-collar crime is a violation of federal regulations, but whether federal regulatory violations are handled as a criminal or civil matter cannot be determined by the intent of the perpetrator, the immorality of acts, the purpose of the sanction, or by the object of protection."³⁸

Agencies can set regulations under their subject-matter, while, they are also allowed to start administrative proceedings or adjudications in cases where there is not strict compliance with such rules. Agencies also may start civil litigation in cases where Congress allows to do so and collect damages for the collective good. In addition, congressional statutes may create or typified criminal offenses in cases where the regula-

37 Semantics play an important role here. Laws and regulations are two different legal concepts with different nature. Law is enacted by Congress. Regulations are enacted by agencies in execution of the laws enacted by Congress.

38 Steve Blum-West; Timothy J. Carter, *Bringing White-Collar Crime Back in: An Examination of Crimes and Torts*, 30 Soc. PROBS. 545 (1982) at 549.

tion is so sensitive that the mere noncompliance should not be tolerated.

The reasons why criminal offenses may be typified may have several reasons far beyond the discussion of this paper. The fact is that Congress may enact statutes typifying crimes because of the noncompliance of regulation here in the United States and everywhere around the globe.³⁹ And in this complexity, it is easy for individuals to not understand what conduct is considered legal rather than illegal. In this reality, on one hand, agencies may “*prosecute*” individuals using their own ways. This is essentially starting administrative measures against the person with the final impositions of monetary sanctions. On the other hand, you have prosecutors that may start a cause of action with several tools in their arsenal, to prosecute criminally, the non-compliance of regulations. The current framework is too harsh. DOJ is from the opinion to prosecute individuals rather than corporations: why do not change the framework to abolish criminal liability of corporations and encourage administrative sanctions instead?

One of the main advantages of administrative proceedings instead of criminal prosecution is the fact that who is better to know the violations and consequences of the corporate wrongdoings than the regulators who procure an efficient administrative action. But regulators have tremendous power over the economic sectors they regulate, and they may change the way of how they enforce their own regulations over time. This administrative discretion may impact the necessary impartiality of any adjudicator. In addition, corporations as legal entities have also legal rights, and among them, the right to have the day in court. Administrative proceedings do not provide

39 In this aspect, United States is so sovereign as Venezuela or any country is sovereign to enact such legislations punishing crimes. Every country is an own world of regulations, sanctions and crimes, all of them with a presumption of legitimacy under basic principles of Public International Law.

advantages that the ordinary judicial process may provide, like discovery, an unbiased judge conducting the procedure, and the opportunity. If we adopt the administrative way, we are also providing potential judicial oversight of such proceeding. This is something good in a scheme of separations of powers.

However, it is important to clarify that the object of criminal prosecution is different than the object of the administrative proceeding. Criminal investigation, criminal process, and administrative proceeding are different notions in scope but also in their objectives from the perspective of the criminal offender. Agencies have the purpose of enforcing the regulation they enact; and prosecutors are looking to enforce laws representing the people and seeking justice. With this, prosecutors want to put criminals in jail to keep on track the criminal justice system while regulators want to collect the money from administrative sanctions. But both have the same purpose in common: enforcement of rules no matter these are right or wrong.

The issue arises when there is an overlap between the administrative or civil sanction with the criminal sanctions. In these matters, as a rule, there is no *double jeopardy* when criminal and civil actions are filed against the same person. Similarly, in civil law systems, this situation has been called *non bis in idem*.⁴⁰ Because policy allows the parallel prosecution criminal and civilly, this generates multiple sanctions to offenders. We believe this is too harsh as a way of punishment for corporations. Indeed, we believe in the case of corporate liability, the civil liability is enough punishment.

In addition, it is different to negotiate with regulators than prosecutors. In the United States federal practice, companies

40 Although not the same institution, in a broad sense, both generally look to prevent a person from being tried or punished twice for the same offence.

have a variety of options such as deferred prosecution agreements (“DPA”) which may be negotiated and implemented exclusively by the prosecutor, giving them the ability to apply sanctions without criminally charging the offender. The DPA practice, “arose from the rubble of Enron is the proliferation of deferred prosecution agreements between the government and corporations, including some of the largest companies in the world.”⁴¹ The amount of prosecutorial discretion is enormous in cases of DPAs, given that prosecutors have the sole power to decide whether to prosecute a corporation without any judicial oversight.

In doing so, DPAs create a dynamic between the prosecution and the corporate defendant where “[o]nly the prosecutor can be merciful, and for his mercy the corporation rationally chooses to cooperate in any way demanded.”⁴² Here, the amount of prosecutorial discretion is troubling in cases of deferred prosecution agreements, given the fact that prosecutors have the sole power to decide whether to prosecute a corporation without any judicial oversight. In this scenario, “a corporate entity is in a weak position when negotiating the terms of a DPA”⁴³ for several reasons.

Deferred prosecutions are negotiated and implemented exclusively by the prosecutor, giving them the ability to apply sanctions without criminally charging the offender. As a matter of practice, judges have no authority to turn down a DPA, they are not submitted at all to courts. Actually, “prosecutors have substantial room to bargain over the facts.”⁴⁴ This is why prosecutors have in their hands life and death powers over people and companies. This shows another tremendous differ-

41 Andrew Weissman, *Rethinking Criminal Corporate Liability*, 82 IND. L.J. 411 (2007) at 424.

42 Miriam H. Baer, *Organizational Liability and the Tension between Corporate and Criminal Law*, 19 J.L. & POL’Y 1, 14 (2010).

43 *Id.* 106.

44 BIBAS, *supra* note 1 at 728.

ence between administrative proceedings and criminal investigation.

In the criminal setting, prosecutors must have their case proven beyond reasonable doubt; in the civil or administrative setting, usually just by preponderance of evidence. In the same scenario but applied in a Venezuelan context, this bargaining system does not exist under Venezuela criminal law. In fact, prosecutors are obliged to enforce the law without any bargaining process. But more than the criminal liability, the administrative liability under several Venezuelan laws creates a scenario where is way more common to negotiate with agencies than prosecutors.⁴⁵

*B. Civil liability and administrative proceedings
as a better policy approach*

Criminal penalties and civil sanctions may rest in the same core punishment: monetary penalties. This makes sense because courts can only grant relief in monetary terms as a matter of law because there is no remedy at equity. But, is it this a good policy approach? We truly believe the regulators are those who better know the essence and implications of the violations of the regulations they enact and enforce. Their job is not only issuing regulations but also overseeing it. At this point, it comes to play the application of civil sanctions to corporate wrongdoing. As a practical matter, the law only

45 From a comparative perspective, due process presents several concerns in the administrative and criminal setting. Due process of law is always a key consideration every time that liberty, property or life are involved. But the notion of due process is not the same everywhere. For instance, in the civil law tradition the notion of due process is broader than the common law idea of this institution. Due process protects all phases of criminal investigations and it is not limited to a legal process in a court of law. In this aspect, there is due process in administrative proceedings, and agencies must respect due process of law in their adjudications and enforcement of regulations. In common law system, the due process idea is narrower than its civil counterpart and only is applicable to adjudicative proceedings as procedural due process.

has remedies in monetary terms. If we implement an effective administrative enforcement scheme, we are assuring an aggressive implementation of compliance and even administrative revenue for every wrongdoing sanctioned civilly.

In other terms, a good way to punish corporations is through their pockets, and not their license to do business. A good example that the final conclusion of some white-collar crimes are resolved in monetary terms is the current FCPA practice. The combination of robust enforcement and minimal judicial oversight has produced a number of trends unique to the FCPA.⁴⁶ The increased criminal prosecution of individuals, aggressive enforcement against entities, and industry-wide investigations, much of the FCPA's success (or notoriety) is attributable to the growing number of companies that voluntarily disclose potential violations. The DOJ and SEC, realizing the incentive-altering force of massive sanctions, have parlayed a handful of highly publicized multi-million-dollar prosecutions into many more self-disclosures by companies hoping for more lenient sentencing.⁴⁷

We believe that as much as the corporation is paying and cooperating, this would help authorities to investigate corporate wrongdoing and prosecute the corporate agents criminally liable. Criminal corporate liability tends to destroy the corporation by itself. This is a harsh consequence for third parties because of the collateral damages that may cause. If we limit the liability to its civil terms, we accomplish the goal of compensation to the society without injuring third parties. There is a big difference between the criminal treat against the corporation and against the individual. We believe the first one must not be, while the second must be the rule.

46 Drury D. Stevenson; Nicholas J. Wagoner, *FCPA Sanctions: Too Big to Debar*, 80 FORDHAM L. REV. 775 (2011) at 785.

47 Michael B. Bixby, *The Lion Awakens: The Foreign Corrupt Practices Act-1977 to 2010*, 12 SAN DIEGO INT'L L.J. 89, 103 (2010) at 115.

Through administrative proceedings, agency action may be challenged in the jurisdictional setting. Indeed, in our opinion, one advantage of administrative adjudication is the potential judicial supervision of the process. Although it is true that an adjudicative administrative proceeding is conducted in the agency itself, the end of such proceeding is subject to judicial supervision up to the injured party. In this case, because all the setting of the investigation is civil rather criminal, criminal procedure considerations should be put aside. In this set, prosecutors should prove by preponderance of evidence. But think this would balance government prosecution against private companies. As we can see, this analysis would only proper for corporations as offenders. As a matter of criminal policy, we believe is a better option to prosecute a corporate agent rather than the corporation by itself.

Criminal liability of corporations presents several challenges. Under the agency theory *-respondeat superior* as a vicarious liability- the corporation does not have real control of their wrongdoing. In theory, every corporate employee can commit corporate crimes at the same time, jeopardizing the entire corporate action. We truly think the full enforcement of corporate criminal law is impossible in practice. "DPAs and NPAs do look great when compared to full enforcement of the law, but full enforcement of the law is unthinkable. Every Fortune 500 company presumably has had at least one employee who violated a federal criminal law while carrying out his duties."⁴⁸ As a practical standpoint, it is better to prosecute individuals rather than corporations due to the potential economic impact of the prosecution.

This supposes a necessary implementation of a balance test. The current regulation supposes that the overlap between civil and criminal liability is something to be encouraged as a matter of legislative technique. As we discussed, we dis-

48 Albert W. Alschuler, *Two Ways to Think about the Punishment of Corporations*, 46 AM. CRIM. L. REV. 1359 (2009) at 1382.

agree with such approach because it is too harsh to a corporation being liable of civil and criminal at the same time. On the contrary, we believe corporations should be liable civilly while individuals must be prosecuted criminally and civilly as a matter of justice. This approach helps to mitigate potential collateral damages caused by corporation prosecution in the criminal setting and prevent similar outcomes as *Enron* and *Arthur Andersen*.

II. PART B: MONEY LAUNDERING AS AN EXAMPLE OF THE OVERLAPPING BETWEEN REGULATORY AND CRIMINAL LAW. THE COMPARATIVE CASE OF U.S VS. VENEZUELAN REGULATIONS

In part A of this essay, we have explored some policy problems of corporate wrongdoing a current practice. In doing so, we have analyzed two questions in the criminal theory behind white-collar crimes: the potential solution of private action and the civil liability of the corporations to seek relief in litigation. The corporation by itself should be punished in the civil and administrative setting because it grants monetary remedies. At the end, in law, the only potential remedy granted is only measured in monetary terms.

This would avoid the terrible consequences of criminal prosecution of a corporation to third parties and its collateral damage to the society and consumers. Finally, the criminal prosecution of individuals must be something encouraged as the Yates memo states. The aim of these first notes was exploring the liability of corporations as legal entities and not the individuals committing such wrongdoing. The idea, in any event, is to propose different ways of punishment for this kind of wrongdoing. Here, administrative fines and sanctions may help to accomplish such goals while obtaining revenue for the regulatory agencies.

Now, as a way of example of complex regulations that impact business practice, we explored the heavily regulated scenario of money laundering regulations. We have mentioned the rise of the regulatory state as a normal part of the new legal landscape. We use AML essentially because it is a mix between criminal law and regulatory law in several aspects: (i) AML provisions are passing the burden of regulations to the private sector; (ii) this private sector has adopted compliance programs to make sure they are following the mandates of law; (iii) the regulations are criminal (to those how are prosecuted as criminals for Money Laundering crimes) and administrative (in the sense that there are Federal Agencies involved in the compliance of these provisions as a matter of public policy).

The part A is illustrative because in the AML world, first, corporate entities are criminally liable, and second, there is the phenomenon of autoregulation through compliance programs to avoid potential civil liability (fines imposed thanks to the tremendous power of the Agencies who enforce these regulations). Even though there are important trends to incorporate private actions in the AML framework, there is a clear intent from our lawmakers to increase regulations regarding the financial system.

Generally speaking, money laundering affects almost every legal and banking system in the world. Even though it is difficult to see its impact, the proceeds from crimes may be used to divert illegal activities into apparently lawful ones. It has been held several reasons why money laundering must be punished, relying on the fact “money laundering is commonly understood as the process of cleansing the taint from the proceeds of crime.”⁴⁹ However, we are going to focus on the compliance perspective of money laundering laws, in particular,

49 Charles Doyle, *Money Laundering: An Overview of 18 U.S.C. 1956 and Related Federal Criminal Law*, (Feb. 2012), available at: <http://fas.org/sgp/crs/misc/RS22401.pdf>

from the banking sector. In fact, generally, the banking system is an important factor in the money laundering regulations because of its sensitivity in the collection of money from costumers to carry on financial intermediation. Truly it has been said that “for most countries, money laundering and terrorist financing raise significant issues with regard to prevention, detection and prosecution,”⁵⁰ while “sophisticated techniques used to launder money and finance terrorism add to the complexity of these issues.”⁵¹

The idea in this paper is to also approach comparatively, the Venezuelan law and the U.S regulations to conclude some of the failures of Anti Money Laundering compliance systems and law enforcement. Being, U.S. a financial factor in global commerce, it is undeniable its influence around the world. Money laundering does not escape from such consideration. Likewise, thanks to the recent U.S sanctions, Venezuela has become a complex regulatory scenario to U.S. banks to carry on financial transactions with Venezuelans, making compliance programs a key consideration in a big picture analysis.

In addition, there is the idea, mainly thanks to the U.S. government, that Venezuela is an ideal place to commit money laundering crimes thanks to the Venezuelan weak regulation, enforcement and generalized corruption.⁵² We want to

50 COMPREHENSIVE REFERENCE GUIDE TO AML/CFT, (2006) at Chapters 1 and 2, available at: http://siteresources.worldbank.org/EXTAML/Resources/3965111146581427871/Reference_Guide_AMLCFT_2ndSupplement.pdf

51 *Id.*

52 United States Department of Treasury, FinCEN: “In recent years, financial institutions have reported to FinCEN their suspicions regarding many transactions suspected of being linked to Venezuelan public corruption, including government contracts. Based on this reporting and other information, all Venezuelan government agencies and bodies, including SOEs, appear vulnerable to public corruption and money laundering. The Venezuelan government appears to use its control over large parts of the economy to generate significant wealth for government officials and SOE executives, their families, and associates. In this regard, there is a high risk of corruption involving Venezuelan government officials and

address a comparative approach of Venezuelan-U.S. regulation explaining the current weaknesses of Venezuelan anti money laundering laws in the banking sector and the current criticism to such provisions in both systems. For such purpose, in part I we address the overall AML regulation under U.S. law. In part II, we address the AML regulation under Venezuelan Law. In part III, we address some critics to the current AML regulations in both systems and discuss the importance of an adequate AML compliance program. Finally, as a conclusion and as a matter of policy, we want to point out the necessary changes that Venezuelan should take to strengthen its banking AML regulations, taken some examples of U.S law current practices.

1. The U.S Bank Secrecy Act and regulations

Under the U.S law, the banking money laundering regulation is governed by the Bank Secrecy Act of 1970 (“BSA”). The purpose of the BSA is to establish the requirements for record-keeping and reporting by private individuals, banks and other financial institutions. U.S. Congress passed the BSA to help identify the source, volume, and movement of currency and other monetary instruments transported or transmitted into or out of the United States or deposited in financial institutions. This is why the BSA request to the required banks to (i) report cash transactions over \$10,000 using the Currency Transaction Report; (ii) properly identify persons conducting transactions; and (iii) maintain a paper trail by keeping appropriate records of financial transactions.

To accomplish this purpose, it has been created the Financial Crimes Enforcement Network (“FinCEN”). As part of the Department of Treasury, FinCEN is the regulatory and enforcement agency in charge of BSA regulations and works jointly

employees at all levels, including those managing or working at Venezuelan SOEs.” Available at <https://www.fincen.gov/resources/advisories/fincen-advisory-fin-2017-a006>

with the Department of Justice for the enforcement of AML regulations. The BSA was made in a way to allow the Department of Treasury to promulgate the necessary and prudent regulation in the matter, and this is the main purpose of FinCEN. Thus, "the Bank Secrecy Act does not actually specify the type of reports that financial institutions must file, but rather serves as an enabling statute that authorizes the Secretary of the Treasury [through FinCEN] to promulgate regulations to that end."⁵³ In doing so, "the most significant contribution to the current anti-money laundering regulatory scheme is a regulation issued by the Secretary of the Treasury that requires financial institutions, as defined by the BSA, to file Currency Transaction Reports (CTRs)."⁵⁴

As a preliminary matter, it is importance to realize the important of U.S. regulations and its importance in global commerce. It is fair to say that the U.S. will always have the interest to enforce its own regulation no matter its international implications. In addition, as a world power, the U.S. has the most important banking and financial system of the world. Then, any regulation affecting U.S financial system will definitively impact countries even if they don't have direct commerce with the United States. It is well-known that the good part of monetary transactions around the world are conducted in U.S. dollars because there is confidence in the currency itself and the institutions and system behind it. In addition, there is a potential jurisdictional hook for those transactions who have passed through the U.S. financial system. All of these factors have created a solid and institutional system of anti-money laundering regulations and compliance that somehow is shaping the rest of the world's system. As we will see, it is fair to say that Venezuelan anti money laundering regulations are very similar to its American counterpart in most aspects.

53 *The Anti Money Laundering Provisions of the Patriot Act: Should They Be Allowed to Sunset?*, 50 ST. LOUIS L.J. 1361 (2006) at 1370.

54 *Id.*

The BSA framework is detailed and very tailor-made for banking institutions with the goals of detecting money laundering crimes. Generally speaking, compliance is the rule nowadays. After several examples and big scandals such as HSBC,⁵⁵ it is fair to affirm that the reach of U.S. law is more aggressive than ever, and federal agencies require AML compliance program, in particular, in the banking sector thanks to its activities of financial intermediation. Indeed, several banks have been prosecuted under BSA violation, some of them as important as Lloyds, Credit Suisse, Wachovia, Barclays, Standard Chartered Bank, ING Bank, Ocean Bank, and a money transmitter in MoneyGram International.⁵⁶ Because the sensitive subject-matter regulated, under the BSA, U.S. banking institutions are required to report several actives to Federal Agencies. Federal Regulations have set forth the administrative reporting requirement of financial institutions. As a practical standpoint, there are two important obligations under the BSA and the regulation framework. On one hand, there are several BSA reporting requirements. On the other hand, there are specific BSA record keeping obligations.

A. BSA reporting requirements

Under the current regulatory scheme, U.S. banks are required to report to regulatory agencies an important amount of information of its customers to prevent and detect criminal activities. From the BSA reporting requirements, the most relevant for the purpose of this paper are the Suspicious Activities Report (“SAR”); currency transaction reports (“CTR”); reports of foreign bank and financial accounts (“FBAR”), and

55 Agustino Fontevecchia, *HSBC Helped Terrorists, Iran, Mexican Drug Cartels Launder Money, Senate Report Says*, *FORBES*, (June 16, 2016), available at <https://www.forbes.com/sites/afontevecchia/2012/07/16/hsbc-helped-terrorists-iran-mexican-drug-cartels-launder-money-senate-report-says/#ad8f9565712c>

56 M. Kendall Day, *Prosecuting Financial Institutions and Title 31 Offenses*, U.S. ATT’YS BULL. (Sep. 2013) at 19. Available at <https://www.justice.gov/sites/default/files/usao/legacy/2013/09/16/usab6105.pdf>

reports of International Transportation of Currency or Monetary Instruments ("CMIR").

a. Suspicious Activities Report

SAR is a report that documents suspicious or potentially suspicious activity (e.g., has no business purpose or apparent lawful purpose) attempted or conducted at or through a financial institution.⁵⁷ Banks are required to file a SAR when they have detected an unusual banking activity of their customers. Essentially, SAR reporting requirements serve the main tool used by federal agencies to detect money laundering and terrorist financing activities. Banks and other financial institutions are obligated to file SARs in good faith and maintain the confidentiality of the SAR filing and any information that would reveal the existence of a SAR. This SAR information is the internal information gathered by the Financial Institution for banking purposes and filing the SAR. This information collected is confidential and only allowed for SAR filling and only for internal banking use. From a policy perspective, the Information provided by the customer and the subsequent gathered in SARs also "presents FinCEN with a method of identifying emerging trends and patterns associated with financial crimes."⁵⁸ A SAR must be filed and reported in the following cases:

- (i) *Insider abuse involving any amount.* Whenever the national bank detects any known or suspected Federal criminal violation, or pattern of criminal violations, or that the bank was used to facilitate a criminal transaction, and the bank has a substantial basis for identifying one of its offenders regardless of the amount involved in the violation.⁵⁹

57 See Guide to U.S. Anti-Money Laundering Requirements. Frequently Asked Questions. Sixth Edition (2014) at 77.

58 *Id.*

59 12 C.F.R. § 21.11 (c)(1).

- (ii) *Violations aggregating \$5,000 or more where a suspect can be identified.* Whenever the national bank detects any known or suspected Federal criminal violation, or pattern of criminal violations, committed or attempted against the bank or involving a transaction or transactions conducted through the bank and involving or aggregating \$5,000 or more in funds or other assets.⁶⁰
- (iii) *Violations aggregating \$25,000 or more regardless of potential suspects.* Whenever the national bank detects any known or suspected Federal criminal violation involving a transaction or transactions conducted through the bank and involving or aggregating \$25,000 or more in funds or other assets where the bank believes that it was either an actual or potential victim of a criminal violation, or series of criminal violations, or that the bank was used to facilitate a criminal transaction, even though there is no substantial basis for identifying a possible suspect or group of suspects.⁶¹
- (iv) *Transactions aggregating \$5,000 or more that involve potential money laundering or violate the BSA.* Any transaction, deposit, withdrawal, transfer between accounts, exchange of currency, loan, extension of credit, or purchase or sale of any stock, bond, certificate of deposit, or other monetary instrument or investment security, or any other payment, transfer, or to a financial institution, conducted or attempted by, at or through the national bank and involving or aggregating \$5,000 or more in funds or other assets, if the bank knows, suspects, or has reason to suspect that
 - (i) The transaction involves funds derived from illegal activities or is intended or conducted in order to hide or disguise funds;
 - (ii) The transaction is designed

60 12 C.F.R. § 21.11 (c)(2).

61 12 C.F.R. § 21.11 (c)(3).

to evade any regulations promulgated under the BSA ; or (iii) The transaction has no business or apparent lawful purpose or is not the sort in which the particular customer would normally be expected to engage, and the institution knows of no reasonable explanation for the transaction after examining the available facts, including the background and possible purpose of the transaction.⁶²

Banks and other financial institutions are required to report and file a SAR no later than 30 calendar days after the date of the initial detection of facts that may constitute a basis for filing a SAR.⁶³ In case of situations of ongoing violations or further criminal schemes detected by the financial institution, banks must immediately notify, by telephone, an appropriate law enforcement authority and the OCC in addition to filing a timely SAR.⁶⁴ In addition, financial institutions are expected to report to state and local authorities the crimes detected. Indeed, “national banks are encouraged to file a copy of the SAR with state and local law enforcement agencies where appropriate.”⁶⁵ Finally, banks are expected to keep SAR records for a period of 5 years after the SAR filing for enforcement purposes.⁶⁶

There have been a few cases regarding the reporting requirements mainly due to the difficulties to bring this kind of litigation. It's worth mentioning *United States v. Clines*, in which United States Court of Appeals for the Fourth Circuit held that Treasury Secretary's regulations “require that a person subject to the jurisdiction of the United States shall report to the Commissioner of Internal Revenue a financial interest in, or signature or other authority over, a bank, securities or

62 12 C.F.R. § 21.11 (c)(4).

63 12 C.F.R. § 21.11 (d).

64 *Id.*

65 12 C.F.R. § 21.11 (e).

66 12 C.F.R. § 21.11 (g).

other financial account in a foreign country,"⁶⁷ as a part of the reporting requirements for foreign accounts. Another relevant case in this matter is *United States v. Sturman*. In this case, regarding the potential self-incrimination at the time of filling out the reporting requirements, the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit held that "defendant's fear of self-incrimination cannot serve as a defense to a failure to complete the information called for on his tax return unless he raised an objection when he filed,"⁶⁸ given the non-criminal nature of the BSA statute.

In view of the confidentiality of SAR reporting, bank customers are not allowed to access the SAR information gathered by the bank. Indeed, as a general rule "no national bank, and no director, officer, employee, or agent of a national bank, shall disclose a SAR or any information that would reveal the existence of a SAR."⁶⁹ The mere disclosure of SAR information may constitute a crime in a scheme of violation of the SAR framework. In addition, "failure to file a SAR in accordance with this section and the instructions may subject the national bank, its directors, officers, employees, agents, or other institution-affiliated parties to supervisory action."⁷⁰

b. Currency Transaction Reports

Banks and other financial institutions are obliged to report cash currency transactions of its customers over \$10,000 in one business day.⁷¹ For the purpose of this report, multiple transactions must be aggregate as long as they meet the minimum of US\$10,000 in one business day. Financial institutions can des-

67 *United States v. Clines*, 958 F.2d 578 (4th Cir. 1992) at 581.

68 *United States v. Sturman*, 951 F.2d 1466 (6th Cir. 1991) at 1487.

69 12 C.F.R. § 21.11 (k)(1)(i).

70 12 C.F.R. § 21.11 (h)(2)(i).

71 31 C.F.R. § 1010.311.

ignate exempt customers by filing the Designation of Exempt Persons (DOEP) into the FinCEN.⁷²

c. Foreign bank and financial accounts

Report of FBAR is a report that must be filed by a U.S. person who has a financial interest or other authority over, any foreign financial accounts, including bank, securities or other financial accounts in a foreign country, which have a maximum value exceeding US\$10,000 (alone or in aggregate) at any time during a calendar year.⁷³ The idea behind the FBAR is to encourage transparency. Foreign accounts in jurisdictions like Switzerland with bank secrecy laws are commonly used to conceal the beneficial ownership of funds. A non-U.S. person doing business in the United States are not subject to the FBAR filing requirement.⁷⁴

*d. Report of International Transportation of
Currency or Monetary Instruments*

Generally speaking, CMIR is required to be filed by: (i) each person who physically transports, mails or ships, or causes (or attempts to cause) to be physically transported, mailed or shipped, currency or other monetary instruments in an aggregate amount exceeding US\$10,000 at one time from the United States to any place outside of the United States or into the

72 An exempt person may be a bank, government agency/government authority, listed company, listed company subsidiary, eligible non-listed business, or payroll custom. See Financial Crimes Enforcement Network, *Designation of Exempt Person (FinCEN 110) Electronic Filing Instructions*, October 2012.

73 See generally, Guide to U.S. Anti-Money Laundering Requirements. Frequently Asked Questions. Sixth Edition (2014).

74 However, under the Foreign Account Tax Compliance Act ("FATCA"), requires foreign financial institutions to report directly to the Internal Revenue Service ("IRS") information about financial accounts held by U.S. taxpayers, or held by foreign entities in which U.S. taxpayers hold a substantial ownership interest.

United States from any place outside of the United States;⁷⁵ and (ii) each person who receives U.S. currency or other monetary instrument(s) in an aggregate amount exceeding US\$10,000 at one time, which has been transported, mailed or shipped from any place outside of the United States.⁷⁶

B. BSA record keeping requirements

The BSA requires the retention of all FinCEN Reports (SARs, CTRs, FBARs, CMIRs, among others). In addition, financial institutions are required the retention of checks; money orders for more than US\$100; a record of each remittance or transfer of funds or of currency, other monetary instruments, checks, investment securities or credit of more than US\$10,000 to a person, account or place outside of the United States; each document granting signature authority over each deposit account; each document relating to a transaction of more than US\$10,000 remitted or transferred to a person or account outside of the United States, among several others.⁷⁷ In addition, the verifying information obtained about a customer at account opening must be retained by the Bank, which must be retained for five years after the date the account is closed.

C. Know your customer

Under the current AML regulations, *know your customer* (“KYC”) is a mandatory obligation for banks if they want to carry out financial intermediation operations in the financial system. KYC may be explained as the bank’s obligation to gather information about their clients for banking purposes and potential facilitation of enforcement actions. KYC serves two main purposes. On one hand, it provides “consumer

75 31 C.F.R. § 1010.340 (a).

76 31 C.F.R. § 1010.340 (b).

77 See 31 C.F.R. § 1010.410.

protection and economic stability.”⁷⁸ On the other hand, it facilitates the early detection of financial crimes either affecting the financial system or helping the commitment of other crimes. Under the current regulatory trend, the enforcement of the AML framework rest mainly in the compliance of private entities rather than enforcement agencies.

Generally speaking, banks are required to put in place internal policies, procedures, and controls to detect money laundering by: (1) designating a compliance officer; (2) developing and maintaining an employee anti-money laundering training program; and (3) utilizing independent auditing to test banks’ effectiveness in detecting money laundering.⁷⁹ However, although KYC is a well-established compliance rule nowadays, it has been criticized as a way of shifting liability from agencies to corporations. Indeed, corporations are somehow deemed to do the job of enforcement agencies should be doing. But in the current world, where the financial system is so complex and sophisticated, it is fair to affirm that only this symbiotic relationship between agencies and corporations may facilitate the enforcement of regulations that at the end of the day help the consumers. Besides, only banks have access to some information at first hand. The bank “should know who individuals and businesses are before starting the process of opening deposit accounts, entering into loan agreements, or forming a client relationship.”⁸⁰ This access in the customer information is particularly relevant for Patriot Act purposes.

a. The Patriot Act

The Patriot Act was enacted with the intention to fight against money laundering and terrorism financing requiring financial institutions to set internal compliance programs

78 Deborah L. Dickson, *Bank on Marijuana: A Legitimate Industry Warranting Banking Access*, 2 SAVANNAH L. REV. 459 (2015) at 486.

79 31 U.S.C.S. § 5318 (h).

80 *Know Your Customer -Or Not*, at 322.

for early detention of these crimes. The Patriot Act is beyond the scope of this paper, but it's important to understand its relevance in the current AML regulation. Banks are expected to assign a rating to each customer reflecting the risk that particular customer might conduct money laundering, terrorist financing or other financial crime through the institution. This risk assessment process is performed behind the scenes and financial institution's customers do not have access to such process. First, this implies the bank obligation to collect specific information from their customers and verify their identities using prescribed procedures. Second, the bank regulators have insisted that institutions conduct due diligence on their customers that at times goes well beyond the basic requirements of Section 326.⁸¹

b. Customer Due Diligence

FinCEN issued final rules under the BSA to clarify and strengthen customer due diligence requirements for Banks; brokers or dealers in securities; mutual funds; and futures commission merchants and introducing brokers in commodities.⁸² Generally speaking, Financial institutions are required to ask customer and gather information about (i) purpose of the account; (ii) actual or anticipated activity in the account; (iii) nature of the customer's business; (iv) customer's location; (v) types of products and services the customer plans to use; (vi) source of funds and wealth, among others. This supposes a preliminary obligation of client due diligence.

As a practical matter, banks also are required to subject each customer to a customer due diligence process that may involve collection of more information of customers, such as banking references, description of the customer's primary trade area, and whether international transactions are expected to be routine; description of the business operations, the anti-

81 Pub. L. No. 107-56 § 326.

82 81 FR 29397.

pated volume of currency and total sales, and a list of major customers and suppliers; beneficial owners of the accounts, if applicable; customer's (or beneficial owner's) occupation or type of business; domicile (where the business is organized), and financial statements. This actually is a pre phase before the KYC rule but in the end, both KYC and customer due diligence accomplish the goal of gathering customer information to detect potential criminal activities in the banking sector.

c. Beneficial ownership rule

The final rules about customer due diligence also established a new requirement to identify and verify the identity of beneficial owners of legal entity customers.⁸³ The Beneficial ownership rule ("BOR") sets that financial institutions must identify and verify the identity of the beneficial owners of all legal entity customers (other than those that are excluded) at the time a new account is opened (other than accounts that are exempted).⁸⁴ The policy behind these rules is the necessary transparency in financial transactions and customers accessing the banking system. The BOR information provides high value information for enforcement agencies with the purpose to prevent or detect money laundering and tax crimes as well as facilitate criminal investigations related to terrorism and organized crime.⁸⁵

Recently, FinCEN has issued a memorandum addressing frequent ask questions about BOR and its consequences.⁸⁶ One of the main concerns was the scope of the BOR for AML purposes. In this sense, under BOR there is an identification requirement, in which a covered institution must collect, from its legal entity customers, information about any individual(s)

83 *Id.*

84 *Id.* at B (1).

85 FinCEN, *Guidelines Beneficial Owner Rule*, FIN-2018-G001, (April 3, 2018).

86 *Id.* at question 3.

that are the beneficial owner(s).⁸⁷ Therefore, covered financial institutions must obtain from their legal entity customers the identities of individuals who satisfy the definition, either directly or indirectly through multiple corporate structures.⁸⁸

In addition, covered financial institutions must verify the identity of each beneficial owner according to risk-based procedures that contain, at a minimum, the same elements financial institutions are required to use to verify the identity of individual customers under applicable Customer Identification Program (“CIP”) requirements.⁸⁹ So, financial institutions are in a position where, the due diligence does not only extend to their customers but also third parties who are not customers or related to the bank by itself. The idea behind the CDD to third parties is to identify a “straw man” or nominee companies. Then, for BOR purposes, bank’s customers are not only the legal entity who does business with the bank, but also the natural person who represents such legal entity. So, banks are constantly required to gather customer information regarding their banking accounts in case of suspicious activity. In the case of BOR, this information must be updated and must be maintained for a period of five years after the legal entity’s account is closed.⁹⁰

2. Venezuelan Money Laundering regulations in the banking sector

Venezuelan law provides a robust body of AML and several banking regulations in this sector, clearly influenced by regulatory trends around the world but in particular, U.S regulations and Financial Action Task Force (“FATF”) guidelines and international standards. Today, Venezuela has a very sophisticated body of money laundering laws in place with

87 *Id.*

88 *Id.*

89 *Id.* at question 4.

90 *See* 31 CFR 1010.230(i)(2).

the Law against Organized Crime and Terrorist Financing⁹¹ (“LOCTF”) and important provisions in the Law of Banking Sector Institutions⁹² (“Banking Law.”) However, the current problem of the Venezuelan framework isn’t its regulation but its enforcement. As a practical matter, in a country now having a political and economic crisis, money laundering crimes are way far to be the main attention of Venezuelan prosecutors.⁹³ Although the Venezuelan government has agencies to combat financial crimes, their technical capacity and willingness to address this type of crime remain inadequate. To some extent, government AML and anti-corruption entities are ineffective and lack political will.⁹⁴

In addition, there is an underlying situation. In words of the Treasury Department, “currency controls in Venezuela limit the supply of U.S. dollars for most economic activities, which encourages the demand for foreign currency and smuggled goods in the parallel market.” The current currency exchange control since 2002 and the Law against Illicit Currency Trades.⁹⁵ Then, “although illegal, Venezuela’s parallel market is a highly profitable business for those with regime connections that enable them to access inexpensive dollars and goods. This parallel market relies upon unregulated brokers; whose clients often include criminals who integrate illicit proceeds into the legal economy. Venezuelan officials who receive preferential access to U.S. dollars at the more favorable, official exchange rate, also exploit the multi-tier exchange rate system for profit.”⁹⁶ From the U.S. perspective and by virtue of

91 Official Gazette No. 39,912 dated April 30, 2012.

92 Official Gazette No.6.154, dated November 19, 2014.

93 KNOW YOUR COUNTRY, <https://www.knowyourcountry.com/venezuela1111> (last visited April. 15, 2018).

94 *Id.*

95 Chapter III, Art.9.

96 FinCEN, Reports from financial institutions are critical to stopping, deterring, and preventing the proceeds tied to suspected Venezuelan public corruption from moving through the U.S. financial system, (last visited April. 15, 2018) available at <https://www.fincen.gov/resources/adviso->

the changing circumstances, financial institutions, companies and investors conducting business in or with Venezuela should ensure appropriate procedures are in place, and actively implemented, to comply anti-money laundering requirements.⁹⁷

A. LOCTF and Banking Law framework

The main body of money laundering regulations is found in the LOCTF which creates the Financial Crimes Intelligence Unit (“FCIU”) as part of the Superintendent of Banks (“SUDEBAN”) as the Agency governing banking regulation and its enforcement. Under Venezuelan law, as a preliminary matter, there is no distinction in the regulation between money laundering and terrorism financing. This is because essentially “the techniques used to launder money are essentially the same as those used to conceal the sources of, and uses for, terrorist financing.”⁹⁸ Then, “funds used to support terrorism may originate from legitimate sources, criminal activities, or both.”⁹⁹ In addition to the AML framework, there are important sanctions in the Banking law regarding money laundering in general.

ries/fincen-advisory-fin-2017-a006#_ftn4. But not only officials have used the black market to sell currency. Citizens who obtain remittances from abroad, commercialize their currency into the black market to avoid using the official market, which is also a crime under the Illicit Currency Trades. Therefore, as a matter of practice, there is a lot of money laundering going on without any further prosecution or awareness by some individuals. Unfortunately, the economic crisis has created an implosion in the system with the high inflation rates and the high cost of living.

97 *Understanding the Rising Corruption, Sanctions and Money Laundering Risks of Doing Business with Venezuela*, Kirkland & Ellis Alert, (October 12, 2017) available at https://www.kirkland.com/siteFiles/Publications/Understanding_the_Rising_Corruption_Sanctions_and_Money_Laundering_Risks_of_Doing_Business_with_Venezuela.pdf (last visited April. 15, 2018).

98 COMPREHENSIVE REFERENCE GUIDE TO AML/CFT, (2006) at Chapters 1 and 2. Available at: http://siteresources.worldbank.org/EXTAML/Resources/396511146581427871/Reference_Guide_AMLCFT_2ndSupplement.pdf

99 *Id.*

In this regard, SUDEBAN will request information from other public and private institutions regarding the behavior of natural or legal persons, whether they are users or not of the national banking sector, to gather additional information to facilitate risk assessment and contribute to customer identification rules for the prevention of money laundering and financing of terrorism.¹⁰⁰ In addition, under the Banking framework, Financial Institutions will be sanctioned with a fine between 0.2% and 2% of their capital stock if they facilitate the exit or money laundering in any of its modalities, without prejudice to the legal actions that may have taken place.¹⁰¹ Notwithstanding this general framework, one of the main deficiencies of the current LOCTF is the lack of important mechanisms to combat domestic criminal organizations, such as the exclusion of the state and its companies from the scope of investigations.¹⁰² But currently, Venezuela is no longer on the FATF list of countries that have been identified as having strategic AML deficiencies.¹⁰³

As we will see, LOCTF imposes several regulatory obligations to financial institutions in Venezuela. These formal obligations also impose the creation of compliance programs in the banking sector as a way of prevention and detection of money laundering offenses. In fact, banks are required to design and put in place an operative AML/CTF compliance program.¹⁰⁴ Such compliance program must be available for the SUDEBAN in the first 15 business day of years in which such program would be implemented.¹⁰⁵ As we can see, there is a self-reporting obligation under the LOCTF which covers several aspects. In fact, the purpose of the LOCTF is to promote the creation of AML compliance programs by banking institutions with the

100 Banking law, Article 88.

101 Banking law, Article 202, (6).

102 *Id* at note 46.

103 *Id*.

104 Prudential Norms, Article 22.

105 *Id*.

idea of having a matrix of information shared by governmental agencies to prosecute money laundering offenses and assuring banking regulation enforcement.

Under the LOCTF, the principal Money Laundering crime typified is broad provision to catch up several illicit conducts. In this respect, under the money laundering crime provision, it is forbidden to use money coming from illegal activities, knowing that they come directly or indirectly from an illicit activity, and with a penalty of prison for ten to fifteen years.¹⁰⁶ With the same penalty, it is considered a crime the concealment, receipt, simulation, and the acquisition of goods from proceeds from crime and illegal activities.¹⁰⁷ In addition, “any director, manager, or employee of the obliged entities, who by negligence, imprudence, lack of expertise, favor or contribute the commission of a money laundering crime and terrorism financing, without any participation on it, shall be sanctioned by reclusion to three to six years.”¹⁰⁸ But more than the money laundering crime statute, there are extensive money laundering regulations to prevent money laundering activities that

106 LOCTF, Article 35. Who by himself or by another person is owner or proprietor, possessor or owner of capital, cash, funds, knowing that they come directly or indirectly from an illicit activity, will be sentenced to prison for ten to fifteen years and a fine equivalent to the value of the illegal proceed. The same penalty will apply to those who, by themselves or through another person, carry out the following activities:

1. The conversion, transfer by any means of goods, capital, liquid assets, profits or surpluses in order to hide or conceal the illicit origin of them or to help anyone who participates in the commission of such crimes to avoid the legal consequences of their actions.
2. The concealment, or simulation of nature, origin, location, disposition, destination, movement or ownership of goods or legitimate right of these.
3. The acquisition, possession or use of goods resulting from a crime.
4. The receipt, investment, transformation, custody or administration of goods or capital from illicit activities.

The capital, property or money subject to the crime of money laundering will be confiscated or confiscated.

107 *Id.*

108 LOCTF, Article 36.

are way beyond the scope of this criminal provision. The scope of this paper is the regulatory approach of such regulatory framework from the reporting obligations perspective in the Banking sector.

SUDEBAN has issued several memorandums explaining the scope and application of AML rules under the LOCTF. Under Venezuelan banking law, these are called “prudential regulation.” Among those prudential regulations issued by SUDEBAN as governing agency in the banking sector, there are several legal instruments. Some of these memos or resolutions are advisory rather than mandatory, but in practice, financial institutions follow those mandates as a matter of best practices and regulatory compliance and as a way to avoid potential sanctions and fines.

Under the LOCTF, financial institutions are classified as persons subject to LOCTF as obliged entities.¹⁰⁹ This means that any participant in the banking sector (as a person conduct financial intermediation) is subject to the law and its provisions. There is the general obligation that obliged entities must keep physical and digitally the records, documents, and other papers from their clients by a period of five years¹¹⁰ with the idea to facilitate criminal prosecution and securement of criminal evidence. With this general principle, there is the obligation of identification of clients prior any transaction,¹¹¹ the obligation of reporting any unusual activity,¹¹² the obligation of reporting cash operations,¹¹³ the obligation to identify third party intervenient in transactions,¹¹⁴ and the obligation

109 Under LOCTF Article 9, (1), entities subjects to the LOCTF are any agency, institution, natural or legal person subject to the provisions of the banking laws regulations. Therefore, the whole banking sector is subject to the LOCTF and its legal consequences.

110 LOCTF, Article 10.

111 *Id.* Article 11.

112 *Id.* Article 13.

113 *Id.* Article 17.

114 *Id.* Article 16.

of reporting political exposed persons.¹¹⁵ The violation of these formal obligations would result in an pecuniary fine between 500 to 3,000 T.U. to the obliged entity.¹¹⁶ These reports are not criminal in nature and do not have to meet the formalities of a criminal action.¹¹⁷ Then, the FCIU will remit the case to the Attorney General Office in case of sufficient evidence criminal activity to start the investigation and prosecution.

B. Reporting requirements

Regarding reporting requirements, SUDEBAN has issued a “Prudential Norms related to the Administration and Control of Financial Risks related to AML/CFT”¹¹⁸ (“AML/CFT Prudential Norms”) to implement AML regulations with enough detail in financial transactions. These rules are mandatory for financial institutions. Reporting obligations are crucial under current AML regulation in Venezuela to help authorities to detect and prevent organized crime. We explain the most relevant reporting requirements as follows.

a. Suspicious activity report

Under the LOCTF, Venezuelan law has its own Suspicious Activity Report (“RAS” in Spanish). The obliged entities must pay special attention to any transaction or group of transactions regardless of their amount and nature, when it is suspected that the funds, capital or assets come from or are linked, or could be used to commit money laundering offenses, or finan-

¹¹⁵ *Id.* Article 18.

¹¹⁶ Under several Venezuelan laws and regulations, it has been adopted the Tax Unit (T.U) as a way to determine the pecuniary sanction in the specific case. This method is mainly to surpass the high inflation rates in the Venezuela economy and avoid worthless sanctions. The T.U amount is established every fiscal year by the Venezuelan Ministry of Finance.

¹¹⁷ LOCTF, Article 13, third paragraph.

¹¹⁸ Official Gazette No. 39,388, dated March 17, 2010. Available in Spanish at http://sudeban.gob.ve/wp-content/uploads/N_Prudenciales/7-PREVENCIÓN-DE-LEGITIMACIÓN-DE-CAPITALES/7-2-RES-119-10.pdf

cing of terrorism or any other crime of organized crime.¹¹⁹ Under the LOCTF, financial institutions should pay special attention to such activities notwithstanding their eventual a lawful source.¹²⁰ The obliged entities must report in an expedited way the suspicious activities detected to the FCIU. Then, the FCIU will determinate if the case should be sent to the Public Prosecutor Office for the purpose of starting a criminal investigation. This general obligation is complemented with the general obligation to cooperate with government agencies to enforce AML/CFT regulations.¹²¹

Financial institutions are required to pay special attention to cash operations –unusual deposit or withdraws– credit, currency operations, credit notes, and other indicia of operations related to money laundering when there is not enough justification of such movements o simply because of its unusual nature in the client history.¹²² In addition, Venezuelan banks are required to classify transactions as suspicious transaction, at bank discretion, when the transaction is either unusual, unconventional, in transit, structured or complex from the analysis of the information gathered from the client.¹²³ Failure to comply with SAR reporting is sanctioned by a fine between five 500 T.U and 1,000 T.U.¹²⁴

When an obliged entity decides to report a suspicious activity related to AML/CFT, Financial Institution compliance officer must send the RAS to the FCIU, using electronic or written means, no later than 2 business days after the bank AML/CTF committee has established the necessity of reporting the suspicious operation.¹²⁵ For the purpose of the RAS, financial institutions are not required to have certainty of the conduct they

119 LOCTF, Article 13.

120 *Id.*

121 AML/CFT Prudential Norms, Article 83.

122 AML/CFT Prudential Norms, Article 84.

123 *Id.* Article 85.

124 LOCTF, Article 13.

125 AML/CFT Prudential norms, Article 86.

report, and neither has the nature of a criminal or civil action nor implies liability. In this respect, obliged entities should pay special attention to the information gathered in the media (TV, press, etc.), government reports, international organizations, clients, internet, among others at the discretion of the financial institution.¹²⁶

This is useful information to build a client's profile but in any event, the RAS report must be sent upon a reasonable analysis under the client circumstances and based on reasonable indicia of potential wrongdoing.¹²⁷ In this sense, obliged entities must implement their own proceedings to develop a policy of customer due diligence and assess customer's risk.¹²⁸ Finally, the written RAS report must be accompanied by all the client documentation gathered by the Bank to facilitate the potential investigation.¹²⁹ RAS is confidential and clients do not have access to such information. Its disclosure may constitute only an administrative fine to the financial institution.

*b. Report of transactions over Bs.F. 10,000
and report of currency transactions*

Financial institutions are required to report electronically all transactions –deposits or withdraws– for amount equal or over Bs.F. 10,000 made by their clients in their accounts or other financial products.¹³⁰ SUDEBAN may exempt this requirement upon designation in the exception list for this matters.¹³¹ As a practical matter, thanks to the current inflation and economic crisis, this amount is illusory in practice but still, banks are required to report such amount but current regulations allow SUDEBAN to modify this quantum over time.¹³² In addition,

126 *Id.* Article 91.

127 *Id.* Article 91.

128 *Id.* Article 34.

129 *Id.*

130 *Id.* Article 78.

131 *Id.*

132 *Id.* Article 120.

obliged entities must report, between 15 business days after month closing, operations of buying, sale, currency wire transfers, and sale of electronic currency which are: (i) transactions equal or over U.S. 10,000, in jurisdiction of the Republic or through wire transfer to other jurisdictions abroad;¹³³ (ii) transactions equal or over U.S. 3,000 which are made in off shore jurisdictions (which are specified by the Organization for Economic Co-operation and Development); (iii) transactions equal or over U.S. 750 which are made from or to countries producers of illicit drugs (countries who are specified under United Nation guidelines to that regard.)¹³⁴

c. Report of banking employees and new clients

Financial institutions are required to send a monthly report of new clients to the SUDEBAN electronically,¹³⁵ as well as report of new banking employees. This report must provide information of the current bank employees as well as an indication of those employees who no longer work for the institution.¹³⁶

C. Record keeping requirements

Similarly, to U.S. regulations, Venezuelan Law requires recordkeeping for a period of 5 years.¹³⁷ In particular, the obliged entities will keep in physical and digital form during a minimum period of five years, the corresponding documents or records to verify the performance of operations and business relationships of customers with these, as well as the

133 *Id.*

134 *Id.* at 4.

135 Prudential Norms, Article 81.

136 Prudential Norms, Article 80.

137 Interestingly, under the Prudential norms this period is extended for a period of ten years. However, the Prudential norms precedent the LOFCT. (the LOFCT was enacted by Congress in 2015 while the Prudential Norms where enacted in 2010 by SUDEBAN.) Today, the LOFCT is controlling statute over the regulations contained in the Prudential Norms.

documents required for their identification when establishing business relationships with the obliged entity.¹³⁸ This five years period will be counted in several ways depending on the document gathered.¹³⁹

D. Know your customer

Under the LOCTF, the obliged entities will not be able to initiate or maintain relations economic, with natural or legal persons whose identity cannot be determined fully.¹⁴⁰ Nor will they be able to maintain anonymous, encrypted accounts, unnamed or with fictitious names.¹⁴¹ SUDEBAN and other regulatory agencies in the sector have the authority to set forth regulations to require the client's identification. Failure to comply with this rule is fined with 500 T.U and 1,000 T.U. In addition, SUDEBAN has issued a memo to all commercial and universal banks requiring the deepening of "know your client" policies, as well as "know your employee,"¹⁴² in particular, in currency transactions in the border with Brazil and Colombia.¹⁴³ In addition, as we can see, there is an overlap between the RAS regime and the *know your customer* regulations, in the sense that, in any case, the banks need to know with whom is doing business with. Under current regulation, there is an

138 LOFCT, Article 10.

139 In particular, (i) for documents relating to the identification of clients, from the day when the relationship ends; (ii) for those documents that prove a financial operation, starting from the execution of operation; (iii) for the reports of suspicious activities, from the referral of this; (iv) for business correspondence, after the commercial relationship has ended. Failure to comply with this rule will be fined with 300 T.U. and 500 T.U. See LOFCT, Article 10.

140 LOCTF, Article 11.

141 *Id.*

142 *Informative Guide to deepen and promote Know your Client and Employee policies for Financial Institutions*, published as SIB-DSB-CJ-OD-25045 (August 4, 2015). Available in Spanish at http://sudeban.gob.ve/wp-content/uploads/N_Prudenciales/7-PREVENCIÓN-DE-LEGITIMACIÓN-DE-CAPITALES/7-5-CC-DSB-CJ-OD-25045.pdf

143 This is because the important cash flows and transactions in this area in the course of trade and commerce in the border.

emphasis on foreign banking institutions. In so doing, obliged entities must establish a policy of *know your client* when the customer is a foreign financial institution who is doing business outside the Republic. Those clients must present to the banking institution, at minimum: (i) that such institution has an AML/CFT and required proof of such program; and (ii) identification of shareholders of such institution.¹⁴⁴

Under current regulations, banking institutions must gather information of their customers, extending this requirement to third parties and beneficial owners. Thus, obliged subjects must establish, by all means, the true identity of the intervening third parties and beneficiary owner.¹⁴⁵ Failure to comply with this rule will be fined between 1,000 T.U. and 3,000 T.U.¹⁴⁶ However, there are not prudential norms that explain the scope of such provision. In fact, due to the lack of guidelines in this beneficiary owner rules, there is a loophole for potential administrative sanctions. So generally, as a practical matter, the financial institution must gather information about the parties involved in the transactions assessing their risk, being advisable to gather more information in red flag transactions rather than routinely ones. In theory, this may accomplish the purpose of LOCTF article 16 about third parties and beneficial owners, but regulators may have a different analysis in each case.

a. Customer Due Diligence generalities

Under the Prudential Norms, financial institutions are required to set in place customer due diligence procedures.¹⁴⁷ These policies and procedures must be done continually, as a way to asses' customer's risk. Thus, banks are required to have

144 AML/CFT Prudential norms, Article 49.

145 LOCTF, Article 16.

146 *Id.*

147 AML/CFT Prudential norms, Article 34.

an individualized customer file of each customer.¹⁴⁸ In case of opening of new accounts, banks are required to make an interview in person with the potential client.¹⁴⁹ Potential clients must provide copy of their identification number or passport for foreigners domiciled in the country.¹⁵⁰ In the case of foreign corporations, clients must provide their articles of incorporation legalized and translated in Spanish,¹⁵¹ and customers who are represented by others must provide the power of attorney who authorizes such representation.¹⁵² Banks are also required to create an individualized card for each client, which will be electronically held by the bank as a way of easily client identification. This card must contain (i) the motives of opening the account; (ii) name and last name of the client; (iii) date and place of birth; (iv) profession or economic activity; (v) nationality; (vi) salary and other monthly earnings; (vii) personal and business address; (viii) banking references; (ix) fingerprint of the thumb, among several others.¹⁵³ Finally, financial institutions are required to report the detection of the falsity of the information provided,¹⁵⁴ and constantly verify the information gathered.¹⁵⁵

3. Critics to the Banking reporting system provisions

Some people have argued that imposing all these obligations to banks implicates an unnecessary burden to financial intermediation activities. Thanks to the new general compliance trends, private individuals must collaborate with the governmental agencies to prevent and control criminal activities. However, this statement has been challenged: is it not the obli-

148 *Id.* Article 35.

149 *Id.* Article 36.

150 *Id.* Article, 37.

151 *Id.* Article 37.

152 *Id.* Article 38.

153 *Id.* Article 39.

154 *Id.* Article 41.

155 *Id.* Article 43.

gation to governmental agencies to do that kind of job instead of banks? In practice, compliance programs may inverse the job priorities to the parties involved: banks finding the criminals while agencies only way to catch when everything is already done. It is true, financial institutions must invest considerable resources to accomplish the goals of compliance regulations. But it is undeniable that the compliance trend is here to stay. Compliance helps in several ways to prevent crime and enforcement of regulations.

The legislative approach to this question has been imposing more regulatory obligations to financial institutions and even, criminalize some conducts to emphasize the enforcement of AML regulation. In the big picture, some legislations are implementing criminal liability of banking institutions to create a better regulated scheme of enforcement. In the LOFCT framework, financial institutions are “are civil, administrative and criminally liable for criminal offenses related to organized crime and financing of terrorism committed by them, by their agents or their representatives,”¹⁵⁶ subject to sanctions in the administrative and judicial setting. In so doing, in the case of the commission of criminal offense, the LOCTF allows the judiciary to impose criminal sanctions to those corporations found guilty of committing criminal offenses. This was a surprising change in the Venezuelan legislation, considering that, traditionally corporations were not subject to criminal liability. However, the violations of regulatory obligations are only subject to civil fines under Venezuelan Law, which is a significant difference comparing with the current American

156 *Id.*, LOCTF, Art. 31 established that: “Legal entities, excluding the State and its companies, are civil, administrative and criminally liable for criminal offenses related to organized crime and financing of terrorism committed by them, by their agents or their representatives. In the case of legal entities in the banking, financial or any other sector of the economy, which intentionally commits or contributes to the commission of crimes of organized crime and financing of terrorism, the Public Ministry shall notify the corresponding agency for the application of administrative measures that may apply.”

framework where the violation of the regulatory framework may have criminal consequences.

In the case of Venezuelan law, violation of record keeping, and reporting duties are essentially sanctioned through civil fines. By contrast, in the American system, these violations may constitute a crime against regulatory agencies. The American approach of enforcement is difficult to translate into the current Venezuelan practice. Given the way Venezuelan criminal law works, there is a substantial difference in the way money laundering crimes are prosecuted. Under Venezuelan Criminal law, it is fair to affirm that once a criminal procedure is filled, it is very difficult to stop it. As a matter of fact, Venezuelan prosecutors do not have the option to negotiate penalties as American prosecutors have in Federal cases. Indeed, for Venezuelan prosecutors, it is mandatory to prosecute until a final judgement in the case. In doing so, there is no bargaining power in the hands of the prosecution, but very limited procedural ways to avoid the legal obligation to prosecute. Then, there is no possible deferred prosecution agreements (“DPA”) practice as the United States has.

In the United States federal practice, companies have a variety of options such as DPA which may be negotiated and implemented exclusively by the prosecutor, giving them the ability to apply sanctions without criminally charging the offender. The amount of prosecutorial discretion is enormous in cases of DPAs, given that prosecutors have the sole power to decide whether to prosecute a corporation without any judicial oversight. Thus, DPAs create a dynamic between the prosecution and the corporate defendant where “[o]nly the prosecutor can be merciful, and for his mercy the corporation rationally chooses to cooperate in any way demanded.”¹⁵⁷ This dynamic definitely impacts how compliance programs work and how solutions to potential controversies are set up. Here, the amount

157 Miriam H. Baer, *Organizational Liability and the Tension between Corporate and Criminal Law*, 19 J.L. & POL’Y 1, 14 (2010).

of prosecutorial discretion is troubling in cases of deferred prosecution agreements, given the fact that prosecutors have the sole power to decide whether to prosecute a corporation without any judicial oversight. In words of the DOJ:

“Prior to 2002, there were no criminal enforcement actions, or even serious regulatory penalties, for the failure of financial institutions to file SARs or comply with the requirements of § 5318(h). The first civil penalty against a bank for failing to file SARs was imposed on the Great Eastern Bank of Miami, Florida, on September 2002. In November 2002, the Department of Justice (the Department) began conducting a series of criminal investigations into financial institutions, resulting in either significant criminal convictions or deferred prosecutions of several institutions for a variety of offenses, including the aforementioned BSA statutes.”¹⁵⁸

Indeed, the U.S. government agenda is to enforcement at maximum their regulations. In most of the cases, regulatory issues are informally resolved through these DPAs agreements. In the United States, deferred prosecutions are negotiated and implemented exclusively by the prosecutor, giving them the ability to apply sanctions without criminally charging the offender. As a matter of practice, judges have no authority to turn down a DPA, they are not submitted at all to courts. This is why prosecutors have in their hands life and death powers over people and companies. In so doing, “once the conditions on the settlement agreement are satisfied, the formal charge is dismissed with no resulting conviction.”¹⁵⁹

In the same scenario but applied in a Venezuelan context, this bargaining system does not exist under Venezuela criminal law. In fact, prosecutors are obliged to enforce the law

158 KENDALL, *supra* note 8 at 19.

159 Miriam Weismann, MONEY LAUNDERING, LEGISLATION, REGULATION & ENFORCEMENT, (2014) at 57.

without any bargaining process. But more than the criminal liability, the administrative liability under several Venezuelan laws creates a scenario where is way more common to negotiate with agencies than prosecutors. In practice, compliance in Venezuela is a constant process with regulators rather than prosecutors. Indeed, it would very difficult to translate this DPA system into the Venezuelan criminal justice system, given the concerns about due process in such bargaining setting.

From a policy perspective and as a practical standpoint, not every crime can be prosecuted. Money laundering crimes by themselves are crimes so sophisticated that are worthless of enforcement if there is not an adequate underlying crime to charge as well. The rationale is applicable to the violation of reporting requirements. In this case, a money laundering crime prosecuted may be catalogued as a waste of resources. Here, an adequate prosecutorial discretion is key to determine which crimes are better to be prosecuted than others. In practice, at least in the U.S. practice, the violation of these requirements has been enough to settle DPAs against banking institutions.

In any case, the imposition to civil or administrative fines is necessary to accomplish the goals of the current framework. For some people, fines should be viewed as a mere cost of doing business in an otherwise lucrative marketplace.¹⁶⁰ Report and recordkeeping requirements have their fundament in the idea of internal compliance and assessment of risk and make sense in the sophisticated financial system of today's world. Then, we truly believe the idea of an internal compliance program makes sense especially, in the financial system. Given the fact that money laundering crimes are very sophisticated crimes, only sophisticated actors are able to efficiently detect them. This is essentially the case of the banking sector. Even if the government would have complete control of banking institutions,

160 WEISMANN, *Id.*

only the banks are in the position to detect irregular financial activities because they have the technological platform to do so. In addition, banks have the knowhow of the banking business and they have developed internal proceeding, systems and practices way far complex that any enforcement agency.

The recordkeeping, reporting obligations, KYC and due diligence obligations are critical for the right implementation of AML regulations and compliance and administrative policies. This generates a “public-private partnership between the federal government and the financial industry creates a symbiotic relationship in a joint effort to detect and prevent money laundering, which threatens the integrity of the inter-bank systems.”¹⁶¹ Indeed, it has been pointed out that “failures by commercial and investment banks to implement and fully comply with KYC [and other regulatory] policies in either lending or product offerings were among the causes of the economic and financial crisis of 2007 to 2009.”¹⁶²

In this scenario, financial institutions have helped the government to further enforcement of regulation which information that Banks easily can obtain through setting up and internal regulation to accomplish the compliance of the legal framework. In addition, as a policy consideration, “the abuse of legal entities to disguise involvement in illicit financial activity is a longstanding vulnerability that facilitates crime, threatens national security, and jeopardizes the integrity of the financial system.”¹⁶³ This rationale can be easily sustained under the current Venezuelan regulation which follows the same principle. In the end, combating money laundering is a common goal in the western world well-settled and accepted for several governments.

161 *Id.* at 487.

162 Genci Bilali, *Know Your Customer -Or Not*, 43 U. TOL. L. REV. 319 (2012) at 319.

163 81 FR 29397 at § II, (B) 1.

CONCLUSIONS

In this essay, we have discussed issues of current interest in regulatory law. In the first part, we have explored the theory of private action in white-collar-crimes to punish these kinds of criminal offenses and enforce regulations. In this analysis, we have shown that private action by itself is not an adequate legal institution to every criminal offense. Using the example of American antitrust law and RICO, we believe it is possible to create a private action cause of action that allows victims of white-collar crimes to remedy their harms through the private prosecution of those offenses. But this is not an absolute answer to the issue because it requires an incentive to litigate. Depending on the magnitude of the crime, it seems the theory of private action may be or not adequate under the circumstances of the crime committed. In this regard, allowing private action in all white-collar crimes (or in all criminal law) does not provide more efficiency to the criminal system but a potential waste of resources.

Likewise, we have explored the proposal of civil liability as the right way to punish corporate wrongdoing rather than the criminal aspect of it. We believe civil liability rather than criminal is beneficial for the legal system in several aspects. First, it guarantees a remedy for those injured by corporate wrongdoing. Second, it limits the powers of prosecutors and the abuse of power of recent DPA practice. Indeed, the secrecy of DPA gives so much power to the government and in this kind of practice there are no checks and balances who guarantee a basic notion of fairness. This would balance the current overlap between civil and criminal liability.

In the second part of this essay, we have analyzed comparatively the AML regulations between the United States and Venezuela, considering the current regulatory trends. In our opinion, Venezuelan law provides a robust body of Anti Money laundering laws, mainly influenced by U.S. AML regulations.

U.S. is exporting the ideas of KYC, due diligence, and reporting obligations, which in our opinion are necessary to prevent and detect early money laundering crimes and possibly help in the underlying criminal activities. Both systems have important reporting requirements which are key in the current AML framework. We believe this is the right policy approach in the banking sector.

In practice, the sophistication of money laundering crimes is so complex that their prosecution may be debatable depending on the other crimes the prosecution is going to charge in a criminal investigation. This conflict arises because of the balance between the necessity of justice and enforcement of laws and the adequate use of public resources to prosecute crimes in the best way possible to maximize those resources.

In the case of Venezuela, however, the problem isn't the anti-money laundering law by itself but its enforcement. It does not matter if countries have a good regulation if there is not an adequate method of enforcement of their regulations. And this is one of the main weaknesses in the Venezuelan Anti-money laundering system. They are in place, but they are not enforced due to their sophistication. In both the American and Venezuelan systems, there is a robust body of regulations set in place and this is the right direction. Nonetheless, one of the main challenges is to accomplish these goals efficiently. It truly has been said that compliance requires a lot of resources that Agencies are not willing to pay and impact corporate profitability of many businesses. But only the effective relationship between private and public sector can accomplish the enforcement of AML and prevent crime.

Both topics are related following the transformations in the law practice. The regulatory landscape is complex and mixes criminal, corporate and administrative law in unimaginable ways in our recent past. Nowadays, it is hard to find either answers at the court's system or in corporate law alone.

As counsels, we ought to be very careful counseling in several areas to better understand complex regulatory cases. It is also necessary to have an international radar at the time to solve corporate legal issues because it is easier than ever to have regulatory or criminal problems while doing business in complex schemes. Attorneys must take this situation into consideration while counseling corporate clients. Then, compliance programs are useful to prevent heavy sanctions and fines in commerce. In these scenarios, new practitioners should acknowledge the new legal reality which requires more preparation and new challenges when the law is more global than ever.

LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL FISCAL

Jessica Vivas Roso¹

Resumen: Bajo la figura de la buena Administración se revisa el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF) y su reglamento.

Palabras clave: Buena Administración. Responsabilidad administrativa. Control fiscal. Corrupción. Derechos humanos.

Summary: In accordance to principles of good Administration, the procedure established by the Organic Law of the Comptroller General of the Republic and the National System of Fiscal Control (LOCGRSNCF) and its regulations is reviewed, in order to determine administrative responsibility.

Key words: Good administration. Administrative responsibility. Fiscal control. Corruption. Human rights.

Recibido: 27 de abril de 2019 Aceptado: 15 de enero de 2020

1 Abogada (UCV). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Especialista en Gerencia del Sector Público (UCAB). Doctoranda en Derecho Administrativo Iberoamericano (Universidad La Coruña-España). Profesora de Teoría de la Actividad Administrativa en la Especialización en Derecho Administrativo (UCV). Profesora de Finanzas y Presupuesto Público en la Especialización en Gerencia de Sector Público (UCAB). Profesional con más de 10 años de experiencia en el sector público venezolano.

lano. Ha ocupado cargos en los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la Región Capital, Gobiernos Municipales y Contralorías Municipales. Actualmente coordinadora de proyectos de Transparencia Venezuela A.C.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. La buena administración
- III. La responsabilidad administrativa de los servidores públicos como elemento de la buena administración
- IV. El procedimiento de responsabilidad administrativa y los principios de la buena administración
- V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo fue concebido por mucho tiempo como una prerrogativa de la Administración; éste giraba en torno a la Administración Pública como aquella que realizaba su accionar conforme a las atribuciones de ley, de acuerdo a un régimen de privilegios y prerrogativas, que privaba sobre las necesidades básicas fundamentales de los ciudadanos². No obstante, este enfoque evolucionó “al situar como norte y objetivo, la centralidad de la persona humana”³ en un concepto que hoy se conoce como buena Administración.

Entonces, a partir de tal consideración, se concibió un derecho a la buena Administración, entendido como un dere-

2 Así lo expresa José Ignacio Hernández, citado por: Cosimina, Pellegrino “Algunas reflexiones sobre la buena Administración pública desde la mirada del cortometraje venezolano «Cédula Ciudadano», de DIEGO VELASCO”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 11, Universidad Monteávila, Centro de Estudios de Derecho Público, Caracas, 2011, pp. 261-282, p. 272, (consultado el 22 de enero de 2019), disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDAV/11/REDAV_2017_11_261-282.pdf

3 Cfr.: Miguel Ángel, Torrealba Sánchez, *La justicia administrativa como obstáculo real para el ejercicio del derecho a la buena Administración en Venezuela: dos ejemplos, s.f.*, (Marco Introductorio, 1), (consultado el 28 de febrero de 2019) disponible en: https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/la_justicia_administrativa_venezolana_y_la_buena_administracion.pdf

cho subjetivo que otorga a los ciudadanos el poder de exigir determinadas actuaciones a las instituciones del Estado, encargadas de garantizar la satisfacción de sus necesidades, habilitándoles para exigir jurídicamente el cumplimiento de obligaciones jurídicas públicas insatisfechas⁴. Este derecho a la buena Administración ha sido recogido en la Constitución de 1999 y posteriormente desarrollado en cuanto a sus principios y derechos componentes en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP), que ha servido de instrumento delineador y renovador de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos.

El derecho a la buena Administración, no debe entenderse como exclusivo y excluyente de las Administraciones Públicas, sino que al configurarse como un mecanismo que permite garantizar la consolidación de todo Estado Social de Derecho, resulta aplicable a todas las instituciones del estado.

Entre los principios que comprenden la buena Administración se encuentra el principio de responsabilidad del estado y sus funcionarios, el cual impone la obligación de responder por los daños causados en los bienes o derechos de los ciudadanos, como consecuencia del funcionamiento de las instituciones del Estado. Tal garantía acarrea –entre otras cosas– la necesidad de establecer regímenes de responsabilidad personal de los funcionarios públicos (civil, penal, disciplinaria y administrativa) para dar respuesta efectiva a las denuncias que sean efectuadas.

4 Juli, Ponce Solé, citado por: Moisés, Martínez Silva. “El derecho a la buena administración”, *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*, Centro para la Integración y el Derecho Público, CIDEF, Caracas, 2017, pp. 26-43, p. 31, (consultado el 22 de enero de 2019), disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ANUARIODAUCV/2017/DAUCV_2017_26-43.pdf

Particularmente la responsabilidad administrativa, persigue intervenir, fiscalizar, inspeccionar y enjuiciar a funcionarios que resguarden o custodien fondos y bienes públicos cuando se constate la existencia de comportamientos corruptos o se observe negligencia en el cuidado de los recursos del Estado. Igualmente, investiga y sanciona a funcionarios públicos por el inadecuado o incorrecto uso de los recursos públicos, permitiendo garantizar el derecho a la buena Administración en la medida que los procedimientos administrativos diseñados para el establecimiento de esta responsabilidad, atiendan a los principios y derechos componentes de la buena Administración; además de preservar y respetar los derechos y garantías de los ciudadanos.

En razón de ello, este artículo pretende revisar el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRS-NCF) y su reglamento, en contraste con los criterios generalmente aceptados del derecho a la buena Administración.

II. LA BUENA ADMINISTRACIÓN

1. Entendiendo la buena Administración

En el Estado Social de Derecho, a pesar de las variantes particulares existentes en cada sistema jurídico, las instituciones del Estado deben conducirse ajustadas al Derecho, lo que significa que los ciudadanos pueden aspirar a un “comportamiento esperado” de los órganos y entes públicos. Esa posibilidad de exigir a los Poderes Públicos un comportamiento específico que además debe traducirse en procura de bienestar para los ciudadanos, es lo que se conoce como el derecho a la buena Administración.

La buena Administración, es entonces, aquella que dirige su gestión en función del ciudadano como protagonista, procurando garantizar los derechos fundamentales que le asisten y que son reconocidos en diversas normas y declaraciones⁵. Su actuación debe estar subordinada y “al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente con calidad y calidez”⁶. De ella se demanda además que se rija por “valores y principios, que se concreten en una auténtica ética pública”⁷ teniendo presente que en su actividad “debe prevalecer la finalidad de servicio al ciudadano”⁸. La buena Administración es exigible a todas las instituciones del Estado y no se agota solamente a las Administraciones Públicas, toda vez que implica desarrollar toda

- 5 La Organización de Naciones Unidas (ONU) trazó como objetivos para las metas del milenio “desarrollo económico y social, democracia, lucha contra la pobreza y contra el hambre”, con lo cual los gobiernos deben adaptar su sistema jurídico y en consecuencia a las Administraciones Públicas. Europa no se ha quedado rezagada en materia con el artículo 41 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Sobre este particular: Jaime, Rodríguez-Arana Muñoz, *Gobernanza, buena Administración y gestión pública*, s.f., pp. 1-42, pp. 10 y ss., (consultado el 22 de enero de 2019), disponible en: http://aragonparticipa.aragon.es/sites/default/files/ponencia_jaime_rodriguez_arana.pdf
- 6 Preámbulo de 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), Caracas, 2013, (consultado el 27 de febrero de 2019) disponible en: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>
- 7 Cfr.: José, Meilán Gil, “Administración Pública para la democracia”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 11, A Coruña, 2007, pp. 493-506, p. 497, (consultado el 22 de enero de 2019) disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2530/AD-11-31.pdf;sequence=1>
- 8 El autor critica que en el pasado “la Administración (...) decidió cerrarse a la sociedad consiente de que los partidos controlaban el resto de los poderes para acampar, más o menos, en la impunidad.” Vid., Jaime, Rodríguez-Arana Muñoz, “La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N.º 6, Bogotá, 2013, pp. 23-56, pp. 26-27, (consultado el 5 de marzo de 2019) disponible en: <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2017/04/art1-2.pdf>

la actividad estatal bajo un conjunto de principios que tengan como centro al ciudadano.

Las reglas orientadoras de la buena Administración, están referenciadas en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP), documento que impone un conjunto de obligaciones, entre las que se encuentran: conducirse conforme al principio de legalidad, “especialmente en sus relaciones con los ciudadanos”⁹; actuar con eficacia y eficiencia, conforme a la ética: que promueve entre otros valores: honradez, integridad, probidad, transparencia, y austeridad en el manejo de los fondos públicos; ser responsable por los daños causados a los ciudadanos, lo que deja de manifiesto la existencia de un régimen de responsabilidad personal del funcionario público; permitir la participación ciudadana en el control de la actividad administrativa; dar publicidad y claridad a las normas, procedimientos y al entero quehacer administrativo; rendir cuentas periódicas y actuar con transparencia, permitiéndole al ciudadano el acceso a la información de interés.

Así, un Estado que quiera ajustar su actuación a los principios de la buena Administración procurará que sus actos sean acordes a los preceptos contenidos en la Carta y configurará su ordenamiento jurídico interno con miras a desarrollar armónicamente tales principios. Consecuentemente, se estará en presencia de una mala Administración al observarse actuaciones arbitrarias o inarmónicas que menoscaban los derechos de los ciudadanos¹⁰.

9 “Carta Iberoamericana...”, Capítulo Segundo, pp. 5 y ss.

10 Así lo recoge José Ignacio, Hernández González, “El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América española”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 16, A Coruña, 2012, pp. 197-224, p. 211, (consultado el 22 de enero de 2019) disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12007/AD_16_2012_art_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y

2. La buena Administración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) de 1999

El profesor José Ignacio Hernández, bien apunta que no existe en la Constitución de 1999 un reconocimiento expreso del derecho a la buena Administración¹¹, sin embargo, la afirmación contenida en el artículo 141 según el cual “la Administración está al servicio de los ciudadanos; debe actuar con base en ciertos principios básicos, como eficiencia, eficacia, transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad y transparencia, con subordinación plena a la Ley y al Derecho”¹², permite reconocer no solamente la naturaleza vicarial de la Administración Pública, sino además señalar que hay un reconocimiento implícito del derecho a la buena Administración.

Esta afirmación se sustenta en el hecho que, a lo largo del texto venezolano de 1999, pueden encontrarse varios de los principios contemplados en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP), que, si bien no se encuentran expresamente consagrados como manifestaciones del derecho a la buena Administración, son orientadores de las relaciones entre el ciudadano y los órganos del Estado.

El debido proceso a que hace referencia el artículo 49¹³ constitucional, está presente como principio rector de la buena

11 José Ignacio Hernández, “La Buena Administración en Venezuela: A propósito de los treinta y cinco años de la Ley Orgánica De Procedimientos Administrativos”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Nro 11, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, enero-abril 2017, pp. 221-260, p. 247, (consultado el 15 de abril de 2019) disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2018/02/La-buena-administracion-en-Venezuela-a-proposito-de-los-treinta-y-cinco-a%C3%B1os-de-la-de-la-LOPA-JIGH.pdf>

12 *Ibíd.*, p. 209.

13 De ocurrir violación a lo preceptuado en el artículo 49.1 o 49.3, todo lo actuado definitivamente sería nulo e inconstitucional

Administración. De la Carta Magna, el artículo 51¹⁴ (principio de racionalidad Carta Iberoamericana) garantiza el derecho de petición. El artículo 58 confiere el derecho a recibir información en forma oportuna y veraz; lo que se conecta con los principios de publicidad y claridad de las normas; y de transparencia y acceso a la información.

Los principios de ejercicio normativo del poder y de eficacia se vinculan con los artículos 137 y 138 de la Constitución. El principio de participación ciudadana en la gestión pública se refleja en los artículos 18, 55, 62, 70, 79, 80, 81, 83, 84, 86, 102, 118, 119, 127, 128, 132, 171, 173, 178, 184, 187 y 255, mientras que el principio de igualdad de trato ante la ley se puede observar en el artículo 21. Sobre el principio de responsabilidad, destacan los artículos 140 (responsabilidad patrimonial del estado), 25 y 139 (responsabilidad personal del funcionario público). El artículo 25 establece la obligación del funcionario que afecte derechos de los ciudadanos de responder personalmente por sus actos (penal, civil y administrativamente) y el 139 dispone que se responderá por la violación de preceptos constitucionales, desviación o abuso de poder.

Resulta necesario destacar que esta regulación constitucional impone al Estado el deber de adecuar su sistema normativo y su funcionamiento de manera tal que garantice el desarrollo de estos postulados; así como atribuye a sus funcionarios el deber de tener una conducta ajustada a la ley y al derecho, procurando la satisfacción de las necesidades colectivas de los ciudadanos, encontrándose obligados a rendir cuentas de sus actos y a permitir el control ciudadano sobre sus actuaciones, puesto que, atendiendo a la noción de buena Administración, los funcionarios se encuentran al servicio de los ciudadanos.

14 También es reproducido en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP) y el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA).

III. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS COMO ELEMENTO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

1. Delimitando el concepto de responsabilidad administrativa

Cuando se habla de responsabilidad personal del funcionario público, se distinguen tres tipos de responsabilidad: civil, penal y administrativa. En cuanto a esta última, existe discrepancia sobre su objeto y alcance; algunos autores la consideran parte de la responsabilidad disciplinaria, mientras que otros estiman que se trata de un tipo distinto de responsabilidad que responde a unas reglas y características específicas, como se verá seguidamente.

Marienhoff¹⁵, afirma que la responsabilidad administrativa persigue sancionar las conductas de los funcionarios públicos que lesionan el buen funcionamiento de la Administración Pública, lo cual es posible con fundamento en el ejercicio de la potestad disciplinaria de la administración, por lo que, este tipo de responsabilidad debe estudiarse como parte del régimen disciplinario de la Administración Pública. En este mismo sentido se pronuncia Bielsa, al señalar que los funcionarios públicos deben cumplir con un conjunto de funciones y atribuciones a los que denomina “deberes administrativos”. La transgresión de algunos de estos deberes trae como consecuencia la imposición de una sanción “característica en la responsabilidad administrativa del funcionario, que se hace efectiva por la pena disciplinaria”¹⁶.

15 Miguel, Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-B, Cuarta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 369.

16 Rafael, Bielsa, *Derecho Administrativo*. Tomo II, Tercera Edición, La Ley, Buenos Aires, 1938, p. 206. Dentro de esta misma corriente se encuentra el profesor González Pérez, quien afirma que la sanción a ciertos comportamientos no éticos de los funcionarios públicos, tipificados como infracciones, se rigen por el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria.

Por su parte, Canónico¹⁷ coloca a la responsabilidad administrativa en una categoría distinta de la responsabilidad disciplinaria; define a la primera como “la responsabilidad declarada a un sujeto por los órganos integrantes del sistema nacional de control fiscal, previa instrucción de un procedimiento administrativo, donde se compruebe que esa persona a cuyo cargo se encuentra el manejo, la administración o custodia de los fondos o bienes públicos, ha incurrido en acciones, hechos u omisiones antijurídicos y no excusables, lo cual conlleva a la aplicación de una sanción pecuniaria en los términos que señale la ley”, mientras que la segunda puede ser impuesta por las máximas autoridades de los órganos o entes públicos en los cuales se desempeñe el funcionario y se configura cuando exista la violación de los deberes propios de la función pública¹⁸.

Bajo esta misma línea de argumentación autores como Rachadell¹⁹ y De Pedro²⁰, destacan que la responsabilidad administrativa cuenta con dos elementos característicos y diferenciadores respecto de la responsabilidad disciplinaria, a saber: 1) es declarada cuando se compruebe la ocurrencia de hechos, actos u omisiones que impliquen una inobservancia a las reglas de preservación y resguardo de los fondos y bienes

Ver: GONZALEZ PÉREZ, J., *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*, Civitas (Thomson Reuters), Madrid, 2014, p. 220.

17 Alejandro, Canónico Sarabia, “El reparo como forma de determinación de la responsabilidad civil del funcionario frente a la administración”, AA.VV. (Coord. A. Canónico), *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 209-248, p. 214.

18 Ibídem.

19 Manuel, Rachadell, “Los Recursos contra el Auto de Responsabilidad Administrativa”, AA.VV. (Dir. A. Brewer-Carías), *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración* Vol. 6 (1983), *Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1985, pp. 553-593, p. 556.

20 Antonio De Pedro, *El Funcionario Público Venezolano*. Dirección de Malariología y Saneamiento Ambiental del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (MSAS), Caracas, 1972, p. 107.

públicos, por parte de funcionarios encargados de su custodia, y, 2) la comprobación de los elementos configurativos de la responsabilidad administrativa le corresponde a órganos independientes de las Administraciones Públicas²¹.

En Venezuela, es competencia de los órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal²² la tramitación del procedimiento para la determinación de responsabilidades administrativas y su declaratoria de procedencia, en caso de comprobarse la ocurrencia de alguno de los supuestos previstos en los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRS-NCF).

2. La responsabilidad administrativa y la lucha contra la corrupción

La responsabilidad administrativa apunta a garantizar el adecuado uso de los fondos y bienes públicos; siendo su objetivo principal sancionar a los funcionarios que actúen en detrimento de los intereses de los ciudadanos y de la satisfacción de las necesidades colectivas, mediante la desviación o uso inadecuado de los recursos del Estado. Por ello, puede afirmarse que la responsabilidad administrativa en un mecanismo para la lucha contra la corrupción. De acuerdo con Ledlyn Benítez²³,

21 En el caso venezolano, la competencia para la declaratoria de la responsabilidad administrativa es atribuida a la Contraloría General de la República (CGR) y los órganos integrantes del Sistema Nacional de Control Fiscal (Contralorías Estadales, Contralorías Municipales, Unidades de Auditorías Internas). En España, puede observarse la labor de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) y del Tribunal de Cuentas.

22 Contraloría General de la República; Contralorías Estadales, Contralorías Municipales y Unidades de Auditoría Interna.

23 Ledlyn, Benítez, "Declaratoria de responsabilidad administrativa a la luz de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal", *Ética y Jurisprudencia*, (extraordinario), Universidad Valle del Momboy, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios Jurídicos Cristóbal Mendoza, Valera, 2013, pp. 55-94,

la responsabilidad administrativa es una consecuencia del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, dado que mediante ella, se permite vincular las conductas ilícitas cometidas por personas o funcionarios públicos que resguarden, manejen o custodien fondos o bienes públicos, e imponerles la sanción correspondiente.

Hernández-Mendible afirma que la corrupción se manifiesta cuando concurre el concierto de voluntades de funcionarios que tienen algún tipo de responsabilidad o poder sobre bienes o recursos públicos, para permitir, tolerar o aceptar el uso de éstos en contravención a la legalidad. También señala que la corrupción existe cuando se rompen las normas de la ética pública y los funcionarios trasgreden los principios éticos que recoge el ordenamiento jurídico de determinado país para la satisfacción de sus intereses particulares con exclusión de los colectivos²⁴.

Por su parte, la organización Transparencia Internacional²⁵ define la corrupción como el abuso del poder que posee determinado funcionario para su beneficio privado, y se clasifica en gran corrupción, pequeña corrupción y corrupción política, dependiendo de la cantidad de dinero perdido y del sector donde ocurre. De manera tal que, los hechos de corrupción se encuentran asociados con el mal uso de los recursos públicos, bien sea por desvío para el beneficio personal del funcionario o de particulares o por inobservancia de los procedimientos legales establecidos en cada ordenamiento jurídico para el destino y uso correcto de los fondos, recursos y bienes públicos.

p. 55 (consultado el 18 de marzo de 2019), disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/6-12/ruvm_2013_6-12_55-94.pdf

24 Victor, Hernández-Mendible, "El Estado de derecho y los controles institucionales en lucha contra la corrupción", AA.VV. (Coord. A. Canónico), *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 81-130, p. 84.

25 Ver: <https://www.transparency.org/what-is-corruption>

La ocurrencia de hechos de corrupción en cualquier Estado democrático, impide la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, dado que, el postulado de esta figura radica en el uso inadecuado de los fondos públicos. Por ello, la responsabilidad administrativa de los funcionarios es un mecanismo que permite combatir y minimizar la posibilidad de que se produzcan hechos de corrupción, toda vez que la determinación de responsabilidades personales de los funcionarios que incurran en este tipo de actuaciones, permitirá: ejemplarizar a otros funcionarios públicos; establecer las sanciones respectivas y recuperar las cantidades de dinero desviadas indebidamente cuando sea procedente; impedir la reincidencia del funcionario en esas conductas; garantizar que se le dé a los fondos públicos, el uso para el cual han sido previstos. En definitiva, es una herramienta fundamental para favorecer y reforzar la lucha contra la corrupción.

3. Potestades de investigación previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF)

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal²⁶ (LOCGRSNCF) le otorga a los órganos de control fiscal la posibilidad de realizar dos tipos de procedimientos que pueden eventualmente desembocar en la declaratoria de responsabilidad administrativa de un funcionario público: la potestad de investigación y el procedimiento de determinación de responsabilidades.

26 Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N. 6.013 Extraordinario, Caracas, 23 de diciembre de 2010, pp. 10-22.

De acuerdo con Serviliano Abache Carvajal²⁷, la potestad de investigación constituye una representación de la clásica actividad de policía y se manifiesta con “(i) la actividad de investigación propiamente dicha, mediante la cual se descubren hechos anteriormente ignorados o desconocidos; y (ii) la actividad de comprobación, a través de la cual se constata la existencia de hechos conocidos pero inciertos”.

El propósito de la potestad de investigación reside en verificar la posible ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición normativa que pueda acarrear el establecimiento de responsabilidades personales contra un funcionario público; determinar la existencia de daños causados al patrimonio público y estimar la cuantía de los mismos; y evaluar la procedencia de acciones fiscales²⁸; este procedimiento en sí mismo no concluye con ningún tipo de declaratoria de responsabilidad personal de un funcionario público, sino que puede configurarse como un paso previo al procedimiento de determinación de responsabilidades.

La potestad de investigación busca entonces, garantizar que la actuación de los funcionarios públicos que manejen, resguarden o custodien fondos y bienes públicos se realice con sujeción a la ley y el derecho, así como dejar constancia de los hechos verificados por el órgano de control, que eventualmente –aunque esto no constituye un requisito *sine qua non*– daría lugar al establecimiento de responsabilidades administrativas posteriores.

27 Serviliano Abache Carvajal, “Forma y tiempo de la potestad administrativa de investigación”, *Revista electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Nro. 3, Universidad Monteávila, Centro de Estudios de Derecho Público, Caracas, 2014, pp. 13-46, p. 25 (consultado el 18 de marzo de 2019), disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2014/12/Forma-y-Tiempo-de-la-Potestad-Administrativa-de-Investigaci%C3%B3n.pdf>

28 Venezuela. *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*, artículo 77, p. 17.

Por su parte, el procedimiento de determinación de responsabilidades, tal como su nombre lo indica, tiene como fin comprobar la ocurrencia de hechos, actos u omisiones que pudieran conducir a la declaratoria de responsabilidad personal de un funcionario público. Este procedimiento culmina –en caso de ser procedente– con la declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario o funcionarios involucrados; el establecimiento de multas y reparos correspondientes; y funge como presupuesto para el establecimiento de las penas accesorias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF).

IV. EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y LOS PRINCIPIOS DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Los artículos 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF) indican la forma como se desarrollará el procedimiento para la determinación de responsabilidades. Al tener carácter administrativo, le resultan aplicables los principios de la buena Administración y se traducirá en un procedimiento efectivo y eficiente, en la medida que se traduzca en un instrumento real para el establecimiento de responsabilidades personales de aquellos sujetos o funcionarios que se encuentren incurso en conductas tipificadas como ilegales, derivadas del uso, resguardo o custodia inadecuada de fondos y bienes públicos, y siempre que –durante su ejecución– se atiendan a los principios que comprenden el derecho a la buena Administración.

La consagración de un procedimiento para la determinación de responsabilidades administrativas de los funcionarios públicos, representa la materialización de los principios de economía y responsabilidad previstos en la Carta Iberoameri-

cana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP). De responsabilidad, porque el procedimiento se encamina a establecer responsabilidades personales contra funcionarios públicos y de economía, porque es un procedimiento que busca preservar y garantizar el adecuado uso de los fondos y bienes públicos.

1. Del inicio del procedimiento

Un procedimiento de determinación de responsabilidades puede iniciarse al cumplirse cualquiera de los siguientes supuestos:

- A. Como consecuencia del ejercicio de las funciones de control, es decir, en el marco de las competencias atribuidas a los órganos de control fiscal se realiza una auditoría que atienda a lo dispuesto en las Normas Generales de Auditoría de Estado²⁹, en la que se observen hechos, actos u omisiones por parte de ciudadanos o funcionarios públicos que pudieran encuadrarse en alguno de los supuestos generadores de responsabilidad administrativa previstos en los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³⁰. Estos

29 Contraloría General de la República. *Normas Generales de Auditoría de Estado*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N. 40.172 Ordinario, Caracas, 22 de mayo de 2013, pp. 401.668-401.672,

30 Constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa, los siguientes: 1. La adquisición de bienes, la contratación de obras o de servicios, con inobservancia total o parcial del procedimiento de selección de contratistas que corresponda, en cada caso, según lo previsto en la normativa aplicable. 2. La omisión, retardo, negligencia o imprudencia en la preservación y salvaguarda de los bienes o derechos del patrimonio de los órganos o entes públicos. 3. El no haber exigido garantía a quien deba prestarla o haberla aceptado insuficientemente. 4. La celebración de contratos por funcionarios públicos o funcionarias públicas, por interpuesta persona o en representación de otro, con los entes y órganos regulados por la Ley. 5. La utilización en obras o servicios de índole particular, de trabajadores o trabajadoras, bienes o recursos que por cualquier título estén ctados o destinados a los entes y organismos regulados en la Ley. 6. La

expedición ilegal o no ajustada a la verdad de licencias, certificaciones, autorizaciones, aprobaciones, permisos o cualquier otro documento en un procedimiento relacionado con la gestión de los entes y organismos regulados en la Ley, incluyendo los que se emitan en ejercicio de funciones de control. 7. La ordenación de pagos por bienes, obras o servicios no suministrados, realizados o ejecutados, total o parcialmente, o no contratados, así como por concepto de prestaciones, utilidades, bonificaciones, dividendos, dietas u otros conceptos, que en alguna manera discrepen de las normas que las consagran. En estos casos la responsabilidad corresponderá a los funcionarios o funcionarias que intervinieron en el procedimiento de ordenación del pago por cuyo hecho, acto u omisión se haya generado la irregularidad. 8. El endeudamiento o la realización de operaciones de crédito público con inobservancia de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público o de las demás leyes, reglamentos y contratos que regulen dichas operaciones o en contravención al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno. 9. La omisión del control previo. 10. La falta de planificación, así como el incumplimiento injustificado de las metas señaladas en los correspondientes programas o proyectos. 11. La afectación específica de ingresos sin liquidarlos o enterarlos al Tesoro o patrimonio del ente u organismo de que se trate, salvo las excepciones contempladas en las leyes especiales que regulen esta materia. 12. Efectuar gastos o contraer compromisos de cualquier naturaleza que puedan afectar la responsabilidad de los entes y organismos regulados en la Ley, sin autorización legal previa para ello, o sin disponer presupuestariamente de los recursos necesarios para hacerlo; salvo que tales operaciones sean efectuadas en situaciones de emergencia evidentes, como en casos de catástrofes naturales, calamidades públicas, conflicto interior o exterior u otros análogos, cuya magnitud exija su urgente realización, pero informando de manera inmediata a los respectivos órganos de control fiscal, a fin de que procedan a tomar las medidas que estimen convenientes, dentro de los límites de la Ley. 13. Abrir con fondos de un ente u organismo de los regulados en la Ley, en entidades financieras, cuenta bancaria a nombre propio o de un tercero, o depositar dichos fondos en cuenta personal ya abierta, o sobregirarse en las cuentas que en una o varias de dichas entidades tenga el organismo público confiado a su manejo, administración o giro. 14. El pago, uso o disposición ilegal de los fondos u otros bienes de que sean responsables el particular o funcionario respectivo o funcionaria respectiva, salvo que éstos comprueben haber procedido en cumplimiento de orden de funcionario competente y haberle advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida, sin perjuicio de la responsabilidad de quien impartió la orden. 15. La aprobación o autorización con sus votos, de pagos ilegales o indebidos, por parte de los miembros de las juntas directivas o de los cuerpos colegiados encargados de la administración del patrimonio de los entes y organismos regulados en la Ley, incluyendo a los miembros de los cuerpos colegiados que ejer-

cen la función legislativa en los estados, distritos, distritos metropolitanos y municipios. 16. Ocultar, permitir el acaparamiento o negar injustificadamente a los usuarios o usuarias, las planillas, formularios, formatos o especies fiscales, tales como timbres fiscales y papel sellado, cuyo suministro corresponde a alguno de los entes y organismos regulados en la Ley. 17. La adquisición, uso o contratación de bienes, obras o servicios que excedan manifiestamente a las necesidades del organismo, sin razones que lo justifiquen. 18. Autorizar gastos en celebraciones y agasajos que no se correspondan con las necesidades estrictamente protocolares del organismo. 19. Dejar prescribir o permitir que desmejoren acciones o derechos de los entes u organismos regulados en la Ley, por no hacerlos valer oportunamente o hacerlo negligentemente. 20. El concierto con los interesados para que se produzca un determinado resultado, o la utilización de maniobras o artificios conducentes a ese fin, que realice un funcionario o funcionaria al intervenir, por razón de su cargo, en la celebración de algún contrato, concesión, licitación, en la liquidación de haberes o efectos del patrimonio de un ente u organismo regulado en la Ley, o en el suministro de los mismos. 21. Las actuaciones simuladas o fraudulentas en la administración o gestión de alguno de los entes y organismos regulados en la Ley. 22. El empleo de fondos de alguno de los entes y organismos regulados en la Ley en finalidades diferentes de aquellas a que estuvieron destinados por Ley, reglamento o cualquier otra norma, incluida la normativa interna o acto administrativo. 23. Quienes ordenen iniciar la ejecución de contratos en contravención a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno. 24. Quienes estando obligados a permitir las visitas de inspección o fiscalización de los órganos de control se negaren a ello o no les suministraren los libros, facturas y demás documentos que requieren para el mejor cumplimiento de sus funciones. 25. Quienes estando obligados a rendir cuenta, no lo hicieren en la debida oportunidad, sin justificación, las presentaren reiteradamente incorrectas o no prestaren las facilidades requeridas para la revisión. 26. Quienes incumplan las normas e instrucciones de control dictadas por la Contraloría General de la República. 27. La designación de funcionarios o funcionarias que hubieren sido declarados inhabilitados o inhabilitadas por la Contraloría General de la República. 28. La retención o el retardo injustificado en el pago o en la tramitación de órdenes de pago. 29. Cualquier otro acto, hecho u omisión contraria a una norma legal o sublegal al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno. 30. Cuando no dicten las normas, manuales de procedimientos, métodos y demás instrumentos que constituyan el sistema de control interno, o no lo implanten. 31. Cuando no acaten las recomendaciones que contengan los informes de auditoría o de cualquier actividad de control, autorizados por los titulares de los órganos de control fiscal externo. 32. Cuando no procedan a revocar la designación de los titulares de los órganos de con-

procesos de auditoría tienen carácter reservado y la información sobre el mismo es considerada confidencial³¹

- B. Como consecuencia del ejercicio de potestades de investigación: Los órganos de control fiscal tienen la potestad de verificar la posible ocurrencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición normativa que pueda acarrear el establecimiento de responsabilidades personales contra un funcionario público. Esta facultad se ejerce de conformidad con los artículos 77 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y las investigaciones realizadas tendrán carácter reservado hasta que se notifique a alguna persona actos, hechos u omisiones que comprometan su responsabilidad³².
- C. Por denuncia de particulares: La ley permite que los particulares presenten denuncias sobre posibles irregularidades en el manejo de los fondos y bienes públicos, las cuales deberán ser escritas, bien sea mediante documento entregado en la sede del órgano de control o enviada a través de medios electrónicos. Tales denuncias deberán contar con la suficiente documentación que permita presumir al menos la ocurrencia de un hecho que genere responsabilidad administrativa a un funcionario.

trol en los casos previstos en la Ley, salvo que demuestren que las causas del incumplimiento no le son imputables. Ver: Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*, artículos 91 y 92, p. 18-19.

31 Los artículos 13 y 47 de las Normas Generales de Auditoría de Estado imponen a los sujetos que participen en procesos de auditoría a mantener estricta confidencialidad sobre la información y los datos que se pudieron obtener en la práctica de una actuación fiscal. Ver: Contraloría General de la República. *Normas Generales de Auditoría de Estado...* op. Cit, pp. 401.669-401.672

32 Ver artículo 79 de la Ley.

- D. A solicitud de cualquier organismo o empleado público:
Al igual que en el caso de la denuncia de particulares, los organismos públicos y sus empleados podrán solicitar el inicio de procedimientos de determinación de responsabilidades cuando consideren que han existido vulneraciones a las normas sobre el manejo de fondos, bienes y recursos públicos.

Puede apreciarse que dos de las formas de inicio del procedimiento de determinación de responsabilidades derivan de actuaciones previas de los órganos de control fiscal (las auditorías y la potestad de investigación) las cuales tienen carácter reservado y confidencial; sin embargo, ello no debe representar una limitante para que los ciudadanos conozcan sobre las actuaciones realizadas por los órganos de control y las evaluaciones que estos realicen sobre el uso de los fondos públicos por parte del resto de los órganos del Estado.

En este sentido, debe indicarse que entre los principios integrantes de la buena Administración se encuentran: el principio de publicidad y claridad de normas, procedimientos y del entero quehacer administrativo; y el principio de transparencia y acceso a la información general³³. Bajo estos principios, los órganos de control fiscal en la oportunidad de rendir cuentas sobre sus actuaciones, deben informar sobre las auditorías; potestades de investigación y procedimientos de determinación de responsabilidades iniciados, sustanciados y decididos, con indicación de las áreas, procesos, procedimientos y normas objeto de estos procedimientos, respetando el derecho a la intimidad de los funcionarios implicados en los mismos; siendo ésta una de las oportunidades en las que la ciudadanía podrá conocer no sólo de la gestión de los órganos de control fiscal, sino que además le permitirá estar enterado de la actuación del resto de los órganos del Estado.

33 Estos principios se encuentran recogidos en los artículos 141 y 143 de la Constitución de 1999.

Las otras dos formas de inicio de este procedimiento, están relacionadas a una actuación del particular (denuncia) o de la Administración (ya sea por petición de un funcionario en particular o por solicitud de un órgano o ente público). Éstas son una expresión del principio de participación que faculta a los ciudadanos a estar presentes e influir sobre cuestiones de interés general, en especial, el control de la actividad administrativa.

La participación ciudadana en el control de la gestión pública, es un principio reconocido no solamente en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP) sino que además se encuentra consagrado en la Constitución de 1999 y señalado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRS-NCF). Específicamente, el artículo 75 de la Ley³⁴ establece que la Contraloría General de la República establecerá estrategias de formación y promoción de la participación contralora y ciudadana para coadyuvar a la vigilancia de la gestión fiscal; ello impone en los órganos integrantes del Sistema Nacional de Control Fiscal, la carga de garantizar mecanismos efectivos de participación ciudadana en todos los procedimientos realizados por los órganos de control, de los cuales no se escapan los procedimientos de determinación de responsabilidades.

De acuerdo a ello, la sola presentación de la denuncia como mecanismo de inicio de los procedimientos de determinación de responsabilidades no implica un ejercicio efectivo de la participación ciudadana; es necesario que el procedimiento permita la participación del denunciante en otras fases del procedimiento administrativo y que sea informado sobre el estatus de su denuncia y de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de control fiscal con ocasión a la misma.

34 Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*, artículo 75, p. 17.

2. Del auto de apertura y su notificación

El artículo 98 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF) menciona el auto de apertura del procedimiento; en este acto, se identificarán los sujetos presuntamente responsables y se señalarán los elementos probatorios y las razones que puedan comprometer su responsabilidad. En el artículo, no se establecen los requisitos que deben cumplir el auto de apertura y el acto de notificación; éstos se encuentran expresamente señalados en los artículos 88 y 90 del reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (RLOCGRSNCF). Son actos formales, necesarios para la validez del procedimiento, en los cuales el órgano de control fiscal expone los hechos, actos u omisiones que se considera, comprometen la responsabilidad personal de determinado funcionario público.

Debe resaltarse que el artículo 98 de la Ley refiere que el auto de apertura se notificará a “los interesados o interesadas” quienes quedarán a derecho para todos los efectos del procedimiento. El interesado legítimo –según lo que dispone el artículo 75 del reglamento– es aquella persona vinculada a los actos, hechos u omisiones que dieron origen a las investigaciones; es decir, él o los funcionarios presumiblemente responsables administrativamente.

Se observa que la Ley no prevé la posibilidad de participación de otros sujetos que pudieran tener un interés legítimo en el procedimiento, tales como: el particular que presentó una denuncia ante un órgano de control fiscal que pudo dar lugar al inicio del procedimiento de determinación de responsabilidades; el funcionario o el representante del órgano público que haya solicitado el inicio de este procedimiento.

Ante ello, debe indicarse que una buena Administración debe permitir la participación ciudadana en todos los asuntos

que sean del interés de los particulares; el control y supervisión del buen manejo de los fondos y bienes públicos debe constituir uno de los supuestos en los cuales se debe garantizar –en la medida de lo posible, y respetando el derecho a la intimidad de los involucrados– mayor participación de los ciudadanos, de allí que se considera que la definición que se le ha otorgado a los “interesados legítimos” en los procedimientos de determinación de responsabilidades es restrictiva y puede constituir un obstáculo para el principio de participación.

La notificación, por disposición del artículo 96 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF) se realizará de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA). Este mismo mandato, puede observarse en la disposición final tercera de la misma Ley, que señala “(l)os actos emanados de los órganos de control fiscal se notificarán de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”³⁵; es decir, la ley especial no establece un procedimiento de notificación de los actos administrativos distinto a lo previsto en la norma general y supletoria sobre procedimientos administrativos.

3. De las pruebas

Los artículos 99; 100 y 102 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRNCF) establecen la oportunidad para la promoción de pruebas y las reglas de su valoración.

A. De la promoción de pruebas

El artículo 99 refiere que, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación del auto de apertura, él o los inte-

35 Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*, disposición final tercera, p. 21.

resados legítimos³⁶ podrán indicar los medios de prueba que producirán en el acto público a celebrarse en el marco de los procedimientos de determinación de responsabilidades, indicando que este lapso de 15 días se computará de forma individual, en el caso de existir varios interesados legítimos. Por disposición del artículo 100, son admisibles todos los medios probatorios previstos en el ordenamiento jurídico, siempre que no estén expresamente prohibidos.

Destaca la especial forma que dispone la Ley para computar el lapso de promoción de pruebas, cuando existen varios interesados legítimos. El artículo 99, expresamente refiere que este lapso se computará de forma individualizada, a partir de la fecha de notificación de cada particular; ello significa que –por disposición expresa del texto legal– cada interesado legítimo tendrá un lapso de promoción de pruebas de 15 días, con independencia de la oportunidad en la que se notificó el primero o el último de los interesados.

Cabe preguntarse si esta disposición respondería a los principios de celeridad y eficacia de los procedimientos administrativos, en virtud de los cuales las actuaciones administrativas deberán realizarse optimizando el uso del tiempo; ello tomando en consideración que, con miras de garantizar la uniformidad del procedimiento, lo ideal sería que –en caso de existir varios interesados legítimos– que el lapso de promoción de pruebas transcurriera en el mismo período de tiempo para todos.

Adicionalmente debe referirse que, siendo el procedimiento de determinación de responsabilidades un procedimiento administrativo, resultan aplicables las reglas tendentes a la flexibilidad del procedimiento y de los trámites procedimentales previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), entre las que se destacan la elimina-

36 El interesado legítimo es aquel funcionario relacionado directamente con los hechos objeto del procedimiento.

ción del principio de la preclusividad de los lapsos y de actos procesales (arts. 23, 41 y 60³⁷) y la posibilidad de alegación por parte de los particulares en cualquier momento (art. 62³⁸) si no existe un lapso preciso de contestación.

Ello significaría que, en un procedimiento de determinación de responsabilidades donde existan varios interesados legítimos que han sido notificados en fechas distintas del acto de apertura del procedimiento; cada uno de estos interesados podrá realizar su promoción de pruebas dentro del lapso de 15 días que confiere el artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), pero además, finalizado ese lapso y siempre que fuere necesario, podrá promover otros medios de prueba distintos siempre que no haya finalizado el lapso de promoción de pruebas del último de los notificados y el órgano de control fiscal no haya fijado la oportunidad para celebrar la audiencia oral y pública.

B. De la oposición a las pruebas y posterior admisión

Nada dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF) sobre la oportunidad para realizar la oposición a los medios probatorios presentados por los interesados legítimos, ni el tiempo en el cual el órgano de control fiscal se pronunciará sobre su admisión.

El artículo 91 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (RLOCGRSNCF) dispone que las pruebas serán admitidas, dentro de los 3 días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de promoción de pruebas.

37 Congreso de la República. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N. 2.818 Extraordinario, Caracas, 1° de julio de 1981, pp. 2-4.

38 *Ibíd.*, p. 4.

En el caso de existir varios interesados legítimos, con el fin de garantizar el derecho a la defensa, el órgano encargado del procedimiento de determinación de responsabilidades, debe otorgarles a los participantes del procedimiento un lapso prudencial para que puedan realizar la oposición a las pruebas que se hubieren presentado y luego de ello, correspondería emitir pronunciamiento sobre la admisión de los medios probatorios. Este proceder garantizaría el principio del debido proceso, de acuerdo al cual los órganos del Estado deben permitir a los particulares el ejercicio de los derechos de representación, defensa y contradicción.

C. De la evacuación de las pruebas

Otra de las áreas grises que se observan en el procedimiento de determinación de responsabilidades, es el relativo a la evacuación de las pruebas. La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF) no señala la oportunidad en la que las partes podrán evacuar las pruebas que le fueren admitidas, ni el lapso dispuesto para ello. En este sentido, el artículo 91 del reglamento sólo indica que la evacuación de las pruebas deberá realizarse antes del acto oral y público.

Ahora bien, dado que está permitido promover cualquiera de los medios probatorios previstos en el ordenamiento jurídico, los interesados legítimos –en caso de considerarlo necesario– pudieran promover medios de prueba que por su naturaleza requieran del cumplimiento de ciertas formalidades que hacen necesario contar con un lapso de tiempo suficiente que permita la evacuación de la prueba. Ejemplo de ello es la prueba de experticia, que requiere de: la designación del o los expertos; su juramentación; la realización del estudio en el ámbito del cuál es experto; la consignación del informe en el expediente, entre otros.

El no establecimiento de un lapso cierto para la evacuación de pruebas que lo requieran, atenta contra el principio de seguridad jurídica, previsibilidad, claridad y certeza normativa; toda vez que los interesados legítimos quedan al criterio de cada funcionario responsable de la tramitación de los procedimientos de determinación de responsabilidades, quien cuenta con la potestad de decidir discrecionalmente el tiempo que se dará a los interesados para la evacuación de prueba; circunstancia que eventualmente pudiera ocasionar violaciones al derecho a la defensa de las partes en el procedimiento.

4. Del acto oral y público

Finalizado el lapso probatorio, corresponde realizar el acto oral y público que se fijará por auto expreso para el décimo quinto día hábil siguiente³⁹. En este acto pueden estar presentes todos los sujetos que tengan interés en el procedimiento de determinación de responsabilidades. El artículo 92 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (RLOC-GRSNCF) prevé la posibilidad de participación de medios de comunicación en este acto, previa autorización del órgano de control y siempre que las circunstancias así lo permitan.

Se destaca que si bien el acto es calificado como público y pueden asistir todos los interesados; la participación activa y el derecho de palabra en el mismo están reservadas para los interesados legítimos. Ello se infiere de la lectura del artículo 95 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (RLOCGRSNCF) que dispone:“(e)l titular del órgano de control fiscal o su delegatario concederán el derecho de palabra a los sujetos presuntamente responsables de los actos, hechos u

39 Ver artículo 101 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF).

omisiones y a sus representantes legales, a fin de que expongan los correspondientes argumentos de defensa⁴⁰''

Se expone nuevamente el argumento de acuerdo al cual, para garantizar una verdadera participación ciudadana en los procedimientos de control fiscal, se debe permitir que terceros ajenos al procedimiento puedan presentar sus argumentos. En el caso del procedimiento de determinación de responsabilidades, tomando en consideración que éste puede iniciarse por denuncia de un particular; un funcionario, o a solicitud de un órgano público; resulta razonable que se les permita la participación de estos sujetos en el acto oral y público, dado que fueron ellos quienes activaron el inicio del procedimiento de determinación de responsabilidades.

Este acto oral y público se efectúa en una única audiencia, aunque no implica que el debate deba agotarse en un solo día. El artículo 96 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (RLOCGRSNCF), señala que cuando las circunstancias lo justifiquen, el acto podrá suspenderse por un plazo máximo de 5 días hábiles y continuará en la fecha y hora que establezca el órgano de control fiscal.

5. De los autos para mejor proveer

El artículo 101 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (RLOCGRSNCF) le otorga al órgano de control fiscal la posibilidad de dictar autos para mejor proveer con posterioridad a la celebración del acto oral y público, cuando estime necesaria la obtención de nuevas pruebas o la ampliación de las existentes,

40 Presidencia de la República, *Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.240, Caracas, 12 de agosto de 2009.

con el fin de esclarecer los hechos y las responsabilidades⁴¹. El mandato contenido en el auto para mejor proveer deberá ser resuelto en un término no mayor a 15 días hábiles.

6. De la decisión

El artículo 103 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF) señala que la decisión deberá tomarse una vez concluya el acto oral y público o a más tardar el día siguiente, siempre y cuando el órgano de control no estime necesario dictar un auto para mejor proveer. En caso de dictarse un auto para mejor proveer la decisión deberá dictarse una vez cumplido el término del mismo.

La decisión se dictará de forma oral y pública y en ella se indicará si el órgano de control fiscal formula reparos (en caso de que se compruebe la existencia de daño al patrimonio público); si declara la responsabilidad administrativa de los interesados legítimos; si ha lugar a la imposición de multas; absuelve a los sujetos participantes en el procedimiento de dichas responsabilidades; o declara el sobreseimiento. Estas decisiones deberán constar por escrito al término de 5 días hábiles del pronunciamiento oral.

A nivel del texto legal estaría contemplado el principio de celeridad, dado que luego de celebrarse el acto oral o cumplido el plazo establecido en los autos para mejor proveer, los órganos de control fiscal tienen un breve lapso de tiempo para dictar la decisión correspondiente; sin embargo, la práctica forense en ocasiones indica que estos lapsos no son respetados por los operadores públicos, lo que conlleva a realizar una evaluación de la eficacia y pertinencia del lapso previsto en la norma.

41 Ver artículo 97 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

V. CONCLUSIONES

La buena Administración es un concepto que debe entenderse más allá de las Administraciones Públicas. Las reglas; principios orientadores y derechos que lo integran pueden ser aplicados a todas las instituciones del Estado, en tanto y en cuanto se quiera garantizar la consolidación del Estado Social de Derecho.

En razón de ello, se puede hablar de la aplicación de los principios de la buena Administración al procedimiento de determinación de responsabilidades administrativas previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y de Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), dado que éste se traduce como un elemento que —utilizado correctamente y adecuadamente, apegados a la Ley y al Derecho— contribuye a la lucha anticorrupción.

La revisión de este procedimiento a la luz de los principios de la buena administración demuestra la existencia de vacíos legales que pueden dar lugar a actuaciones arbitrarias por parte de los funcionarios encargados de la tramitación del procedimiento y una insuficiente participación ciudadana.

La buena administración reclama procedimientos sencillos, comprensibles, claros, que sean resueltos en plazo razonable, donde los interesados sepan quién es el funcionario que tramita y el que resuelve el expediente y, además, donde la ciudadanía pueda conocer los resultados de las actuaciones de la administración; respetando el derecho a la intimidad de los involucrados.

Es necesario contar con procedimientos que establezcan las reglas claras, con todas sus etapas bien definidas para que los ciudadanos puedan ejercer de forma efectiva su derecho a la defensa y para garantizar que los funcionarios responsables

de los mismos no puedan cometer actuaciones arbitrarias, so pena del control judicial de las mismas.

BIBLIOGRAFÍA

Abache Carvajal, Serviliano, "Forma y tiempo de la potestad administrativa de investigación" *Revista Eelectrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Nro.3, Universidad Monteávila, Centro de Estudios de Derecho Público, Caracas, 2014, en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2014/12/Forma-y-Tiempo-de-la-Potestad-Administrativa-de-Investigaci%C3%B3n.pdf>

Asamblea Nacional. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N. 6.013 Extraordinario, Caracas, 23 de diciembre de 2010.

Benitez, Ledlyn, "Declaratoria de responsabilidad administrativa a la luz de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal", *Ética y Jurisprudencia*, (extraordinario), Universidad Valle del Momboy, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios Jurídicos Cristóbal Mendoza, Valera, 2013, en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/6-12/ruvm_2013_6-12_55-94.pdf

Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*. Tomo II, Tercera Edición, La Ley, Buenos Aires, 1938.

Canónico Sarabia, Alejandro, "El reparo como forma de determinación de la responsabilidad civil del funcionario frente a la administración", AA.VV. (Coord. A. Canónico), *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

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) en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>

Congreso de la República. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N. 2.818 Extraordinario, Caracas, 1º de julio de 1981

Contraloría General de la República. Normas Generales de Auditoría de Estado. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N. 40.172 Ordinario, Caracas, 22 de mayo de 2013.

De Pedro, Antonio, *El Funcionario Público Venezolano*. Dirección de Malariología y Saneamiento Ambiental del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (MSAS), Caracas, 1972.

Hernández González, José Ignacio, “El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el Derecho Administrativo global. Su impacto en los sistemas de Derecho Administrativo de la América española”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 16, A Coruña, 2012, en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12007/AD_16_2012_art_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Hernández González, José Ignacio, “La Buena Administración en Venezuela: A propósito de los treinta y cinco años de la Ley Orgánica De Procedimientos Administrativos”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Nro 11, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, enero-abril 2017, en: <http://redav.>

com.ve/wp-content/uploads/2018/02/La-buena-administracion-en-Venezuela-a-proposito-de-los-treinta-y-cinco-a%C3%B1os-de-la-de-la-LOPA-JIGH.pdf

Hernández-Mendible, Víctor, “El Estado de derecho y los controles institucionales en lucha contra la corrupción”, AA.VV. (Coord. A. Canónico), *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012

Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-B, Cuarta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974.

Martínez Silva, Moisés, “El derecho a la buena administración”, *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*, Centro para la Integración y el Derecho Público, CIDEP, Caracas, 2017, en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ANUARIODAUCV/2017/DAUCV_2017_26-43.pdf

Meilán Gil, José, “La buena Administración como institución jurídica”, *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 87, Universidad de Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2013, en: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/download?up=97919>

Meilán Gil, José, “Administración Pública para la democracia”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 11, A Coruña, 2007, en: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2530/AD-11-31.pdf;sequence=1>

Pellegrino, Cosimina, “Algunas reflexiones sobre la buena Administración pública desde la mirada del cortometraje venezolano «Cédula Ciudadano», de DIEGO VELASCO”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 11, Univer-

sidad Monteávila, Centro de Estudios de Derecho Público,
Caracas, 2011, en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDAV/11/REDAV_2017_11_261-282.pdf

Presidencia de la República, Reglamento de la Ley Orgánica de
la Contraloría General de la República y del Sistema Nacio-
nal de Control Fiscal, Gaceta Oficial de la República Boliva-
riana de Venezuela N° 39.240, Caracas, 12 de agosto de 2009.

Rachadell, Manuel, “Los Recursos contra el Auto de Respon-
sabilidad Administrativa”, AA.VV. (Dir. A. Brewer-Carías),
Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración Vol.
6 (1983), *Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*,
Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de
la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1985.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Gobernanza, buena Administra-
ción y gestión pública*, en: http://aragonparticipa.aragon.es/sites/default/files/ponencia_jaime_rodriguez_arana.pdf

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “La buena Administración
como principio y como derecho fundamental en Europa”,
Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales, N.º 6,
Bogotá, 2013, en: <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2017/04/art1-2.pdf>

Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, La justicia administrativa
como obstáculo real para el ejercicio del derecho a la buena
Administración en Venezuela: dos ejemplos, en: https://jdai-beroamericanas.files.wordpress.com/2014/03/la_justicia_administrativa_venezolana_y_la_buena_administracion.pdf

ACTUALIDAD

EL VENCIMIENTO DEL MANDATO PRESIDENCIAL COMO CAUSAL DE FALTA ABSOLUTA

Angélica Calzadilla Rodríguez¹
Edison Lucio Varela Cáceres²

Resumen: Los autores toman la coyuntura actual, referida a la sucesión presidencial, para reflexionar sobre si es adecuada la solución propuesta por los actores políticos con la aplicación del artículo 233 de la Constitución. Para ello parten de que no existe una regulación expresa del supuesto que da origen a la crisis como lo es el vencimiento del mandato presidencial sin relevo legítimamente electo; meditando, en consecuencia, sobre los métodos de integración constitucional, analogía y principios generales; de seguida se examina si el supuesto que motiva este estudio puede ser encasillado como un tipo de falta absoluta, efectuando un análisis histórico de la regulación de la materia en las constituciones nacionales y así responder a la interrogante sobre si las causales son taxativas o abiertas, luego se estudiará la disposición de la Constitución vigente y se explicará el vencimiento del mandato presidencial como causal de falta absoluta.

Palabras clave: Constitución. Integración. Interpretación. Analogía. Principios generales. Falta absoluta. Presidente.

Summary: The authors study the current presidential succession and reflect on the adequacy of the application of article 233 of the Constitution by the political actors. The non-existence of

- 1 **Universidad Metropolitana**, Abogada; profesora Agregada; Directora (e) de la Escuela de Derecho. **Universitat de Barcelona**, Máster en Bioética y Derecho. **Universidad Católica Andrés Bello**, cursante del Doctorado en Derecho.
- 2 **Universidad de Los Andes**, Abogado cum laude; **Universidad Central de Venezuela**, Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia; profesor Asistente de Derecho Civil i Personas; **Universitat de Barcelona**, Máster en Derecho de Familia e Infancia. **Universidad Metropolitana**, profesor de Derecho Civil. **Universidad Católica Andrés Bello**, cursante del Doctorado en Derecho.

an express regulation of the scenario that derives in the crisis, such as the expiration of the presidential mandate without a legitimately elected successor, is analyzed, as well as the methods for constitutional integration, analogy and the application of general principles. Subsequently, it is examined whether the scenario that motivates the study can be classified as an absolute absence, through a historical analysis of its regulation in domestic constitutions; thus answering whether or not its causes are taxative or open. The article of the Constitution in force is analyzed as well as the expiration of the presidential mandate as an absolute absence.

Key words: *Constitution. Integration. Interpretation analogy. General principles. Absolute absence. President.*

Recibido: 27 de diciembre de 2019 Aceptado: 30 de enero de 2020

SUMARIO

Introducción

- I. La integración constitucional
 - II. Las faltas absolutas del presidente de la República
 - III. El vencimiento del mandato presidencial como causal de falta absoluta
- Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Actualmente se ha agravado la crisis de gobernabilidad en Venezuela, que, si bien es producto de un deterioro progresivo de las instituciones, hoy en día ha entrado en un claro colapso cuando, desde las fuerzas democráticas del país, se discute la legitimidad del Ejecutivo y se aspira a resolver las dificultades por medio de la aplicación del artículo 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela referido a las causales de falta absoluta del presidente de la República.

No hace falta abundar en los pormenores de todo el deterioro político, económico y social que ha devenido en el Estado fallido, mas si hay que recordar que la fecha clave ha sido el 10 de enero de 2019, cuando se ha vencido el mandato del presidente elegido para el período 2013-2019 y no existe un sustituto electo democráticamente que asuma la Presidencia.

Sobre la anterior afirmación se podrá sostener por un sector político que formalmente se convocó para un acto de votación a mediados del 2018, con el objetivo de escoger al presidente para el período 2019-2025, empero dicha pretendida elección no cumplió con los estándares mínimos para ser considerada democrática y, en consecuencia, fue desconocida por amplios sectores de las fuerzas democráticas.

Ciertamente, los artículos 2, 3, 63, 233 de la Constitución, además del Preámbulo, son claros en reafirmar la vocación democrática de nuestra sociedad, lo que implica que el ejercicio del poder responda a una legitimidad producto de la elección de cargos por vías democráticas y en cumplimiento de la Constitución, de allí que cuando no existen garantías para la participación, alternabilidad, postulación, auditoria, respeto de la voluntad popular, igualdad en la campaña electoral, y aun así se efectúa un acto de votación tal actividad no puede calificarse de democrática y mucho menos de constitucional³.

Como consecuencia existen suficientes argumentos constitucionales para que el pueblo, en ejercicio de la soberanía popular (artículo 5), desconozca los actos que pretenden desdibujar las garantías constitucionales y restablezca su efectividad (artículo 233), pues, en definitiva, es su deber desconocer cualquier régimen o autoridad que contraría los valores y principios democráticos (artículo 350).

Ahora bien, surgida la crisis política y existiendo, de acuerdo con los anteriores razonamientos, una falta absoluta del presidente de la República antes de la toma de posesión de nuevo mandato, por vencimiento del período (artículo 230) sin su sustitución constitucional, se debe revisar el artículo 233 de la Constitución que es el que regula los diversos supuestos de faltas absolutas.

El caso es que el referido dispositivo constitucional no contempla dicho supuesto de manera expresa, pues, en la *ratio iuris* del constituyente no se llegó a prever que vencido un período presidencial no se efectuaran los pasos necesarios para dotar al cargo de un legítimo titular a través –se subraya– de elecciones democráticas.

3 Véase TORREALBA SÁNCHEZ, MIGUEL ÁNGEL: «¿Elecciones o elecciones democráticas? reflexiones sobre el actual marco normativo e institucional venezolano». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 5. Caracas, 2015, pp. 493-515.

Empero es claro que el objeto de la norma constitucional comentada siempre ha sido resolver los casos de falta absoluta y es evidente que cuando no se ha elegido un presidente que asuma el cargo no existe presidente de hecho y, en consecuencia, existe una falta absoluta del mismo.

En consecuencia, se considera que el conflicto jurídico que se presenta en la situación actual se refiere a la legitimidad de la aplicación del artículo 233 de la Constitución como justificación jurídica de la toma posesión del cargo de presidente de la República encargado por parte del presidente de la Asamblea Nacional, en razón que en dicho artículo constitucional no se contempla expresamente el vencimiento del mandato presidencial como una causal de falta absoluta.

Ante ello, en las páginas siguientes se presenta un análisis de la situación desde la perspectiva de la integración jurídica, comenzando por la analogía y luego respecto a los principios generales del Derecho, para posteriormente analizar las faltas absolutas en las que puede incurrir el presidente de la República y su tratamiento; finalmente, reflexionar si el vencimiento del mandato presidencial puede entenderse como una causal de falta absoluta bajo el fundamento interpretativo y de integración de la aplicación del artículo 233 de la Constitución al caso actual.

I. LA INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL

La ley es un producto del hombre y, al igual que su creador, no es perfecta. Una ley puede tener lagunas⁴ por distintas razones, por ejemplo, por no haberse previsto una situación determinada dentro del supuesto jurídico, generando como consecuencia la falta de vías o soluciones para conflictos determinados. Pero ¿cómo se puede proceder ante los vacíos de las normas? ¿Cómo debe interpretarse la norma?

4 Silencio de la ley o vacío en la legislación.

GARCÍA MAYNEZ consideraba que, en estos casos, lo primero que debe hacer el interprete de la ley es verificar si existen reglas generales de integración; si resulta afirmativo entonces hay que someterse a estas, de lo contrario se deben aplicar los procedimientos con los que cuenta la ciencia jurídica, lo cual demuestra que no es realmente necesario que los ordenamientos jurídicos cuenten con dichas reglas de forma expresa⁵.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico venezolano se contempla una regla para la interpretación del Derecho, la cual está contenida en el artículo 4 del Código Civil, a saber: «A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere dudas todavía, se aplicarán los principios generales del Derecho».

En consecuencia, para el análisis del problema planteado se comenzará por exponer las características de los dos mecanismos de integración que previó el legislador nacional para la solución de conflictos de interpretación de las normas jurídicas: La analogía y los principios generales del Derecho, y cómo estos pueden emplearse en materia constitucional con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica.

1. La analogía constitucional

Siguiendo el criterio de GARCÍA MAYNEZ, antes de entrar en la definición de la analogía como medio de integración jurídica es necesario partir de la definición de la analogía desde la lógica⁶. En este sentido, el autor explica que dos objetos son

5 GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. México D. F., 1968, p. 366.

6 Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: «La analogía en el Derecho». En: *Anuario de Derecho Civil*. N.º 3. Madrid, 1995, p. 1039, «La palabra analogía -como

análogos cuando presentan algún aspecto en común, por lo que la analogía, desde una perspectiva lógica, supone una identidad parcial. Ahora bien, en el Derecho, ante esta identidad, pueden presentarse dos posibilidades: La analogía de supuestos y la de disposiciones⁷. Así, GARCÍA MAYNEZ concluye que la analogía supone la existencia de dos situaciones jurídicas análogas, una que está prevista por la ley y otra que no, por lo que se busca atribuir a situaciones parcialmente parecidas las consecuencias jurídicas de la norma que aplica al caso previsto⁸.

Adicionalmente a la conceptualización, existen determinados requisitos para la aplicación de la analogía, los cuales deben ser concurrentes. Así, URDANETA SANDOVAL⁹ los clasifica de la siguiente forma:

- Existencia de una laguna legal respecto del caso contemplado: Como tal la analogía supone la existencia de una laguna normativa o una laguna axiológica. En el primer caso se refiere a los casos en los cuales no se encuentra una solución en el sistema, mientras que la segunda conlleva a la existencia de casos que, habiendo una solución normativa, esta no es considerada adecuada, lo cual a su vez implica que una norma se extienda por analogía a un caso no previsto en la norma, pero que sí está regulado en otra norma del ordenamiento jurídico.

tantas otras empleadas jurídicamente– no ha sido acuñada en el ámbito del Derecho. Como es bien sabido, tiene un marco de aplicación mucho más amplio. Tanto que alcanza al ser de los entes».

7 GARCÍA MAYNEZ: ob. cit. (*Introducción al estudio...*), p. 368, el autor contempla la definición de supuestos como «la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de determinadas consecuencias del Derecho», mientras que las disposiciones «expresan qué consecuencias normativas se encuentran enlazadas a la realización del supuesto».

8 *Ibíd.*, p. 369.

9 URDANETA SANDOVAL, CARLOS: «De la analogía como método de integración en el Derecho». En: *Filosofía del Derecho y otros temas afines. Libro homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivera*. Fernando Parra Aranguren, editor. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005, pp. 585-590.

- Concurrencia de la *eadem ratio decidendi* –igualdad jurídica esencial¹⁰– entre el supuesto no regulado y el supuesto previsto por el legislador: es necesario extraer de estos dos casos una cualidad común a ambos, que a su vez sea razón suficiente por la cual el caso regulado se le atribuye esa consecuencia jurídica y no otra. En este sentido, no basta con una afinidad aparente, sino que se requiere que haya una verdadera igualdad sobre uno o más aspectos¹¹.
- Inexistencia de una voluntad del legislador contraria a la aplicación de la analogía: Se refiere a la salvedad que hace el legislador de no emplear el método analógico en algunas materias –*verbi gratia*: Derecho Penal–.

Además de estos requisitos concurrentes, URDANETA SANDOVAL desarrolla los límites a la aplicación de la analogía, debido a que esta no puede emplearse en todas las áreas del Derecho. Estos límites son:

- Cuando se trate de normas de carácter penal en sentido estricto.
- En materia de privilegios, enumeraciones legales taxativas y normas que resulten en restricciones de derechos o abrirían camino a posibles excepciones.

10 Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER: «Analogía secundum constitutionem». En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.º 13. Cepc. Madrid, 1992, p. 29, «La lógica, por así decir, de la analogía es la de la igualdad, y por ello mismo su empleo o rechazo en el proceso de aplicación judicial del Derecho ha de resultar relevante a efectos constitucionales».

11 Al respecto, SÁNCHEZ FONTANS, JOSÉ: «Interpretación extensiva y analogía». En *Revista de Derecho y Legislación*. N.º 53. El Cojo. Caracas, 1964, p. 21, considera que «no es suficiente cualquier semejanza. Para que sea válido el razonamiento por analogía es menester que el elemento común a ambos supuestos del cual deriva la semejanza constituya la razón suficiente de la ecuación normativa, esto es la ratio legis en virtud de la cual se atribuye a determinado supuesto, determinado efecto».

- En leyes de finanzas y disposiciones que instituyen impuestos, tasas, multas y otras cargas fiscales.
- Los preceptos de Derecho sustantivo que establecen formalidades, como puede ser el caso de las previstas para la confección de testamentos por tener estas un carácter excepcional y su interpretación es restrictiva¹².

De esta forma se refleja que no existe una restricción para el uso de la analogía en materia de Derecho Constitucional como medio para la integración de respuestas constitucionales más allá del marco territorial propio. No obstante, FUENTES CONTRERAS considera:

La analogía constitucional se edifica desde la perspectiva de ser una última instancia o auxiliar en la tarea interpretativa y de integración, y a su vez, no contradictoria con el sistema jurídico que la emplea; por tal motivo, su utilización se realiza posteriormente a la revisión de los derechos establecidos en la Constitución (...) y verificada su completa inoperancia para conseguir respuestas –incluso, que las contestaciones no se otorguen de modo implícito–; siendo así, entra en actividad, como fuente, la respuesta o fundamento contenido y previsto en la norma Constitucional que se aplicará. Este último requerimiento permite mantener la armonía en y entre los sistemas y obras constitucionales, desde la perspectiva razonable de la analogía constitucional como mecanismo que se acredita ser *ultima ratio*¹³.

12 URDANETA SANDOVAL: ob. cit. («De la analogía...»), pp. 591-598.

13 FUENTES CONTRERAS, EDGAR: «Analogía constitucional: interpretación e integración en el contexto de los Estados convencionales de Derecho». En: *Memoria: xii Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. El diseño institucional del Estado democrático*. Tomo ii. Magdalena Correa Henao y Paula Robledo Silva, editores. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017, p. 573.

En concordancia con lo anterior, la aplicación de la analogía en materia constitucional debe hacerse como última instancia¹⁴ o mecanismo para la integración normativa¹⁵, con la finalidad de no causar mayores lagunas o precedentes negativos para casos similares que se puedan presentar en un futuro.

2. Los principios generales del Derecho¹⁶

El análisis de los principios generales del Derecho puede resultar complejo en razón de las discusiones que se encuentran en la doctrina respecto a ellos, su naturaleza y su fin, lo cual suele abarcarse más desde la Filosofía del Derecho. Si bien los principios se refieren a una concepción más teórica, estos pueden ser empleados para la solución de problemas de interpretación e integración jurídica, tanto es así que se consideran verdaderas normas jurídicas y, por tanto, resultan de obligatorio cumplimiento.

14 Recuerda JIMÉNEZ CAMPO: ob. cit. («Analogía secundum...»), p. 17, que el Tribunal Constitucional español en sent. N.º 148/1988, señaló: «Si la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es más que el uso de un argumento lógico, habría que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo».

15 Así, *verbi gratia* en materia de unión estable de hecho al no existir una ley concreta que regule la materia, debido a una omisión legislativa, la doctrina y jurisprudencia a recurrido a la analogía constitucional para llegar ese vacío y por medio del artículo 77 de la Constitución que regula al matrimonio perfilar en lo que es equiparable al estatuto jurídico de la unión estable de hecho. Véase: TSJ/SC, sents. N.os 1682, del 15-07-05 y 190, del 28-02-08; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999». En: *Revista de Derecho*. N.º 17. TSJ. Caracas, 2005, pp. 215-247 (de la misma autora: «Más sobre las uniones estables de hecho según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia». En: *Revista de Derecho*. N.º 27. TSJ. Caracas, 2008, pp. 133-167); VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Una lección. La unión estable de hecho (comentario a la sent. N.º 326, de la SCC del TSJ)». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 1. Caracas, 2013, pp. 329-380.

16 Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Introducción a los principios generales del Derecho: especial referencia a los principios sectoriales del Derecho Laboral». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 5. Caracas, 2015, pp. 247-287.

Como primera concepción de los principios generales del Derecho, REALE considera que pueden entenderse como «enunciados de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación e integración como para la elaboración de nuevas normas»¹⁷. Asimismo, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS expone que son «ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadoras, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico»¹⁸. A su vez, BOBBIO apunta que «los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras»¹⁹.

De esta forma, se manifiesta entonces que los principios generales del Derecho son una expresión normativa base que poseen aplicación concreta en la interpretación del Derecho, por lo que no se limitan a expresar un sentido determinado de la ley, sino de todo el marco jurídico. Además, en concordancia con BOBBIO, son normas fundamentales e informadoras que privan en la interpretación y aplicación del Derecho por estar sustentados en valores jurídicos, ya que esto les otorga un carácter superior que se expresa en la jerarquía que poseen en la regulación de las conductas.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, los principios generales tienen una función práctica y de integración del Derecho con la finalidad de dar solución a problemas que no

17 REALE, Miguel: *Introducción al Derecho*. 9.^a, Ediciones Pirámide. Trad. Jaime Brufau Prats. Madrid, 1989, p. 140.

18 Citado en RUÍZ MIGUEL, Carlos: «Recensiones: Joaquín Arce y Flórez-Valdés: Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional. Civitas. Madrid, 1990». En: *Revista de Estudios Políticos*. N.º 71. CEPC. Madrid, 1991, p. 337.

19 BOBBIO, Norberto: *Teoría general del Derecho*. 3.^a, Temis. Bogotá, 2007, p. 245.

se encuentran contemplados en la ley. Así, entre sus funciones se pueden destacar siguientes:

i. Interpretación: Los principios participan dentro del proceso de interpretación de otras normas jurídicas²⁰, pero además al ser obligatoria su aplicación de forma compatible, exigen que la interpretación de las reglas, incluso constitucionales, se realicen: *secundum principium* –según el principio– o *praeter principium* –al margen del principio–, pero nunca *contra principium* –contraria al principio–. Así, como indica EGAÑA, los principios generales del Derecho «informan y orientan los ordenamientos jurídicos que van a regir», por tanto las «normas jurídicas que deciden los casos particulares son proyecciones de esos principios que constituyen la base de todas las legislaciones»²¹.

En cuanto al Derecho Constitucional, es difícil que entre los principios generales del Derecho y la Carta Magna se observen choques, ya que como comenta BIDART CAMPOS «la Constitución Nacional representa un deber ser axiológico que positiviza numerosos y legítimos, principios generales del Derecho», de allí que SALVAT sostenga que «Entre nosotros, esos principios generales del Derecho debemos buscarlos principalmente en la Constitución»²².

ii. Integración: Un punto en común en la doctrina es en cuanto a la función integradora de los principios generales del Derecho, incluso se considera un mecanismo para llenar las lagunas que presentan las leyes. De esta forma, la actividad de integración resulta fundamental para el ordenamiento jurídico, y es lo que en definitiva permite sostener su carácter hermético, ya que, si bien es posible que existan lagunas en la

20 Vid. COCA PAYERAS, Miguel: *La doctrina legal*. Bosch. Barcelona, 1980, p. 201.

21 EGAÑA, Manuel Simón: *Notas de introducción al Derecho*. Editorial Criterio. Caracas, 1984, p. 167.

22 Citados en PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.: *Instituciones atípicas en el Derecho privado*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1985, p. 46.

ley, no se admite que subsistan en el Derecho; en consecuencia, cuando una situación no se encuentra contemplada en la ley, los principios generales del Derecho permiten cubrir el hueco legislativo y normar la conducta conforme a sus postulados básicos y axiológicos, logrando con ello sostener que todas las conductas relevantes para el Derecho se encuentran regidas por medio de normas jurídicas, llámense estas reglas o principios.

iii. Unificación del sistema: Se refiere al criterio orientador de los principios, esto con la finalidad de que las diferentes reglas jurídicas que se dicten guarden coherencia y simetría, ya que, justamente, los principios les imprimen un soporte común, así como valores compartidos²³. En este sentido y de acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA: «Son los principios institucionales los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance y, a su vez, los que precisan, según su lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de una regulación legal o laguna»²⁴.

iv. Oxigenación: Se refiere a que cumplen una función de actualización del Derecho. Tal y como lo expone RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, los principios generales son «válvulas», es decir, «órganos respiratorios del sistema positivo a través de los cuales penetra en el Derecho el aire oxigenado de la vida, penetrando los elementos que lo nutren y le hacen vivir transformándolos»²⁵.

23 PEREZNIETO CASTRO, Leonel y LEDESMA Mondragón, Abel: *Introducción al estudio del Derecho*. 2ª, Harla. México D. F., 1992, p. 180.

24 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas. Madrid, 2000, p. 105.

25 RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Ciencia y Filosofía del Derecho* (Filosofía, Derecho y Revolución). Ejea. Buenos Aires, 1961, p. 597.

Ahora bien, los principios generales del Derecho a su vez se clasifican por áreas, como resultado del intento de distintos autores de organizarlos dentro de la ciencia jurídica. Así, existe una relación directa entre principios generales del Derecho y principios de una determinada área, institución o figura; en este caso el enfoque será respecto a los principios generales del Derecho Constitucional.

3. Principios constitucionales

Considera GARCÍA CANALES que «los principios constitucionales forman un conjunto homogeneizado por el dato capital de su supremo valor normativo dentro del ordenamiento jurídico. Sean principios constitucionalizados, sean principios inducidos del articulado constitucional, los principios constitucionales participan de la fuerza normativa de la Constitución en relación con las restantes normas del ordenamiento»²⁶.

Por su parte, Díez-PICAZO los identifica como «valores superiores», lo que significa que son idealidades que se han venido reclamando a través de la historia del pensamiento ético y político occidental²⁷. De allí que se reconozca como elemento esencial de los principios un soporte axiológico que los acompañan. Pero más allá de ello, además resultan una opción jurídica que a su vez se encuentra en muchos casos positivizada en la Constitución, encontrándose por ejemplo contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano en el Título i (desde el artículo 1 al 9) identificados como «principios fundamentales», los cuales forman parte de las normas constitutivas y organizativas del Estado.

En todo caso, no puede olvidarse que la propia Constitución alude a su aplicación cuando se refiere a su «protección»,

26 GARCÍA CANALES, Mariano: «Principios generales y principios constitucionales». En: *Revista de Estudios Políticos*. N.º 64. Cepc. Caracas, 1989, p. 149.

27 Díez-PICAZO, Luis: *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Ariel. Barcelona, 1973, p. 207.

en efecto al encomendar al Tribunal Supremo de Justicia la garantía de su «supremacía y efectividad» alude expresamente a sus «normas y principios constitucionales», siendo además obligatorias las interpretaciones que sobre el «contenido o alcance de las normas y principios constitucionales» efectuó la Sala Constitucional en el marco de sus competencias (artículo 335). Lo que reitera el carácter normativo de los principios constitucionales y su fuerza integrativa dentro del bloque constitucional.

A los efectos del presente análisis, entre los principios constitucionales más generales se pueden destacar: Supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución²⁸; legalidad y supranacionalidad; fines democráticos, sociales y de justicia del Estado; primacía y progresividad de los derechos humanos²⁹; control judicial de los actos estatales y la garantía de la Constitución, entre otros.

Ahora bien, habiendo expuesto las formas de integración, especialmente dirigidas al ámbito constitucional, a continuación se procederá a analizar las características de las faltas absolutas del presidente de la República con finalidad de comprender si estos mecanismos de integración podrían generar un soporte jurídico a la situación jurídico-política que se vive actualmente en Venezuela a partir del 23 de enero de 2019 cuando el presidente de la Asamblea Nacional, asumió el cargo de presidente interino invocando la aplicación del artículo 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

28 Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La supremacía constitucional y la supuesta supraconstitucionalidad». En: *Derecho Procesal y otros ensayos. Libro homenaje a la obra docente del profesor René Molina Galicia*. Editorial RVLJ. Flor Karina Zambrano Franco, coord. Caracas, 2018, pp. 347 y ss.

29 NIKKEN, Pedro: «La progresividad de la protección de los derechos humanos». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 133. Caracas, 1996, pp. 65 y ss.

II. LAS FALTAS ABSOLUTAS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Se ha sostenido que los objetivos esenciales de una Constitución son fijar los derechos fundamentales de los ciudadanos y limitar el ejercicio del poder³⁰. En relación a esto último, cuando se alude al Poder Ejecutivo se establecen reglas para prescribir los supuestos de sustitución de la persona del presidente ya sean ordinarias o extraordinarias.

La causal ordinaria en los regímenes democráticos presidencialistas es el transcurso del período que comprende el mandato³¹; pero a la par se indican unos supuestos excepcionales que pueden justificar un reemplazo en la Presidencia, donde a su vez se indican las formas de individualizar a la persona que procederá al remplazo y continuación del período constitucional.

1. Numerus apertus o numerus clausus

Resulta oportuno, entonces, reflexionar sobre si los motivos de falta absolutas en la Presidencia que describe el Texto constitucional –actualmente vigente– corresponden a un número cerrado o abierto, en otras palabras, si las causales son taxativas o por el contrario pueden incluirse otras que, según los métodos de integración constitucional, sean adecuadas y necesarias para evitar una crisis en el ejercicio de la máxima magistratura³².

30 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3.ª, Civitas. Madrid, 2001, pp. 44 y 45.

31 AYALA CORAO, Carlos: «Presentación». En: *Reformas al presidencialismo en América Latina: ¿presidencialismo vs. parlamentarismo?* Comisión Andina de Juristas-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, p. 7, «Una de las características tradicionales del régimen presidencia es su período fijo y determinado».

32 Téngase en cuenta que los operadores jurídicos ven en los principios un mecanismo o instrumento para plantear nuevas teorías que no se encontraban desarrolladas para el momento de la creación de las reglas exa-

Antes de fijar posición se juzga oportuno revisar brevemente la historia constitucional nacional³³, para así, al contrastarla, visualizar si existen supuestos que no se encuentran contenidos en un determinado régimen constitucional que requeriría, si se diera el supuesto fáctico, ser resuelto bajo los cánones de la interpretación e integración constitucional.

Así, nuestro primer texto constitucional de 1811 estableció como causales «ausencias, enfermedades, muerte, renuncia o deposición» y la sustitución de los miembros del triunvirato que conformaba el Poder Ejecutivo recaía en un «lugarteniente» que cumplía los mismos requisitos del sustituido y se elegía en el mismo procedimiento de elección de los principales (artículo 84).

La Constitución de 1819 (Título 7, sección 3ª, artículo 21) reducía los supuestos a «muerte, destitución o renuncia» y sucede en principio el vicepresidente que es electo en el mismo procedimiento de escogencia del presidente.

La Constitución de 1821 de la conformación de Colombia, distinguía entre causas absolutas «muerte, destitución o renuncia (...) También entrará en las mismas funciones por ausencia, enfermedad o cualquiera otra falta temporal», todas eran suplidas por el vicepresidente (artículo 108)³⁴.

Por su parte, la Constitución de 1830 es particularmente innovadora dentro de nuestro sistema, pues incorporó una

minadas, pero donde por su carácter de postulado básico aportan los insumos para un reajuste del Derecho a los tiempos modernos.

33 Los los textos constitucionales fueron revisados en la obra: BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Las constituciones de Venezuela*. Tomos i y ii. 3ª, Academia de Ciencia Sociales y Políticas. Caracas, 2008, passim; también pueden cotejarse los texto desde 1821 hasta 1922 en: *Leyes y decretos de Venezuela*. Tomos i y ss. Academia de Ciencia Sociales y Políticas. Caracas, 1982, passim, <http://cidep.com.ve/normativa1821-1922.html>.

34 *Vid.* en sentido similar el Reglamento provisorio para el Gobierno de Estado de 1830 (artículo 3).

cláusula especial referida al vencimiento del mandato, concretamente establece:

Artículo 111.- Concluido el período constitucional y llegado el día señalado por esta Constitución para la instalación del Congreso, si ésta no tuviere lugar el presidente cesará en el ejercicio de las funciones ejecutivas en el mismo día y se encargará de ellas el vicepresidente hasta que, instalado el Congreso, dé posesión al nombrado.

En efecto, la posibilidad cierta de que no se lograra cumplir los trámites de la elección presidencial que recaía en el parlamento no podía justificar bajo ningún motivo una continuidad en cabeza del presidente saliente, pues, el vencimiento del mandato originaba la cesación inmediata en el cargo y, en consecuencia, una falta absoluta en la Presidencia.

En otras disposiciones de la Constitución de 1830 se regulaba como supuestos «los casos de ausencia como enfermedad o suspensión temporal (...) muerte, dimisión, destitución o privación de su plaza» casos donde el vicepresidente se encarga de la magistratura (artículo 113), y si «las faltas temporales» o «en caso de muerte, dimisión, privación o incapacidad» se da en el presidente y vicepresidente ellas eran suplidas por el vicepresidente del Consejo de Gobierno (artículo 114).

La Constitución de 1857 sigue el anterior modelo, estableciendo:

Artículo 61.- Concluido el período constitucional y llegando el día señalado por esta Constitución para la instalación del Congreso, el presidente cesará en el ejercicio de las funciones ejecutivas en el mismo día y se encargará de ellas el vicepresidente del Consejo

de Gobierno hasta que, instalado el Congreso, dé posesión al nombrado³⁵.

Como causales temporales señalaba: «enfermedad o inhabilitación» (artículo 63) y absolutas «muerte, inhabilitación perpetua o renuncia» (artículo 64).

La Constitución de 1864 no estableció causales en concreto, solo indicaba: «Para suplir las faltas temporales o absolutas del presidente, habrá dos designados...» (artículo 67)³⁶. Esto quiere decir que en este caso los supuestos de falta en la presidencia eran totalmente abiertos y cualquier motivo racional podía ser tomado en cuenta para los efectos de la sucesión presidencial³⁷.

Dentro de la evolución constitucional de las causales de falta absoluta en la Presidencia resulta interesante la disposición de la Constitución de 1874, pues, a deferencias de las anteriores que la regulaban en una norma aparte, esta incorpora en un mismo artículo el vencimiento del mandato junto a los otros motivos de vacancia, a saber:

35 *Vid.* en sentido similar artículo 90 de la Constitución de 1858 y sobre las causas absolutas señalaba: «muerte, dimisión, destitución o incapacidad» (artículo 92).

36 Esta Constitución establece en relación al vencimiento del período: «El presidente durará en sus funciones cuatro años, a contar desde el 20 de febrero, cuyo día se separara y llamara al que deba sustituirlo...».

37 En igual sentido la Constitución de 1891 (artículo 62); la de 1901 (artículos 76 y 78); la Constitución de 1904 con la particularidad que añade una causal de falta temporal «...pudiendo también separarse por algún tiempo del ejercicio del cargo» (artículos 74 y 75.7); similar idea en la Constitución de 1909 añadiendo el fin del período como supuesto de falta absoluta (artículos 79, 80.7 y 86); *ibid.* la Constitución de 1914 (artículos 77, 79.6 y 83) y la Constitución de 1922 (artículos 74, 77, 78.6 y 83); en palabras análogas se expresa la Constitución de 1925, aclarando que no es un supuesto de falta temporal el ausentarse de la capital (artículo 98) y que es facultad del presidente «Llamar al vicepresidente al ejercicio de la Presidencia de la República cuando lo crea conveniente, pudiendo reencargarse de su destino...» (artículo 100.6), reiterando la cesación en el ejercicio por vencimiento del período (artículo 103); igual la Constitución de 1928 (artículos 97, 98, 100.6 y 103); *ídem.* Constituciones de 1929 y de 1931.

Artículo 67.- Las faltas temporales del presidente serán suplidas por uno de los ministros del Despacho (...) y sus faltas absolutas, proveniente de muerte, renuncia, destitución o cesación en el mandato por haber terminado el período para que fue electo, por el presidente de la Alta Corte Federal...

Por su parte, la Constitución de 1893 se refiere, en general, a las «faltas temporales y absolutas» sin indicar supuestos específicos (artículo 70), salvo el caso del vencimiento del mandato al cual le dedica varias disposiciones, en principio refiere que si no se logra hacer la elección en el seno del Congreso se «declarará llegado el caso vacante absoluta de la Presidencia» (artículo 69) y al aludir al período de cuatro años indicaba que terminado el mismo «cesara de hecho y de derecho» (artículo 71).

La Constitución de 1936 sigue el esquema anterior de no indicar causales específicas (artículos 98, 99, 100.9 y 103); sin embargo, regula expresamente el siguiente supuesto:

...Mientras el presidente electo no tome posesión del cargo continuara en el ejercicio del Poder el presidente anterior con el nombre de encargado del Poder Ejecutivo Federal; pero si transcurrido un mes contado desde la clausura de las sesiones del Congreso sin que el presidente electo prestare el juramento ante la Corte Federal y de Casación, se considerara que hay falta absoluta del presidente... (artículo 97).

En este caso la omisión en prestar el juramento de ley –que es el acto simbólico de asunción del cargo– es motivo suficiente para considerar la existencia de una falta absoluta después de transcurrido un tiempo prudencial para el cumplimiento de dicho deber. La Constitución de 1945 mantiene dichas disposiciones (artículos 101, 102, 103, 104.9 y 107).

En lo que se refiere a la Constitución de 1947 se sigue la técnica de sus predecesoras (artículos 195 y 196), variando en que en el caso de que el presidente electo no tome posesión del cargo el saliente no continuará en el mismo, sino que «resignará su poder ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia» (artículo 194). También se suprime la facultad de encargar temporalmente la presidencia a un ministro o vicepresidente y la referencia a la ausencia de la capital.

La Constitución de 1953 retrocede a la fórmula de mantener en el cargo al presidente saliente si el electo no toma posesión de este a través de juramento, considerando expresamente que pasados 30 días «se considerará que hay falta absoluta de presidente» (artículos 105, 106, 107).

Finalmente, la Constitución de 1961 tampoco establecía causales de faltas temporales o absolutas concretas (artículos 187 y 188)³⁸, solo regulaba detalladamente el supuesto de «... Cuando el presidente electo no tomare posesión dentro del término previsto en este artículo, el presidente saliente resignará sus poderes ante la persona llamado a suplirlo provisionalmente en caso de falta absoluta...» (artículo 186)³⁹.

38 Vid. varios textos constitucionales latinoamericanos siguieron esta fórmula, a saber: de Bolivia (1967) artículo 93; Brasil (1988, última enmienda 1994) artículo 79, aunque menciona expresamente como vacante absoluta la falta de «toma se posesión» y «ausentarse del país» sin licencia (artículos 78 parágrafo único y 83); Costa Rica (1949, última reforma 1995) artículo 135; Chile (1980, última reforma 1994) artículo 28; Guatemala (1985, última reforma 1993) artículo 189. Las Constituciones Latinoamericanas citadas a lo largo de este opúsculo fueron consultadas en las obras: *Compilación de constituciones políticas*. Tomos i, ii, iii y iv. Funeda, Caracas, 1999, *passim*; *Constituciones Latinoamericanas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. L. ORTIZ-ÁLVAREZ y J. LEJARZA, comp. Caracas, 1997, *passim*.

39 Sin embargo, la doctrina señalaba los supuestos donde se podía considerar que existía una falta absoluta, así FAJARDO H. Ángel R.: *Cuestionario de la Constitución de la República de Venezuela*. 13.^a, Editorial NUS. Caracas, 1998, p. 155, indicaba «En caso de renuncia. Cuando el Senado lo suspenda después que la Corte Suprema de Justicia declare que hay méritos suficientes para su enjuiciamiento. Cuando una enfermedad le impide ejercer el cargo. Por muerte o por falta temporal que se prolongue por más de 90

El análisis de las 25 Constitución que precedieron a la de 1999 –que se examinará más adelante– permite observar que en todos los textos constitucionales ha existido una preocupación por el tema de la sucesión presidencial por causas extraordinarias, y si bien en los primeros textos constitucionales se indican cuales podían ser las causales que motivaban una falta, a partir de la Constitución de 1864 la tendencia fue la de no especificar los supuestos y solo regular el trámite de selección y sustitución en la Presidencia. La Constitución de 1999 rompe una tradición de casi un siglo y medio al retornar al modelo de establecer causales concretas.

Otro aspecto de interés, es la previsión por la culminación efectiva del mandato y la entrega del poder al sustituto. Ciertamente, en los primeros años de nuestra República la elección era por representación –indirecta– y por las limitaciones en las comunicaciones existía la incertidumbre razonable de que no se pudieran reunir los representantes a expresar su voluntad, hecho que podía ocasionar que se venciera un mandato sin que existiera sucesor, así con la esperanza de evitar la permanencia en el Poder del presidente saliente se estableció tempranamente, desde la Constitución de 1830, que el vencimiento del período ocasionaba la cesación en el cargo y la activación de una causal de falta absoluta debiendo entregar el Poder al llamado a sustituirle –salvo el caso de las Constituciones de 1936 y 1953 que mantenían al presidente saliente en una continuación por un tiempo breve hasta que se llenara la vacante–.

Este repaso histórico permite concluir que ciertamente las causales de faltas absolutas y temporales normalmente se han dejado abiertas para que se incluyan aquellos supuestos donde es palmario que el presidente no puede materialmente ejercer el cargo⁴⁰ y en los casos donde se indicaron supuestos especí-

días», vale destacar que los supuestos son muy similares a los establecido en el artículo 233 de la Constitución vigente.

40 Vid. FAJARDO H. Ángel R.: *Compendio de Derecho Constitucional general y particular*. 7ª, Edición Venezolana. Caracas, 1985, p. 451, «Las faltas absolutas

ficos ellos fueron variando según la realidad social que imperaba en la época⁴¹.

Por lo anterior, se es de la opinión que no es una condición indispensable el que las causas sean taxativas, pues, en definitiva, la intención de estas normas constitucionales son, además de limitar el ejercicio del poder, evitar que se profundicen crisis políticas-institucionales que surgirían, por ejemplo, a razón de falta en la sucesión presidencial por no saberse ciertamente quien debe ocupar dicho cargo ante la vacancia de su anterior titular, con mayor gravedad en los países con sistema presidencialista donde el período fijo en la Presidencia es un principio fundamental.

De hecho si no existiera una norma constitucional como las antes descritas, igual habría que buscar una vía para resolver la sucesión presidencial, por ejemplo en el supuesto hipotético de un magnicidio –lo cual ya ha pasado en nuestra historia política⁴²– habría que interpretarse tal hecho jurídico como un supuesto de falta absoluta y integrar la norma por medio de la

del presidente son aquellas que de una forma u otra le impiden seguir ejerciendo el cargo»; ARISMENDI A., Alfredo: *Manual de Derecho Constitucional*. UCV. Caracas, 1999, p. 608, las define como «las vacantes que pueden suceder en el cargo de presidente de la República. La ausencia o vacante, puede ser: absoluta o temporal. La primera tiene un carácter permanente e indefinido, la segunda tiene un carácter limitado a un tiempo determinado».

41 Así lo recuerdan ORTIZ-ÁLVAREZ, LUÍS Y LEJARZA, Jacqueline: «Estudio preliminar». En: *Constituciones Latinoamericanas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1997, p. 79, «Las normas constitucionales no son normas inmóviles o petrificadas, sino que más bien se trata de preceptos flexibles susceptibles de cambiar con el tiempo y capaces de adaptarse a los cambios sociales».

42 En efecto, cuando no se reguló el asunto en el Acta de constitución del gobierno provisorio en 1948 y acaeció el asesinato del presidente de la Junta Militar de Gobierno se debió dictar un instrumento sobrevenido para cubrir ese escenario de falta absoluta por muerte, *vid.* Acta por la cual los representantes de las Fuerzas Armadas Nacionales determina la modificación del Acta de constitución del gobierno provisorio (*Gaceta Oficial* N.º 23 390, del 27-11-50).

analogía o los principios constitucionales. Ciertamente, como revelan los antecedentes constitucionales cuando no se había elegido el presidente para un nuevo período tal situación se interpretaba como un supuesto de falta absoluta, escenario que podría encuadrar en lo que actualmente ocurre como se verá *infra*.

2. El artículo 233 de la Constitución de 1999. Causales y efectos

La Constitución de 1999 dedica una disposición a regular en detalle los supuestos de faltas absolutas, a saber:

Artículo 233.- Serán faltas absolutas del presidente o presidenta de la República: su muerte, su renuncia, o su destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, su incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado como tal por la Asamblea Nacional, así como la revocación popular de su mandato...⁴³.

Entonces, según la anterior disposición, en principio, las causales serían:

43 Otros textos constitucionales vigentes para el momento en que se elaboró la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establecen causales de falta absoluta expresamente: Argentina (1853, última reforma 1994) «enfermedad, ausencia de la capital, muerte, renuncia o destitución» (artículo 88); Colombia (1991, última reforma 1993) «muerte, su renuncia aceptada, la destitución decretada por sentencia, la incapacidad física permanente y el abandono del cargo» (artículo 194); Cuba (1976, última reforma 1992) «ausencia, enfermedad o muerte» (artículo 94); Ecuador (1996) «a. Por terminación del período para el cual fue elegido; b. Por muerte; c. Por renuncia aceptada por el Congreso Nacional; d. Por incapacidad física o mental declarada por el Congreso Nacional; y, e. Por destitución o abandono del cargo declarado Congreso Nacional» (artículo 100); Panamá (1972, última reforma 1994) artículo 184.

i. Muerte: Es claro que la extinción de la personalidad jurídica impide que el sujeto pueda seguir siendo titular de derechos y deberes y, en consecuencia, detentar cualquier cargo público. Recientemente en el país se activo esta causal cuando el presidente electo para el período 2013-2019 falleció en el primer año del período lo que generó la activación del mecanismo de sustitución en la presidencia asumiendo como encargado el vicepresidente⁴⁴.

ii. Renuncia: El ejercicio de la máxima magistratura es un derecho cuando la misma se ha alcanzado bajo las condiciones que estipula la Constitución, pero a tal responsabilidad pública se puede dimitir voluntariamente. Anecdóticamente se puede recordar que la crisis política vivida en abril del 2002 tiene como elemento adicional la «supuesta» renuncia del para el momento presidente en funciones, siendo notificada a la nación por el ministro de la defensa, posteriormente se alego que la misma no había sido voluntaria y el referido mandatario continuo en el cargo⁴⁵.

44 Véase ÁLVAREZ, Tulio Alberto: *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*. Tomo i. 2.^a, Ediciones Liber. Caracas, 2008, pp. 366 y ss., quien explica como ha sido la «subrogación presidencial» en el sistema de los Estados Unidos, en el cual en su vida republicana «ocho vicepresidentes han asumido la Presidencia a causa de la muerte del presidente y uno a causa de renuncia»; CHALBAUD ZERPA, Reinaldo: *Estado y Política*. ULA. Mérida, 1978, p. 297, comenta que en nación norteamericana «La sucesión presidencial por parte del vicepresidente está pautada en la Constitución y en la Ley de Sucesión Presidencial de 1947. Conforme al párrafo 6, sección 1 del artículo 2 de la Constitución; a las secciones 3 y 4 de la enmienda N.º 25; y a las disposiciones de la mencionada Ley, el vicepresidente asume las funciones presidenciales en caso de remoción, muerte, renuncia o incapacidad del primer magistrado».

45 FERNÁNDEZ MORALES, Juan Carlos: *Temas de Derecho Constitucional. Especial referencia a la jurisprudencia de la Sala Constitucional*. 2.^a, ULA. Mérida, 2010, p. 366, comenta este suceso e indica: «según la oposición venezolana, el presidente de la República habría destituido al vicepresidente y a los ministros, para posteriormente renunciar él mismo al cargo. Situación que aprovecharon para decir que había un vacío de poder, porque la Constitución no prevé el supuesto en que no exista un funcionario que se encargue de la presidencia cuando el vicepresidente no puede hacerlo. Ahora bien, aun cuando esto es cierto, no lo es menos que nunca debió utilizarse a un

iii. Destitución: El ejercicio de toda magistratura genera responsabilidad en su titular y cuando se ha cometido una falta es grave –por ejemplo, de carácter penal– puede ocasionar la destitución. Ciertamente, todo funcionario puede estar expuesto a procesos de destitución incluyendo al presidente de la República (artículos 139 y 232). Ahora bien, cuando se alude a altos funcionarios se exige de un «antejuicio de mérito» que como consecuencia origina la suspensión en el cargo y la eventual destitución (artículo 266.2 de la Constitución)⁴⁶. En las últimas décadas se han intentado diversas denuncias ante

extraño al poder, para asumir la Presidencia, sino que debió por analogía con el artículo 233 constitucional, solicitar el presidente de la Asamblea Nacional que se encargara de la Presidencia hasta que pudieran celebrarse nuevas elecciones», véase entonces como en un supuesto como el descrito muy parecido al que es objeto de estudio en este opúsculo la solución que propone la doctrina es la analogía constitucional. Por su parte, CHALBAUD ZERPA: ob. cit. (Estado y Política), p. 297, recuerda que en los Estados Unidos en 1974 se dio el caso que por renuncia del presidente Richard Nixon asumiera el para entonces vicepresidente Gerald Ford, «El caso es digno de mención especial en virtud de que el vicepresidente Ford no había sido electo por el pueblo sino designado por el Congreso a proposición del presidente Nixon; de esta manera el nuevo presidente pasó a ser la primera persona que ejerció la Presidencia como titular son habérsele escogido en elecciones nacionales».

- 46 Vid. BADELL GONZÁLEZ, Iván Darío: «Información de nudo hecho y antejuicio de mérito». En: *Derecho Procesal Penal. Libro homenaje al Dr. Arminio Borjas*. UCV. Caracas, 1996, p. 48, «para el enjuiciamiento de los funcionarios públicos por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de su cargo, ha de cumplirse con determinados trámites o requisitos para el ejercicio de la acción penal»; MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Luis: «Observaciones a la sentencia del antejuicio de mérito: Caso 11 de abril». En: *Revista de Derecho*. N.º 6. TSJ. Caracas, 2002, p. 150, «En los antejuicios de mérito (...) la actividad del órgano judicial se limita a analizar los elementos probatorios existentes en los autos con el objeto de establecer la perpetración de algún hecho presuntamente delictivo y la participación en el mismo del funcionario investigado, sin adelantar opinión sobre el fondo del asunto»; CHIOSSONE, Tulio: «Proceso contra los jefes de Estado». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 94. UCV. Caracas, 1995, pp. 299 y ss. Véase sobre altos funcionarios distintos al presidente de la República: BREWER-CARIAS, Allan R.: «La ilegítima mutación de la Constitución hecha por el juez constitucional en materia de antejuicios de mérito de altos funcionarios del Estado». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 116. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, pp. 261 y ss.

el Tribunal Supremo de Justicia con el propósito de iniciar los trámites de antejuicio de mérito para así enjuiciar al presidente en funciones. Bajo la vigencia de la Constitución de 1961 la Corte Suprema de Justicia juzgo que habían méritos suficientes para enjuiciar al presidente Carlos Andrés Pérez y el Congreso acordó su separación del cargo (1993)⁴⁷.

iv. Incapacidad física o mental permanente: El presidente como cualquier persona puede padecer una discapacidad grave y persistente que le imposibilite materialmente del ejercicio de sus funciones en la magistratura, tal caso obligaría a su sustitución. Recientemente, se dio el caso que el presidente en funciones padeció de una enfermedad física grave y debió someterse a un tratamiento especializado que incluso se suministro fuera del país⁴⁸, tal escenario implicó en la práctica una falta temporal que si se extendía en el tiempo podría convertirse en falta absoluta como dispone expresamente la Constitución (artículo 234). No obstante, bajo subrepticios inconstitucionales se difi-

47 Vid. SUÁREZ M., Jorge Luis: «La competencia de la Corte Suprema de Justicia para declarar la nulidad de los actos legislativos: el caso Carlos Andrés Pérez». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 91. UCV. Caracas, 1994, pp. 249 y ss., y del mismo autor en la misma Revista N.º 94, 1995, «El auto de detención a Carlos Andrés Pérez: aspectos dignos de destacar (especial referencia a la responsabilidad del presidente de la República, de los ministros y del Consejo de Ministros en la Constitución venezolana)», pp. 309 y ss. CHIOSSONE: ob. cit. («Proceso contra...»), p. 299, recuerda que «el primer proceso contra un presidente en ejercicio» fue el de Julián Castro en 1860, quien fue sentenciado por el «Gran jurado» por el delito de traición e infracción de la Constitución y debió entregar el poder al sucesor constitucional; ÁLVAREZ: ob. cit. (Instituciones políticas...), pp. 369 y 371, comenta que el presidente, el vicepresidente y todos los «funcionario civiles de Estados Unidos», pueden ser separados del cargo al ser sometidos a un «Juicio de Residencia» o impeachment y encontrados culpables, en la historia Norteamérica se conoce el caso del presidente Andrew Johnson que fue llevado a juicio en 1968 y fue absuelto y el caso de Nixon que probablemente hubiera sido declarado culpable si no dimite antes.

48 Vid. La cronología de la enfermedad que trascurrió desde mayo de 2011 hasta diciembre de 2012 que fue su última aparición en público, [https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Cronolog%C3%ADa_de_la_enfermedad_terminal_de_Hugo_Chávez](https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Cronolog%C3%ADa_de_la_enfermedad_terminal_de_Hugo_Ch%C3%A1vez).

rió dichos pronunciamientos incluyendo el deber de prestar juramento para la toma de posesión del cargo (artículo 231).

v. Abandono del cargo: El ejercicio de la máxima magistratura no solo esta acompañada de algunas atribuciones indicadas en el propio texto Constitución (artículo 236), sino que ellas representan verdaderas obligaciones. Cuando las mismas no se cumplen por omisión o desidia se esta ante un caso de abandono el cual debe ser calificado como tal por el Parlamento. Recientemente la Asamblea Nacional en ejercicio de sus competencias constitucionales (artículo 187.3) declaro el abandono del cargo del presidente⁴⁹.

vi. Revocación popular de su mandato: La vigente Constitución incorporó en su texto unas normas específicas sobre los referendos, con la idea de profundizar la «democracia directa». En el caso de los referendos revocatorios de mandatos de elección popular se incluyó la Presidencia y si después del engorroso trámite se revocaba el mandato surgía una falta absoluta (artículo 72). Esta causal se trató de activar en el 2016 cuando había transcurrido la mitad del período de presidente en funciones, sin embargo, con triquiñuelas absurdas el Consejo Nacional Electoral obstaculizó su realización vulnerando flagrantemente los derechos políticos de los ciudadanos y agravando la crisis política, económica y social actual. Años atrás se había estrenado esta modalidad en el referendo revocatorio del 2004, el cual se realizó después de arduos procesos burocráticos, la opción del mantenimiento del mandato resultó ganadora según los resultados oficiales -aunque debe puntualizarse que se efectuaron serías denuncias de fraude y desequilibrios en el aludido proceso electoral-.

49 *Vid.* Acuerdo de la Asamblea Nacional mediante el cual se declaró el abandono del cargo del ciudadano Nicolás Maduro Moros como presidente de la República, de fecha 7 de enero de 2017.

Sin embargo, además de las anteriores causales, pueden sumarse otras⁵⁰ por vía de interpretación sistemática, así, por ejemplo, una falta temporal cuando se extiende por más de 90 días puede convertirse en absoluta si la Asamblea Nacional la declara así (artículo 234). Asimismo, la ausencia del país del presidente sin las autorizaciones requeridas y por un lapso extenso (artículo 235), puede generar un caso de falta absoluta que podría asimilarse a través de la analogía constitucional al abandono del cargo⁵¹. Finalmente, como se verá *infra*, el vencimiento del período sin la elección de un sucesor se podría considerar como una causal de falta absoluta. En efecto, así ha sido establecido expresamente en otros textos constitucionales predecesores nacionales y comparados⁵².

50 *Verbi gratia* la Constitución de El Salvador (1983, última reforma de 1192) indica como causales «muerte, renuncia, remoción y otra causa» (artículo 155).

51 Es el caso de la Constitución de Colombia de 1991, en la cual se califica el trasladarse fuera del territorio nacional «sin previo aviso» al Senado como abandono del cargo (artículo 196). Asimismo, la Constitución de Nicaragua (1986, reforma de 1995) «...La salida del país del presidente de la República sin autorización de la Asamblea Nacional por un período en que esta autorización fuere necesaria o por un período mayor que el autorizado se entenderá como abandono de su cargo» (artículo 149). La Constitución de Perú (1993) tipifica expresamente como causal de vacancia «salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar dentro del plazo fijado» (artículo 113.4).

52 En Derecho comparado la Constitución de Honduras (1982, última reforma 1993) contempla una falta absoluta «Si al iniciar el período constitucional para el cual ha sido electo, el presidente no se presentare...» (artículo 243); también la Constitución mexicana (1917, última reforma 1995) alude al supuesto de «Si al comenzar un período constitucional no se presentase el presidente electo, o la elección no estuviere hecha y declarada el 1º de diciembre, cesará sin embargo, el presidente cuyo período haya concluido y se encargará desde luego del Poder Ejecutivo, en calidad de presidente interino, el que designe el Congreso...» (artículo 85). La Constitución de Paraguay (1992) establece: «artículo 231. De la no asunción de cargos.- En caso de que, en la fecha en la cual deban asumir sus funciones el presidente (...) no hayan sido proclamados en forma dispuesta por esta Constitución, o fueran anuladas las elecciones, el presidente cesante entregará el mando al presidente de la Corte Suprema de Justicia...»; ídem. Constitución de Uruguay (1966, reforma de 1989) artículo 156. Véase también Constitución de República Dominicana (1966) artículo 53.

En relación a las consecuencias jurídicas que se generan de la verificación de una falta absoluta, ello dependerá del momento en que ocurre, distinguiendo el texto constitucional (artículo 233) entre tres estadios temporales:

... Cuando se produzca la falta absoluta del presidente electo o presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo presidente o la nueva presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el presidente o presidenta de la Asamblea Nacional.

Si la falta absoluta del presidente o presidenta de la República se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo presidente o la nueva presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el vicepresidente ejecutivo o la vicepresidenta ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo presidente o presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el vicepresidente ejecutivo o vicepresidenta ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar dicho período.

III. EL VENCIMIENTO DEL MANDATO PRESIDENCIAL COMO CAUSAL DE FALTA ABSOLUTA

Como se pudo evidenciar de los antecedentes comentados, desde el surgimiento de nuestra República siempre ha existido

el recelo sobre el tiempo en el ejercicio del poder, fijándose al respecto reglas expresas que determinan el lapso en el cual se ejerce la Presidencia⁵³. De hecho, uno de los motivos que justificaron las diversas reformas constitucionales giró alrededor de éste asunto.

Si se parte del aspecto histórico –o método histórico–, se podría concluir que los casos de vencimiento del período constitucional sin sustitución originan el cese del cargo del presidente saliente y la activación de una falta absoluta con la consecuente sustitución bajo las reglas reemplazo establecidas, cuando el supuesto ocurre antes de la toma de posesión de la Presidencia.

Sin embargo, la verdad del asunto es que la Constitución de 1999 que reguló en detalle las faltas absolutas no incluyen expresamente en el artículo 233 dicha causal, lo cual resulta muy lógico si se ponderan las razones que justifican que el vencimiento del mandato sea un supuesto de vacancia permanente. En efecto, ella tenía mucho sentido cuando los procesos electorales eran complejos, tanto por los sujetos que participaban como por la vías de comunicación y las largas distancias que separaban a los distintos representantes; empero, tales obstáculos fueron superados en el último medio siglo, ya sea por medio de la incorporación de la elección universal, directa y secreta o por la ampliación de las rutas y medios de comunicación; por tanto, pareciera sumamente extraordinario que con todos los adelantos tecnológicos y de garantías democráticas que existen formalmente en la Constitución no se pueda realizar unas elecciones para cubrir el cargo respectivo.

Es en dicho escenario donde la realidad política da un vuelco a la mesa y trae a colación el supuesto de un acto electoral claramente fraudulento e inconstitucional que no puede

53 *Vid.* por ejemplo el artículo 75 de la Constitución de 1811 donde se fija un mandato de cuatro años, así todas las constituciones han fijado un período fijo y concreto para el mandato presidencial.

ser admitido es un sistema constitucional serio, originando de hecho la ausencia de elecciones legítimas y con ello del respectivo sucesor a la Presidencia.

No corresponde aquí analizar las razones que motivan que el acto de sufragio realizado en el 2018 con la pretendida intención de escoger al presidente para el período 2019-2025 no cumpliera con los estándares mínimos para ser considerado democrático y, en consecuencia, fuera desconocido por un sector importante de la comunidad nacional e internacional⁵⁴. Solo interesa examinar si en dicho escenario podría hablarse con fundamento constitucional de un supuesto de falta absoluta en la Presidencia y, si ello fuera cierto, establecer cuál sería la consecuencia jurídica de tal afirmación.

En tal sentido, se ha observado de los antecedentes nacionales y foráneos descritos que en efecto cuando no se han efectuado elecciones legítimas o ellas han sido anuladas, surge una vacancia en el cargo de la Presidencia que debe ser cubierta por los mecanismos diseñados para tal fin.

Como la falta ha acaecido antes de la toma de posesión la consecuencia jurídica establecida por la Constitución –previo proceso de integración constitucional– es la realización de una elección bajo los estándares constitucionales dentro de los 30 días y la encarnadura recae en el presidente de la Asamblea Nacional.

Ahora bien, el lapso de los 30 días se refiere a un escenario normal donde existen garantías para realizar un proceso electoral que satisfaga los criterios democráticos que la propia

54 En el pasado se dio un supuesto similar con el denominado «Plebiscito de 1957», el cual aspiraba a ratificar al presidente Marcos Pérez Jiménez para el período 1958-1963. *Vid.* BREWER-CARÍAS, Allan R.: «Reflexiones sobre la dictadura en Venezuela, después de la fraudulenta “reelección” presidencial de mayo de 2018». En: *Revista de Derecho Público*. N.os 153-154. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2018, pp. 177-216.

Constitución demanda, por ello en la coyuntura actual donde es el propio Consejo Nacional Electoral el que ha prestado su concurso para el fraude electoral denunciado, es irracional organizar un proceso de votación democrático bajo su arbitraje, de allí que se demandan medidas extraordinarias para solventar este aspecto de la crisis (artículos 333 y 350), por ejemplo las descritas en el «Estatuto que rige la Transición a la Democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela».

El Estatuto aludido resuelve este aparente dilema, pues recalca que el mandato constitucional exige «una elección universal, directa y secreta», es decir, un acto del sufragio con determinadas garantías constitucionales y que hasta tanto no cese la usurpación y se establezca el gobierno de transición ello sería una quimera, por lo anterior en diversos artículos el Estatuto recalca que las elecciones deben ser libres (artículos 2, 3, 7.2, 23 y 25), «transparentes en el menor tiempo posible» (artículos 6.4 y 26), «competitivas» (artículo 6.8), «bajo todas las garantías establecidas por los estándares nacionales e internacionales de transparencia comicial (...) deberán realizarse en el menor tiempo posible, tan pronto como las condiciones técnicas lo permitan» (artículo 26). Por lo tanto, establece:

Artículo 30.- La Asamblea Nacional adoptará, en el marco de la aplicación de los artículos 233 y 333 de la Constitución, las medidas que rescaten las condiciones de integridad electoral y permitan la realización de una elección presidencial correspondiente al término del período presidencial 2019-2025.

En definitiva, el lapso de los 30 días, en esta especial coyuntura, se encuentra condicionado a que se satisfagan los principios constitucionales que demandan que cualquier acto de votación sea libre, universal, directo y secreto (artículo 63); y ello justifica que el Estatuto cree una etapas en la cuales, solo ocurriendo el cese de la usurpación y el establecimiento de un

gobierno provisional, se puedan dar las condiciones para unas elecciones bajo dichas garantías constitucionales que permita dotar de un sucesor legítimo a la Presidencia que solviente la actual falta absoluta por terminación del período presidencial sin remplazo electo constitucionalmente.

CONCLUSIONES

Los hechos que acontecen a la sociedad venezolana desde el 10 de enero de 2019 resultan completamente novedosos para el Derecho, en el sentido que desde la ciencia jurídica se han tenido que desarrollar vías que conduzcan a un restablecimiento de las instituciones democráticas que se encuentren ajustadas al Derecho vigente. No obstante, precisamente por su novedad, ha sido una construcción a la par de los problemas políticos que se han venido suscitando, por lo que se ha tratado de brindar un respaldo jurídico a las decisiones que se han tomado conducentes al resuelto y necesario cese de la usurpación, gobierno de transición y, finalmente, llegar a unas elecciones libres.

La primera decisión política que se tomó a inicios de la coyuntura fue la del nombramiento del presidente de la Asamblea Nacional, como presidente encargado de la República, en razón de la invocación al artículo 233 de la Constitución. Sin embargo, en este supuesto constitucional se prevé la situación de que ante la falta absoluta del presidente de la República sea el presidente de la Asamblea Nacional quien asuma el cargo, siendo el problema jurídico si se puede contemplar el término de un mandato presidencial, sin haberse celebrado previamente un sufragio nacional, como una falta absoluta.

Habiendo analizado los procedimientos de integración jurídica y llevándolos al campo del Derecho Constitucional se puede concluir que haber invocado el artículo 233 constitucional se encuentra ajustado a Derecho ya que dicha aplicación

se puede justificar desde el punto de vista de la analogía de supuestos, en razón que se puede constatar que en efecto se cumplen con los requisitos de procedencia para la aplicación de la misma. Asimismo, y de acuerdo con DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, la analogía jurídica es también «un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho»⁵⁵, por lo que existe una relación entre ambos mecanismos de integración jurídica que permiten llegar a soluciones de problemas no previstos por el constituyente, como bien es el caso bajo análisis en el que se aplicó el artículo 233 en razón del principio democrático establecido en el artículo 2 de la Carta Magna.

Asimismo, se pudo constatar mediante la revisión histórica de las constituciones anteriores de la República que el problema de la definición de las faltas absolutas del presidente de la República no se trata de una contrariedad novedosa, sino que se ha contemplado en otras épocas y siempre ha estado motivada por los celos en el ejercicio legítimo del poder. La falta de previsión del constituyente de 1999 de la histórica causal del vencimiento del período sin sucesor electo no resulta un hecho aislado, pues las constituciones democráticas modernas han dotado a los sistemas electorales de las garantías necesarias para que se desarrollen elecciones en tiempos adecuados para que tal supuesto no ocurra, pero cuando esas garantías fallan se evidencia un vacío constitucional para abordar el asunto que deja como alternativa la aplicación de los medios de integración constitucional.

Es por ello que finalmente se pudo establecer dicha analogía constitucional entre los supuestos expresos de faltas absolutas y el término del mandato presidencial sin sucesor motivado al no reconocimiento de las elecciones que se llevaron a cabo en el año 2018 al no cumplir con los principios democráticos proclamados en la propia Constitución; por lo que la aplicación del artículo 233 resulta legítimo y ajustado a Derecho.

55 DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil* i. Vol. i. 4.^a, Marcial Pons. Madrid, 1982, pp. 213 y 214.

ESTADÍSTICAS NO PUBLICADAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA VENEZOLANO: ARGUMENTOS PARA DISCUTIR SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA CORTE VENEZOLANA

José Ángel Cornielles Hernández¹

Resumen: Publicidad y transparencia son factores institucionales que se vinculan con la legitimidad del Poder Judicial. Ciertamente, la mayoría de las decisiones de la Sala Constitucional venezolana son publicadas en el sitio oficial de internet del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, las estadísticas se limitan al número de casos ingresados y decididos. No son publicadas estadísticas sobre los votos separados, disidentes o concurrentes, y en años recientes, tampoco son publicadas las decisiones ni estadísticas del Juzgado de Sustanciación. Lo mismo ocurre con las sentencias vinculantes. No existe en Venezuela un registro electrónico ordenado por números correlativos según la fecha de su aprobación de ese tipo de decisiones. A los fines de elaborar un registro creíble para elaborar algunas estadísticas, se verificaron todas las decisiones de la conformación actual de la Sala Constitucional, desde el 30 de diciembre de 2015, hasta el día 28 de marzo de 2019. Las estadísticas elaboradas con base en las decisiones consultadas, pueden mostrar aspectos importantes del proceso decisorio de la Sala Constitucional venezolana. Los resultados sustentan nuevos argumentos sobre la ya cuestionada legitimidad de la corte venezolana.

1 Venezolano, abogado (2004), especialista en Derecho Administrativo (2013), profesor asistente de la Universidad Fermín Toro, Barquisimeto, Venezuela. Participante de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Federal de Espírito Santo (UFES). Becario de la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Grupo Coimbra de Universidades Brasileñas (GCUB) para el período 2017-2019. Miembro del Grupo de Investigación Fundamentos del Proceso Civil Contemporáneo (FPCC).

Palabras clave: *Proceso decisorio. Precedentes. Estadísticas. Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. Venezuela.*

Summary: *Publicity and transparency are institutional factors that are linked to the legitimacy of the Judicial Power. Certainly, most decisions of the Venezuelan Constitutional Court are published on the official website of the Supreme Court of Justice, however, the statistics are limited to the number of cases entered and decided. No statistics are published on separate, dissident or concurring votes, and in recent years, the decisions and statistics of the Juzgado de Sustanciación are not published either. The same applies to binding decisions. There is no electronic record in Venezuela ordered by correlative numbers according to the date of approval of such decisions. In order to create a credible record to produce some statistics, all the decisions of the current conformation of the Constitutional Court were verified, from December 30, 2015, until March 28, 2019. The statistics prepared based on the decisions consulted can show important aspects of the decision-making process of the Venezuelan Constitutional Court. The results support new arguments about the already questioned legitimacy of the Venezuelan court.*

Key words: *Decision-making process. Precedents. Statistics. Constitutional Court. Supreme Court of Justice. Venezuela.*

Recibido: 19 de junio de 2019 Aceptado: 24 de enero de 2020

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional venezolana
- III. ¿Por qué la Sala Constitucional en pleno dicta decisiones que corresponden al Juzgado de Sustanciación?
- IV. Unanimidad y mayoría en la Sala Constitucional
- V. Votos disidentes en la Sala Constitucional
- VI. Votos concurrentes en la Sala Constitucional
- VII. Conclusiones
- VIII. Referencias

I. INTRODUCCIÓN

La legitimidad Poder Judicial proviene de un lugar diferente, no es justo aplicar a la actividad judicial los mismos criterios que legitiman la actividad legislativa.² Ciertamente, la legitimidad democrática del Poder Judicial, proviene exactamente de los principios y garantías que rigen el ejercicio de la función jurisdiccional, tales como la imparcialidad, el contradictorio, la amplia defensa, la motivación de las decisiones, la publicidad, el control interno y hasta el control político.³

2 Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juíces legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 102. Cappelletti sostiene que la democracia no puede ser reducida simplemente a la idea de la mayoría. Un poder judicial razonablemente independiente de los caprichos de una mayoría momentánea, suficientemente activo, dinámico y creativo, puede representar una gran contribución con la democracia (cf. CAPPELLETTI, 1993, p. 107). Con respecto a la Sala Constitucional venezolana, Molina, sostiene que su legitimidad se encuentra sometida a un factor formal, relativo al proceso de selección de los jueces, y a factores materiales que deben concurrir, tales como la imparcialidad, transparencia, independencia, autonomía y responsabilidad en el ejercicio del cargo. Cf. MOLINA, René. *Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial ¿Hacia un gobierno judicial?* 2. ed. Caracas: Paredes, 2008. p. 173.

3 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014. Constitution and proceedings. The Judiciary as an Organ of Policital Control. *Revista*

Publicidad y transparencia son factores institucionales que se vinculan con la legitimidad del Poder Judicial. Aunque el Tribunal Supremo de Justicia publica en el sitio de internet la mayoría de las decisiones, sus estadísticas se limitan al número de casos ingresados y decididos separados por sala. No son publicadas estadísticas sobre los votos separados, disidentes o concurrentes. Y en años recientes, tampoco son publicadas las decisiones ni estadísticas del Juzgado de Sustanciación.

Lo mismo ocurre con las sentencias vinculantes. No existe en Venezuela un registro electrónico ordenado por números correlativos según la fecha de su aprobación de las sentencias vinculantes. Un aspecto del funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia relativo al deber de publicidad de los precedentes.

La imprecisión en las informaciones publicadas hace indispensable la lectura del texto íntegro de cada sentencia para conocer las generalidades de cada decisión. Esa fue la tarea realizada para elaborar las estadísticas contenidas en este artículo. Se usaron dos criterios para limitar el estudio. Primero, la competencia, toda vez que se verificaron únicamente sentencias de la Sala Constitucional. En segundo lugar, el tiempo, ya que el análisis se basó en la totalidad de decisiones publicadas por la Sala Constitucional en el sitio oficial en internet de esta corte, en su conformación actual desde el 30 de diciembre de 2015, hasta el día 28 de marzo de 2019.

La Sala Constitucional actualmente está conformada por siete magistrados principales, a saber, Juan José Mendoza Jover, Arcadio de Jesús Delgado Rosales, Carmen Zuleta de

de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 249, nov./2015. Versión digital. Ada Pellegrini Grinover, argumenta que un sistema mayoritario, la voz de las minorías puede ser sofocada y solo puede hacerse oír por intermedio del Poder Judicial. Agrega que el hecho que el juez no sea electo lo hace mucho más inmune a las presiones políticas que se ejerce sobre los poderes mayoritarios que acaban por influir sobre sus elecciones.

Merchán, Gladys María Gutiérrez Alvarado, Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson, y cuatro magistrados suplentes, los ciudadanos Federico Sebastián Fuenmayor Gallo, Celeste Josefina Liendo Liendo, Juan Carlos Valdez González y René Alberto Degraes Almarza.

La conformación actual está constituida desde el 23 de diciembre de 2015, debido a la incorporación de los magistrados Calixto Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson, designados por la Asamblea Nacional en sesión extraordinaria del 23 de diciembre de 2015, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 40.816, de esa misma fecha, reimpressa en la Gaceta Oficial n° 40.818, del 29 de diciembre de 2015.

Se estableció el 30 de diciembre de 2015 como la fecha de inicio de funcionamiento debido a que ese día se publicaron las primeras decisiones con esa conformación. Se fijó el 28 de marzo de 2019, como la fecha de conclusión de la búsqueda y revisión, simplemente con la intención de marcar un corte metodológico hasta el primer trimestre de 2019.

Las estadísticas elaboradas con base en las decisiones consultadas, pueden mostrar aspectos importantes del proceso decisorio de la Sala Constitucional. Los resultados sustentan nuevos argumentos sobre la ya cuestionada legitimidad de la corte venezolana.

II. JUZGADO DE SUSTANCIACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA

El Juzgado de Sustanciación que integra la Sala Constitucional es una especie de tribunal unipersonal que dirige el presidente de esta sala, con competencias para pronunciarse

sobre la admisibilidad de los casos⁴, la admisibilidad de pruebas, la intervención de terceros y realizar todos los trámites sobre la dirección de los procedimientos tales como el computo de los lapsos procesales, la preparación y practica de citaciones, recepción de solicitudes de las partes, programación de audiencias, entre otras funciones generalmente no referidas al mérito de los asuntos.⁵ Las decisiones del Juzgado de Sustanciación no forman precedentes pero sirven como orientación sobre la dinámica de la Sala Constitucional.⁶

La existencia del Juzgado de Sustanciación se justifica en la necesidad de tutela judicial efectiva mediante un proceso justo que garantiza la Constitución venezolana de 1999 (arts. 26 y 257). Todas las decisiones que se dictan con ocasión de un proceso en un tribunal colegiado no precian de la parti-

4 Obsérvese, por ejemplo, que el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral de Tribunal Supremo de Justicia que declaró la inadmisibilidad del *recurso contencioso electoral* interpuesto contra el acto de proclamación del Presidente de la República, con ocasión de las elecciones realizadas el 14 de abril del año 2013, con base en los artículos 180 y 181 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, relativos a la identificación de las partes, la narración, circunstanciada de los hechos que dieron lugar a la infracción alegada y de los vicios en los que haya incurrido el supuesto agravante (sentencia número 359 del 21 de mayo de 2013). En esa oportunidad no se concedió la oportunidad para sanear el vicio o completar los documentos necesarios. esa decisión propiamente no formó un precedente, sin embargo, sirve de indicador sobre los criterios usados por el órgano para negar la admisión de las demandas o recursos.

5 Los aspectos relativos a las competencias y al funcionamiento de los Juzgados de Sustanciación aparecen en las sentencias número 1891 del 26 de octubre de 2006 de la Sala Constitucional y número 1122 del 11 de agosto de 2011 de la Sala Político Administrativa, dictadas en razón de la limitada regulación que contenía la Ley de la Corte Suprema de Justicia de 1976 y la Ley del Tribunal Supremo de Justicia de 2004; situación que se repitió en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010. Así, lo establecido en las decisiones indicadas orienta la práctica actual de estos juzgados entendidos como órganos internos de algunos tribunales colegiados venezolanos.

6 Por ejemplo, en la sentencia número 1192 del 3 de noviembre de 2016, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, estableció que las decisiones del Juzgado de Sustanciación no pueden equiparse a las decisiones de fondo o merito que dicta la sala, toda vez que ese órgano

cipación de todos sus integrantes. Es una cuestión de justicia adecuada más que de celeridad.

La Sala Constitucional conoce casos en competencia originaria, esto incluye varios tipos de demandas y la revisión constitucional. También actúa como tribunal de segundo grado, caso en el cual los recursos se interponen ante el juez que dictó la decisión recurrida.

En esos dos supuestos, el pronunciamiento respecto de la admisibilidad, lo realiza el presidente de la Sala Constitucional actuando como juez del Juzgado de Sustanciación, es decir, se trata de una decisión individual. También es una decisión individual, el establecimiento de la agenda del tribunal, ya que según las prácticas es el presidente quien define los casos que serán llevados al debate en la sesión de la sala en pleno.

En ese contexto, el presidente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, actuando como Juez de Sustanciación, se pronuncia sobre la admisibilidad de pruebas aún cuando no sea el ponente del caso. Una primera advertencia es que esas actuaciones pudieran debilitar las bases de la inmediación establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (art. 18), elemento indispensable en materia probatoria en el diseño del proceso venezolano.

Esa situación se repite en los órganos colegiados venezolanos que funcionan con juzgado de sustanciación, incluso cuando el juez de sustanciación es una persona diferente de los jueces del colegiado, lo que significa que no participa en el debate plenario en las sesiones sobre el mérito de los casos, sin

funciona para cumplir funciones sustanciadoras que la sala le encomienda. En esa oportunidad la sala se reiteró lo establecido en el año 2000 (sentencia número 1753 del 27 de julio) y en el año 2001 (sentencia número 2248 del 16 de octubre).

embargo, ejerce diversas actividades decisorias en los asuntos, por ejemplo, las relativas a la práctica de pruebas.⁷

Nótese que en la organización judicial venezolana existen varios tribunales de primer grado unipersonales que conocen del mismo asunto, pero con funciones diferentes de acuerdo a la fase del proceso; en ese sentido, el juez de juicio (penal, laboral y de adolescentes) debe presenciar la práctica de las pruebas, como garantía del principio de inmediación. Ahora bien, en los tribunales colegiados cuando actúan como órganos de segundo grado, se presentan inconvenientes sobre el alcance de las competencias probatorias de los jueces de sustanciación, cuando éstos no son ponentes o cuando ni siquiera integran el colegiado que decide sobre el mérito.⁸

III. ¿POR QUÉ LA SALA CONSTITUCIONAL EN PLENO DICTA DECISIONES QUE CORRESPONDEN AL JUZGADO DE SUSTANCIACIÓN?

Desde el 15 de diciembre de 2017, la Sala Constitucional no publica en su sitio de internet las decisiones del Juzgado de Sustanciación. Hasta esa fecha, se conocía que ese órgano a cargo del presidente de la sala, en la práctica ejercía funciones de trámite procesal. No decidía sobre peticiones cautelares ni el mérito de los casos.

7 Es el caso de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (cinco jueces integran esta sala y un juez diferente se encarga de la sustanciación) y también se observa en los juzgados regionales de la jurisdicción contencioso administrativa (tres jueces integran el tribunal y un juez diferente se encarga de la sustanciación).

8 Claramente, esa situación podría enfrentarse adecuadamente con una flexibilización del principio de inmediación, si se sustituye la identidad física del juez en determinados actos procesales probatorios, por ejemplo, mediante el uso de tecnología para su grabación. En ese caso, los jueces pueden tener acceso a la prueba oral de forma prácticamente directa.

El Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional se pronunciaba sobre la admisibilidad de las demandas y recursos cuando no contenían solicitudes cautelares, administraba de las fases del proceso, incluso lo referente a las pruebas, lo que era común, y realizaba diversos actos no referidos al mérito de los casos, tales como ordenar citaciones y notificaciones, solicitudes de información a los tribunales y otros órganos así como el pronunciamiento sobre la admisión de terceros.⁹

Ahora bien, la conformación actual de la sala, entre enero de 2016 y hasta marzo de 2019, ha publicado decisiones en pleno y principalmente unánimes, referentes a trámites procedimentales, que no resuelven el mérito de los casos, pero son reflejadas en su estadística anual, únicamente con la distinción de número de casos ingresados y decididos por meses de cada año, tal como se observa en el Gráfico 1.

9 Por ejemplo, en la sentencia n° 74 del 14 de diciembre de 2017 (caso: *Cervecería Polar, C.A.*), el Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional, admitió la prueba documental promovida por la demandante. Y en la sentencia n° 72 del 04 de diciembre de 2017 del Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional (caso: *José López Mendoza y Zdenko Seligo*), ese juzgado se pronunció sobre la admisión de terceros.

Gráfico 1. Informaciones publicadas por el Tribunal Supremo de Justicia
Sala Constitucional - Estadísticas del año 2018

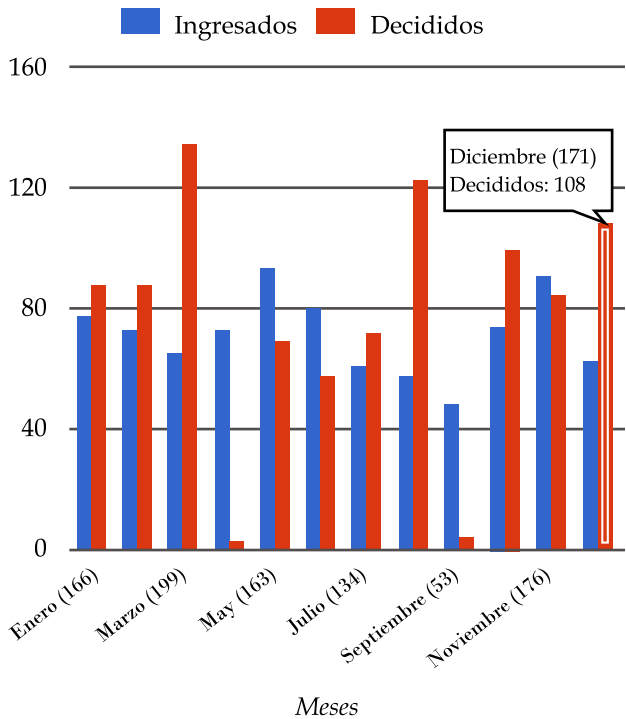


Gráfico 1 - Informaciones publicadas por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano.¹⁰

Fuente: Estadísticas de Gestión Judicial - Tribunal Supremo de Justicia.
Disponible en: <<http://www.tsj.gob.ve/estadisticas-de-gestion-judicial>>.
Acceso en 05 feb. 2019.

Nótese que las estadísticas parecen evidenciar que en promedio el número de casos decididos es mayor al número de casos nuevos ingresados en la sala. Sin embargo, el resultado puede ser diferente si se separan las sentencias publicadas entre decisiones de mérito y decisiones que no resuelven

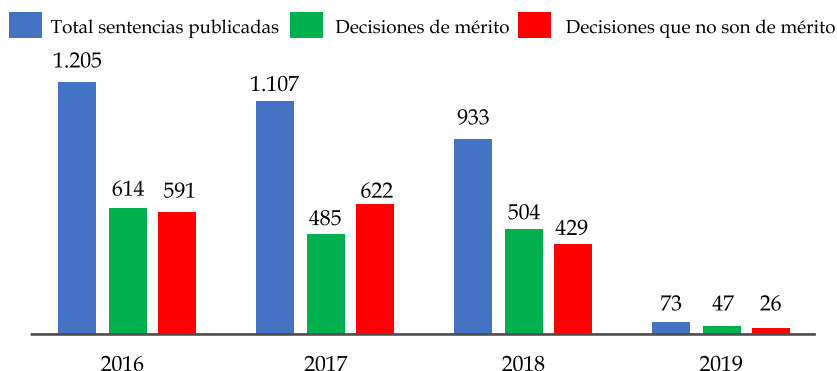
10 Se usó únicamente el año 2018 como referencia ya que todas las salas del Tribunal Supremo de Justicia desde el año 2000, siguen el mismo padrón para la publicación de sus estadísticas.

el mérito. Bajo esos criterios, incluso se verificó que un mismo caso contó con dos o más sentencias de trámite o sustanciación y que la estadística del Tribunal Supremo de Justicia reflejó como varios casos decididos.¹¹

Ciertamente, un proceso puede tener varias decisiones, pero si lo que se pretende es mostrar resultados más transparentes, es necesario precisar cuáles son las que resuelven el mérito y cuáles son interlocutorias o simples autos de trámite.

Estos factores no solo inciden en la percepción que la sociedad tiene sobre la productividad de la Sala Constitucional, sino que además sirven para identificar algunos aspectos importantes de la organización de tareas y la división del trabajo en esta corte. Esas cuestiones se ilustran en el Gráfico 2.

Gráfico 2. Sentencias publicadas por la Sala Constitucional en su conformación actual con distinción de tipo de decisiones por año



11 Por ejemplo, en el caso “Galadriel Corporation”, mediante la sentencia n° 186 del 12 de marzo de 2018, la sala solicitó información detallada sobre el asunto a un tribunal inferior, y en el mismo caso mediante la sentencia n° 621 del 10 de agosto de 2018, la sala en pleno y de forma unánime, ratificó lo requerido. Esta situación se observó en al menos ocho casos en el año 2018, nueve en el año 2017 y dos en el año 2016.

Gráfico 2 - Sentencias publicadas por la Sala Constitucional en su conformación actual con distinción del tipo de decisiones por año.¹²

Como puede observarse en el gráfico 2, en promedio el número de sentencias publicadas por la Sala Constitucional como “casos decididos” no es mayor al número de “casos nuevos ingresados”. Sin embargo, el gráfico 1 podría inducir al error de pensar i) que todas las sentencias publicadas son de mérito, y ii) que el número de sentencias publicadas es mayor al número de casos nuevos ingresados. Ambas conclusiones no pueden ser sustentadas.

Ciertamente, el mecanismo de búsqueda de sentencias en el sitio de internet del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, presenta varias dificultades y no es del todo eficiente, lo que se traduce en un serio problema de transparencia del tribunal.¹³

Entre las decisiones que no resuelven el mérito se encuentran diversas actuaciones que son esencialmente de trámite, entre las que resaltan las solicitudes dirigidas a las partes para la consignación de documentos y las órdenes para la corrección de peticiones, ordenes para la práctica de citaciones y

12 Se consideraron como decisiones de mérito aquellas que resuelven el fondo de la controversia, generalmente, identificadas por la Sala Constitucional como decisiones “procedentes” o “improcedentes”, “ha lugar” o “no ha lugar”, “sin lugar” o “con lugar” y “resuelto” el conflicto de competencia o “resuelta” la interpretación. Excepcionalmente, se sumaron a las sentencias de mérito aquellas mediante las cuales la Sala Constitucional en pleno conoce y decide sobre medidas cautelares, consideración a la práctica de la sala en ese ámbito. No se incluyó el año 2015 porque la conformación actual de la sala solo dictó cinco decisiones el 30 de diciembre de ese año, todas sobre el mérito y por unanimidad. El año 2019 se verificó hasta el día 28 de marzo.

13 Cf. LEGALE, Siddharta. O Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela e os males de origem do novo constitucionalismo latino-americano. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). *Cortes constitucionais e supremas cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 280.

notificar así como para fijar el día y la hora de las audiencias, la declaratoria de inadmisibilidad de demandas, recursos y solicitudes por incumplimiento de requisitos formales con precedentes consolidados, la terminación del proceso por abandono de trámite, la extinción de la instancia por pérdida del interés y la declinatoria de competencia.¹⁴ Esta situación se ilustra en el Gráfico 3.

-
- 14 Desde al año 2007 la Sala Constitucional ha decidido la terminación del proceso por abandono de trámite, incluso en casos no admitidos, por ausencia de actos del demandante que demostraran su interés. Cf.: Sentencia n° 349 del 11 de mayo de 2018 (caso: *Manuel Rodríguez Costa y otro*). Es un supuesto que no deja de llamar la atención, dado que el pronunciamiento sobre la admisión de la demanda es un acto típico del órgano jurisdiccional, que no requiere impulso de las partes, aunado a que existen otras formas de reducir la cantidad de casos (si eso es lo que se pretende). De cualquier forma, el precedente puede ser aplicado por el Juzgado de Sustanciación (o individualmente, por el magistrado ponente) y no necesariamente por la sala en pleno. Los recursos declarados inadmisibles por extemporáneos solo precisan un cómputo de los días transcurridos según la norma y su verificación en el calendario del tribunal, cf., entre otras, sentencia n° 671 del 18 de octubre de 2018 (caso: *Johanny Josué Hoyo Becerra y otro*). También la declaratoria de perención, se decide básicamente realizando cómputo para fijar la paralización del proceso por al menos un año sin impulso de las partes. Se trata de una actuación sin complejidad alguna. Cf., entre otras, sentencia n° 744 del 06 de noviembre de 2018 (caso: *Cámara de Comerciantes e Industriales y Afines de Charallave*). La declaratoria de inadmisibilidad del amparo interpuesto por correo electrónico que no es ratificado personalmente ante la sala en el lapso previsto, es un tipo de caso sin complejidad que implica aplicar solo un precedente del año 2011. Consúltese, entre otras, sentencia n° 595 del 10 de agosto de 2018 (caso: *Mairo Alexander Hernández Manriquez*). La misma situación se presenta en los reiterados casos de inadmisibilidad del amparo por falta de representación adecuada de los abogados actuantes. Véase, entre otras, sentencia n° 611 del 10 de agosto de 2018 (caso: *Manuel Alejandro Sarmiento*). También puede referirse la inadmisibilidad por imposibilidad de restitución de la situación jurídica denunciada como infringida por la ocurrencia de un hecho que es público y notorio, tales como un proceso electoral nacional. Cf. Sentencia n° 345 del 11 de mayo de 2018 (caso: *Francisco Isaac Becerra Herrera*). Y en cuanto al decaimiento del objeto, el reciente caso del amparo interpuesto contra el Decreto Presidencial de enero de 2018, referente al cese de la actividad comercial de Venezuela con Aruba, Curazao y Bonaire, en el cual se declaró el *decaimiento del objeto*, considerando que en abril del mismo año, el Presidente de la República ordenó reactivar esa

Gráfico 3. Sentencias que no son de mérito publicadas por la Sala Constitucional en su conformación actual por año

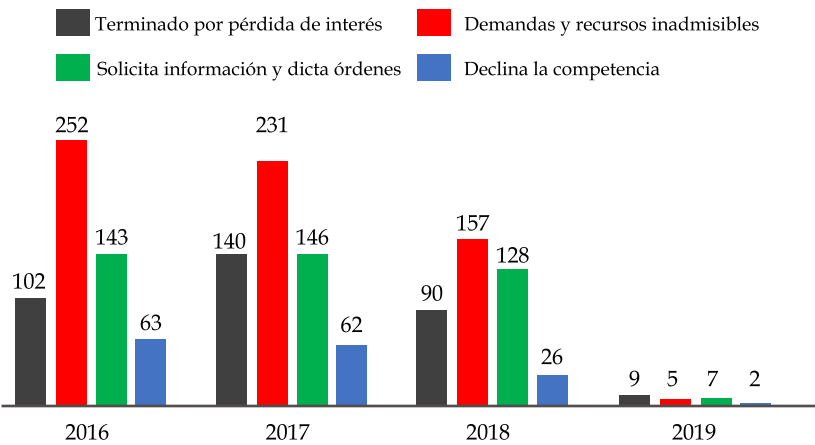


Gráfico 3 - Sentencias que no son de mérito publicadas por la Sala Constitucional en su conformación actual por año.¹⁵

Llama la atención que todas esas decisiones las dictó la Sala Constitucional en pleno, bajo las mismas reglas y prácticas que las decisiones de mérito, sin embargo, en esos casos las decisiones estaban relacionadas con actos procesales esencialmente de trámite por estar dirigidas a la organización, orden y dirección del proceso. Además, se refieren a temas para los que

ruta comercial. Cf. Sentencia n° 742 del 06 de noviembre de 2018 (caso: *José Gregorio Noroño y otro*).

15 El gráfico fue elaborado considerando el mayor número de decisiones que no resuelven el mérito del caso. Otras decisiones con esas características son las referidas a la homologación del desistimiento, la corrección de errores en nombres, números e informaciones, la orden de acumulación de expedientes, la perención de la instancia, la decisión sobre la intervención de terceros y la práctica de pruebas. La declinatoria de la competencia no se confunde con los conflictos y regulaciones de competencia resueltos por la sala que se consideraron como de decisiones de mérito. El año 2019 se verificó hasta el día 28 de marzo.

existen precedentes consolidados, de allí que su aprobación sea principalmente por unanimidad.¹⁶

Aunque el año 2019 se analizó hasta el mes de marzo, la tendencia parece ser la misma de los años anteriores de la conformación actual de la corte. Véase que entre las sentencias que dictó la sala en pleno en 2019, con evidente esencia de trámite, se encuentran asuntos relativos al desistimiento, corrección en la fecha de publicación de una sentencia, solicitudes de información o de copias, procesos terminados por abandono del trámite, declinatorias de competencia y amparos declarados inadmisibles en supuestos como la actuación sin asistencia jurídica, acumulación indebida y la desaparición evidente de la situación que generó la violación denunciada, así una declaratoria “sin lugar” de una apelación interpuesta en contra de una decisión que declaró inadmisibile un amparo por falta de documentos esenciales.¹⁷

Se entiende que la Sala Constitucional en pleno se pronuncie sobre la admisibilidad del recurso de revisión, porque la discrecionalidad sobre su admisión es de sala y no de su presidente en su función de Juez de Sustanciación. Sin embargo, en la mayoría de los casos las revisiones son declaradas inadmi-

16 Existen disidencias y concurrencias entre las decisiones que no resuelven el mérito, sin embargo, su número es muy bajo. En el año 2016 del total de 591 decisiones de trámite, se registraron dos votos separados, una disidencia y una concurrencia. En el año 2017 del total de 622 decisiones de trámite, se registraron ocho votos separados, cuatro disidencias y cuatro concurrencias. En el año 2018 del total de 429 decisiones de trámite, se registraron únicamente tres disidencias. Esto evidencia que existe consenso en la sala sobre la forma de decisión de esos actos de trámite.

17 Otro caso de febrero de 2019 que llama la atención es el relativo al amparo interpuesto contra una omisión de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. La Sala Constitucional argumentó que la demanda de amparo no es admisible cuando se trata de “decisiones” emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, no explicó lo que ocurre con las “omisiones” de pronunciamiento y declaró inadmisibile el amparo. Claramente no es lo mismo un amparo contra una sentencia que un amparo para instar la decisión del tribunal. Cf. Sala Constitucional: Sentencia n° 54 del 27 de febrero de 2019 (caso: *Humberto A. Gutiérrez*).

sibles por supuestos que constituyen actuaciones de sustanciación, por ejemplo, la ausencia de la consignación de copia de las sentencias impugnadas, la falta de representación adecuada o casos en los que la sentencia no es definitivamente firme.¹⁸

También es aceptable que, en algunos casos complejos, sea la sala en pleno la que excepcionalmente se pronuncie sobre la admisibilidad de algunas demandas y recursos. Tal como ocurrió en caso reciente en el cual se planteó un conflicto entre la justicia de una comunidad indígena y los tribunales ordinarios, para el juzgamiento de un delito de violencia en contra de una niña presuntamente cometido por un miembro de una comunidad indígena. Este caso se admitió como una demanda constitucional y no como un amparo ni como una revisión.¹⁹

Ahora bien, no parece coherente que sea la sala en pleno la que decida sobre la admisibilidad del amparo cuyas causales aparecen descritas en la ley del año 1988 y sobre las cuales existen precedentes consolidados.

De cualquier forma, resulta necesario comprender que el modelo *per curiam* no significa que obligatoriamente todas las decisiones de la corte deban ser dictadas por el colegiado en pleno. En todo caso, la Sala Constitucional podría dedicarse principalmente a resolver el mérito de los asuntos relevantes sometidos a su conocimiento. Por otro lado, considerando que la sala realmente no está decidiendo el mérito de los casos que muestra su estadística y eso significa los casos a la espera de decisiones de mérito aumentan cada año.

18 Sobre la inadmisibilidad de la revisión por falta de consignación de la totalidad de las actuaciones y no solo de la decisión que se somete a revisión, consúltese: Sentencia n° 337 del 10 de mayo de 2018 (caso: *Mirla Terán Castillo*). En cuanto a la inadmisibilidad de la revisión por ausencia de identificación y consignación, en original o copia certificada, del poder que faculta la actuación del abogado, véase: Sentencia n° 334 del 11 de mayo de 2018 (caso: *Cruz María Peraza Terán*).

19 Sala Constitucional: Sentencia n° 437 del 28 de junio de 2018 (caso: *Héctor José Solano Solano*).

En el Gráfico 4 se separan las decisiones de mérito y las de trámite, y se incorporan los casos nuevos ingresados, según el número total publicado por el Tribunal Supremo de Justicia. El número de sentencias publicadas anualmente se reduce cuando se realiza la distinción entre decisiones de mérito y de trámite, lo que hace más evidente la diferencia entre los casos decididos y los casos ingresados anualmente.

Gráfico 4. Sentencias publicadas por la Sala Constitucional en su conformación actual indicando casos nuevos ingresados y tipo de decisiones por año

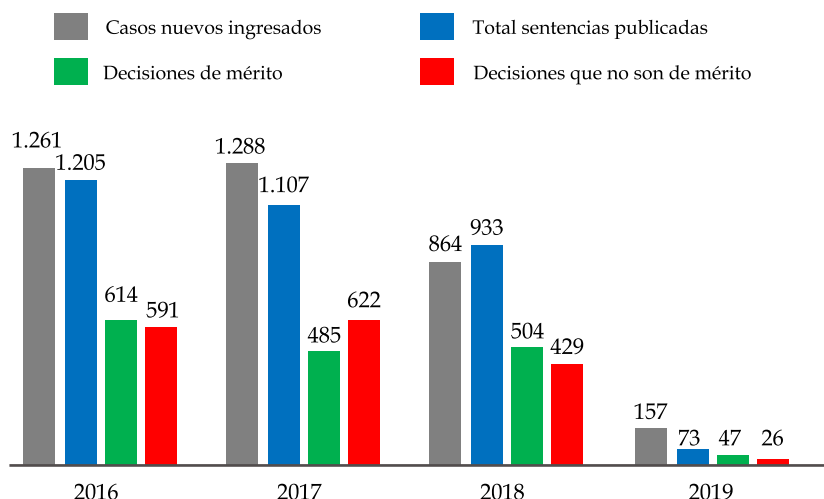


Gráfico 4 - Sentencias publicadas por la Sala Constitucional en su conformación actual indicando casos nuevos ingresados y tipo de decisiones por año.²⁰

20 No se incluyó el año 2015 porque la sala solo dictó cinco decisiones con su conformación actual el 30 de diciembre de ese año, todas unánimes y sobre el mérito. El año 2019 se verificó hasta el día 28 de marzo. La distinción ente decisiones de mérito y decisiones que no son de mérito se elaboró conforme los criterios descritos en la nota del gráfico 3. El número de casos nuevos ingresados por año es publicado por el Tribunal Supremo de Justicia.

Entonces, ¿Por qué la Sala Constitucional en pleno está dictando decisiones de sustanciación en algunos procesos? Al respecto algunas hipótesis podrían ser planteadas.

Por una parte, podría pensarse que el presidente de la sala está intentando otorgar poderes a cada magistrado en los procesos que actúan como ponentes para que el control y dirección de cada proceso no recaiga exclusivamente en el Juzgado de Sustanciación. Así, el presidente de la sala quien es al mismo tiempo Juez de Sustanciación, podría dedicarse a decidir sus propios casos considerando que también puede ser designado magistrado ponente al igual que el resto de sus colegas.

Desde esa óptica, el presidente podría desprenderse de una carga de trabajo que sería distribuida entre todos los magistrados, considerando que cada uno tiene a su disposición un grupo de empleados, tales como asistentes, secretarios y relatores, que lo auxilian en el cumplimiento de sus tareas dentro de la corte.²¹ En este supuesto, también disminuiría la carga de trabajo del Juzgado de Sustanciación.

El lado negativo puede estar en el aumento de la carga de trabajo para la sala en pleno y para la secretaría de la sala, que asumiría también cuestiones de trámite, como se observó en un alto número de procesos en todos los años de funcionamiento de la conformación actual de la corte.

En ese orden de ideas, parece contradictorio cuando la misma sala realiza llamados de atención a los abogados para que se abstengan de presentar escritos que “distraen la atención de la sala de su verdadera e importante labor jurisdiccio-

21 Es lo que ocurre en los órganos colegiados brasileños, cada juez tiene funciones de control, dirección e incluso decisión individual de cada caso que se le asigna. En ese sentido, véase: ZANETI JR., Hermes. Poderes do relator e precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932 IV e V. In: NUNES, D.; MENDES, A.; JAYME, F. (coords.) *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

nal y de asuntos que sí requieren de su urgente tutela” lo que “afecta el correcto desempeño de la administración de justicia”. Curiosamente este llamado de atención es una nota constante en muchas de las decisiones de la Sala Constitucional que no resuelven el mérito.²²

Probablemente, ese tipo de peticiones sí afecten el correcto desempeño de la administración de justicia, ahora bien, cuando la sala afirma que distraen su atención de la verdadera e importante labor jurisdiccional que debe ejercer, no observa que existen varios mecanismos para enfrentar esas situaciones. Por ejemplo, la delegación de las decisiones de trámite o aquellas para las que existen precedentes consolidados, en el Juzgado de Sustanciación o en los despachos de los magistrados, es decir, que la sala en efecto puede dedicarse a los asuntos que sí requieren de su urgente tutela y cumplir su verdadera e importante labor, pero para ello debe organizar el trabajo y dividir sus tareas adecuadamente. Esto implica principalmente desprenderse de la decisión de cuestiones de trámite o incluso de mérito cuando existen precedentes consolidados.

Claramente, ello mostrará que la sala decide una baja cantidad de casos por año, sin embargo, esa situación no necesariamente es negativa si lo que decide es el mérito de los casos relevantes y trascendentes para los que no existen precedentes consolidados.

Por otra parte, podría tratarse únicamente de una técnica de la conformación actual de la Sala Constitucional para cumplir con una estadística de decisiones dictadas frente a casos ingresados que tenga un impacto externo para mostrar una aparente eficiencia. Es aspecto que en ocasiones ha sido

22 Por ejemplo, véase, Sala Constitucional: Sentencia n° 531 de 04 de julio de 2016 (caso: *José Antonio Sánchez Bogari*). Además, en ese caso la solicitud fue declarada “improponible” que es una forma de declarar que la petición no se admite por no existir en el ordenamiento jurídico.

destacado como un logro²³, no observa que la eventual disminución en el número de sentencias publicadas puede ser una virtud en un corte constitucional, si efectivamente se trata de sentencias que resolvieron el mérito de un caso concreto y que además formaron precedentes.

Se trata esencialmente de selección adecuada de técnicas para la organización del trabajo y la división de tareas que debe ser enfrentado implementando adecuadamente el modelo de precedentes, haciendo uso de la solución que fue elaborada por la corte para un caso y aplicarla a los demás casos que exigen la misma respuesta por ser iguales o similares.²⁴

Bien, en primer lugar, el Juzgado de Sustanciación puede efectivamente desprenderse de algunas de sus competencias sobre el orden y dirección de los procesos para otorgárselas los magistrados ponentes quienes se acompañan de asistentes y secretarios. Ese primer punto podría ser más ventajoso que problemático. Ciertamente, en ese supuesto debe otorgarse competencia a los magistrados ponentes para decidir sobre la declinatoria de competencia, perención, abandono de trámite, decaimiento del objeto de los recursos y otras decisiones sobre la terminación del proceso sin resolución de mérito, así como

23 Como fue mencionado por la magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia en sus palabras de inicio del Año Judicial 2017: *"La Sala Constitucional, que garantizó la estabilidad de la República, dio ingreso a 1.261 causas, y dictó un total de 1.205 sentencias, orientadas a garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y con el sentido especial de brindar protección a los derechos constitucionales de la ciudadanía, en sus distintas expresiones."* Disponible en: <<http://www.tsj.gob.ve/web/tsj/aperturas-judiciales>>. Acceso en: 06 feb. 2019.

24 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*. Lima: Raguel, 2015. p. 75. Marinoni, hace referencia a la vinculación de los tribunales inferiores a los precedentes de las cortes supremas. La misma premisa puede ser aplicada para el funcionamiento de la Sala Constitucional, con respecto a la actuación individual de los magistrados con base en casos decididos por la sala en pleno. En este caso, estarían contribuyendo para el desarrollo del derecho en el contexto del modelo de precedentes.

el pronunciamiento sobre inadmisibilidad de las demandas, recursos y solicitudes que se interponen ante la Sala Constitucional, cuando sigan un precedente establecido por la sala en pleno.

El número de votos separados, disidentes y concurrentes, en la conformación actual de la Sala Constitucional, desde diciembre de 2015 hasta marzo de 2019, muestran que existe consenso en la Sala Constitucional sobre muchos temas. Las estadísticas evidencian que la unanimidad es la regla en esta Corte. Los votos disidentes representan un porcentaje muy bajo. Y es menor aún el número de votos concurrentes, circunstancia que en la práctica impone una barrera a la existencia de decisiones plurales.²⁵

Conviene destacar que la implementación de técnicas adecuadas para el orden, trámite y decisión de casos de la Sala Constitucional, además de mejorar el desempeño interno del órgano jurisdiccional, eventualmente tendrá efectos en la sociedad porque los ciudadanos que confían la solución de sus controversias en las instituciones encargadas de prestar el servicio público de administración de la justicia, esperan respuestas adecuadas, oportunas y efectivas.

También mejores prácticas internas resultarán en estadísticas más transparentes y precisas.²⁶ Cada magistrado con su

25 Las decisiones plurales que generan el fenómeno de la fragmentación, se producen cuando los jueces concuerdan con el resultado, pero no con el razonamiento utilizado por la mayoría. Cf. CORLEY, Pamela. *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*. New York: State University of New York Press, 2010. pp. 5-7.

26 En efecto, una política de transparencia sobre el desempeño de las cortes constitucionales permite a éstas fortalecer su legitimidad en la medida que establece condiciones para insertar a estos órganos en la lógica mínima de una democracia de control del poder mediante e sometimiento a una constante revisión y crítica. Cf. LÓPEZ NORIEGA, Saúl. *La Suprema Corte y su proceso de decisión: Ni transparencia ni calidad deliberativa*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2019. p. 14.

equipo tendría mejor control de los votos separados así como el tipo de decisiones que pronuncia, lo que posteriormente sería consolidado por el departamento de estadística de gestión judicial del Tribunal Supremo de Justicia.²⁷ La necesidad de transparencia y precisión de las estadísticas se maximiza debido a la privacidad que caracteriza el proceso decisorio de la Sala Constitucional.²⁸

Entonces, los precedentes además de ser una herramienta para la comunicación de los órganos jurisdiccionales con los actores externos en la medida en que deciden casos para garantizar la coherencia del orden jurídico, pueden ser considerados como uno de los criterios para organizar el trabajo y dividir las tareas dentro del tribunal.

IV. UNANIMIDAD Y MAYORÍA EN LA SALA CONSTITUCIONAL

En general, la Sala Constitucional, en su conformación actual y en el periodo analizado, desde el 30 de diciembre de 2015 hasta el 28 de marzo de 2019, utiliza dos formas para dictar sus sentencias, las ponencias conjuntas y las decisiones

27 En ese sentido, conviene agregar lo explicado por Oteiza, quien critica que las síntesis de decisiones son preparadas por funcionarios y no por los jueces que las dictan. Agrega que no se dan a publicidad a todas las sentencias sino solo un grupo de ellas consideradas de mayor interés. Cf. OTEIZA, Eduardo. El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América latina. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 136, jun./2006. Versión digital.

28 Existe una tendencia a implementar sistemas integrales de gestión de casos, mediante una institución central, liderada por las cortes supremas, y no solo conformada con técnicos sino también por juristas, dispuesta para asegurar la operatividad y aplicación uniforme de las nuevas tecnologías en los órganos jurisdiccionales mediante la publicación de datos electrónicos con libre acceso y herramientas de búsqueda específicas, para supervisar los tribunales inferiores y garantizar la unidad del ordenamiento jurídico. Cf. UZELAC, Alan. Supreme Courts in the 21st Century: Should organization follow the function? In: JOBIM, Marco; SARLET, Ingo (org.). *Precedentes judiciais: Diálogos transnacionais*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 12.

mayoritarias sin votos deparados, pero en esencia se trata de pronunciamientos unánimes. Esta situación se observa en el Gráfico 5.

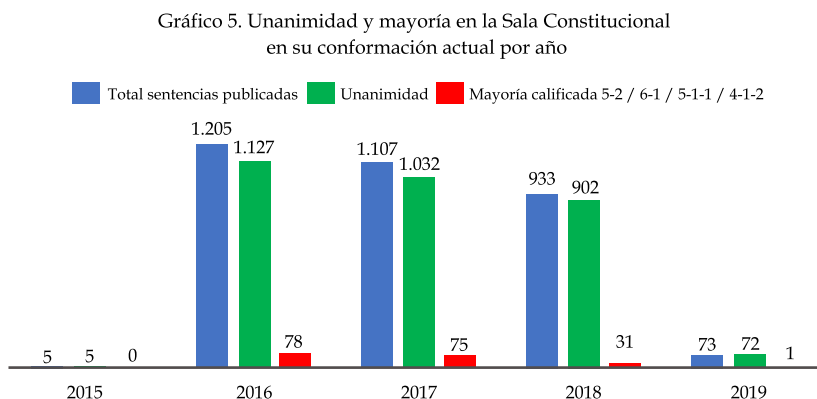


Gráfico 5 - Unanimidad y mayoría en la Sala Constitucional en su conformación actual por año.²⁹

Como se muestra en el gráfico 5, se evidenció que las disidencias, aunque excepcionales y limitadas en número, son mayores que las concurrencias. Se insiste, los votos disidentes o concurrentes no forman parte de las estadísticas del Tribunal Supremo de Justicia, forma que, únicamente pueden conocerse los votos disidentes y concurrentes consultando cada una las sentencias publicadas por el Tribunal Supremo de Justicia.

²⁹ Se verificaron las decisiones publicadas por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre de cada año, salvo el año 2019 en el que se realizó la búsqueda hasta el 28 de marzo. La sala con su conformación actual se constituyó el 30 de diciembre de 2015, fecha en la que solo se publicaron cinco sentencias, todas unánimes y de mérito, de allí el bajo número de decisiones reflejado. La unanimidad considera las ponencias conjuntas y las decisiones sin votos separados, disidentes o concurrentes. La mayoría calificada se entiende constituida cuando al menos cinco (5) magistrados votan por resultado con los mismos fundamentos, en ese sentido, disidencias y concurrencias son consideradas formas diferentes que impiden la conformación de la unanimidad.

En el año 2016, ingresaron a la Sala Constitucional mil doscientos sesenta y un (1.261) casos nuevos, y se publicaron mil doscientas cinco (1.205) sentencias. Se registraron sesenta y un (61) sentencias con votos disidentes, trece (13) de las cuales con el máximo de dos votos disidentes cada una, esto es, aprobadas por votación de 5-2.³⁰ Las demás sentencias publicadas en ese año contaron con votaciones de 6-1, es decir, mayoría calificada con un voto disidente, 5-1-1, esto es, mayoría calificada con un voto disidente y un voto concurrente³¹, y un caso de votación 4-1-2, que significa un voto concurrente y dos disidencias.³² Las restantes se aprobaron por unanimidad, bajo la forma de ponencia conjunta o mediante ponente sin votos separados. Las potencias conjuntas totalizaron dieciocho (18) sentencias.

En el año 2017, ingresaron a la Sala Constitucional mil doscientos ochenta y ocho (1.288) casos nuevos, y se publicaron mil cientos siete (1.107) sentencias. En total se registraron cincuenta (50) sentencias con votos disidentes, entre ellas, únicamente dos (2) con el máximo de dos votos disidentes cada

30 Sentencia n° 260 del 05 de abril de 2016 (caso: *Darwin José Blanco Mosquera*); sentencia n° 261 del 05 de abril de 2016 (caso: *Yen En Enrique Vicerra González*); sentencia n° 346 del 17 de mayo de 2016 (caso: *Fernando Antonio Jimenez Duarte*); sentencia n° 347 del 17 de mayo de 2016 (caso: *Darwin Ramón Lugo Sira*); sentencia n° 348 del 17 de mayo de 2016 (caso: *Richard Macey Gutiérrez González*); sentencia n° 416 del 30 de mayo de 2016 (caso: *Adalgisa María Ditta De Carruyo*); sentencia n° 417 del 30 de mayo de 2016 (caso: *Franklin José Rondón Moreno*); sentencia n° 486 del 28 de junio de 2016 (caso: *Ángel González y otros*); sentencia n° 487 del 28 de junio de 2016 (caso: *Giovanny Jesús Portillo Rondón*); todas relativas a la consulta de desaplicación por control difuso de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, en lo que respecta a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad. Y las sentencias n° 265 del 13 de abril de 2016 (caso: *Hotelera Sol, C.A.*); n° 342 del 06 de mayo de 2016 (caso: *Decoraciones J.J.M., S.R.L.*); n° 1.061 del 09 de diciembre de 2016 (caso: *Javier Alvarado y otro*); y n° 1.107 del 15 de diciembre de 2016 (caso: *Municipio Bolivariano Santiago Mariño*).

31 Por ejemplo, la sentencia n° 331 del 02 de mayo de 2016 (caso: *Pedro José Lara Arrieta*); y la sentencia n° 338 del 02 de mayo de 2016 (caso: *Eduardo Arturo Galán Pérez*).

32 La sentencia n° 331 del 02 de mayo de 2016 (caso: *Pedro José Lara Arrieta*).

una, esto es, aprobadas por votación de 5-2.³³ Las demás sentencias publicadas en ese año contaron con votaciones de 6-1, es decir, mayoría calificada con un voto disidente, 5-1-1, que significa mayoría calificada con un voto disidente y un voto concurrente³⁴, o se aprobaron por unanimidad, de las cuales sesenta y seis (66) fueron ponencias conjuntas.

En 2018, ingresaron a la Sala Constitucional un total de ochocientos sesenta y cuatro (864) casos nuevos, y se publicaron novecientas treinta y tres (933) sentencias.³⁵ Se registraron veintiún (21) sentencias con votos disidentes y ninguna decisión contó con más de un voto disidente, es decir, en ningún caso decidido en 2018 se registró una votación 5-2. Por lo general, se publicaron sentencias con votaciones de mayoría calificada con un voto disidente o votación 6-1, y un caso de mayoría calificada con un voto disidente y un voto concurrente o votación 5-1-1.³⁶ Se publicaron cuatro decisiones en la forma de ponencias conjuntas.

En 2019, hasta el 28 de marzo, ingresaron ciento cincuenta y siete (157) casos y se publicaron setenta y tres (73) sentencias. Se publicó un voto concurrente y no se registró ningún voto disidente.³⁷ En ese periodo se publicaron dos decisiones en la forma de ponencias conjuntas.

33 La sentencia n° 133 del 23 de marzo (caso: *Ender Urdaneta González*) y la sentencia n° 721 del 14 de agosto (caso: *Banesco Banco Universal, C.A.*).

34 Un caso 5-1-1, con un voto disidente de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán y un voto concurrente del magistrado Luis Fernando Damiani Bustillos, que aportó un elemento no considerado por la mayoría. Cf. Sala Constitucional: Sentencia n° 378 del 17 de mayo de 2018 (caso: *General Motors Venezolana C.A.*).

35 Cf. Estadísticas de Gestión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia. Disponible en: <<http://www.tsj.gob.ve/estadisticas-de-gestion-judicial>>. Acceso en: 05 feb. 2019.

36 Sala Constitucional: Sentencia n° 516 del 03 de agosto de 2018 (caso: *Expresos del Mar, C.A.*). Esta sentencia contó con un voto concurrente de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán y un voto del disidente de la magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson.

37 Voto concurrente de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en la sentencia n° 48 del 27 de febrero de 2019 (caso: *Miguelina Coromoto Martínez*

En efecto, la unanimidad pudiera esconder otros problemas, por ejemplo, la aversión al disenso que se produce cuando un juzgador, incluso discrepando de sus pares, por diversos factores prefiere suscribir la decisión mayoritaria a manifestar su opinión individual, y lo que sería un juicio por mayoría se podría convertir en una falsa decisión unánime porque los costos del disenso podrían superar sus ventajas.³⁸

En efecto, el tiempo es uno de los problemas que enfrentan los jueces en los órganos colegiados en cuanto a los votos separados, ya que deben organizar su trabajo para atender sus asuntos prioritarios y en ese orden, esas manifestaciones representan una carga de trabajo adicional que deben soportar.³⁹

Véase, aquello que en ocasiones puede ser visto como una falsa unanimidad, sería adecuado desde la perspectiva de la formación y aplicación de precedentes que es uno de los aspectos más importantes de las decisiones de los órganos jurisdiccionales colegiados de última instancia. Ello así, porque la sentencia que sea publicada será más o menos efectiva con respecto a los casos futuros en la medida que se definan claramente los fundamentos determinantes que soportan la decisión.

V. VOTOS DISIDENTES EN LA SALA CONSTITUCIONAL

Una disidencia es una opinión separada que diverge de la mayoría de un órgano jurisdiccional colegiado, así, es un

de Higuera), en amparo constitucional.

38 VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 268, jun./2017. Versión digital.

39 Con relación a la Corte Suprema estadounidense: Cf. GINSBURG, Ruth. Remarks on Writing Separately. *Washington Law Review*. vol, 65, n. 1, pp. 133-150, ene./1990. p. 142.

elemento saludable que se da naturalmente cuando la decisión de un caso importante corresponde a varios actores.⁴⁰

En un entorno colegiado, las opiniones divergentes entre los miembros de un tribunal frecuentemente terminan como opiniones disidentes.⁴¹ Ciertamente, es difícil que los miembros de una institución con múltiples miembros, compartan preferencias similares o casi idénticas.⁴² Ello, porque la diversidad y el pluralismo en la composición de los órganos colegiados amplían la posibilidad de tener varios enfoques para la comprensión de las controversias.⁴³

Las disidencias y concurrencias, consideradas en conjunto, son factores que evidencian algún tipo de desacuerdo en la corte. Por esas razones, la existencia de decisiones no unánimes en órganos colegiados es inevitable, más si se refiere a órganos que deciden cuestiones moral y políticamente polémicas.⁴⁴ Las disidencias en los tribunales supremos constituyen un mecanismo para vigilar que los responsables de la toma de decisiones sean respetados en su totalidad y actúen dentro de los límites del ordenamiento jurídico, para así recibir el reconocimiento público que les otorgue legitimidad democrática,

40 Cf. KELEMEN, Katalin. *Judicial Dissent in European Constitutional Courts: A Comparative and Legal Perspective*. Abingdon: Routledge, 2017. E-book. Capítulo I, Ítem 1. Judicial dissent and dissenting opinions: A definition.

41 EDWARDS, Harry. The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making. *University of Pennsylvania Law Review*. vol. 151, n. 5. pp. 1639-1690, 2003. p. 1645. Disponible en: <https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol151/iss5/1/>. Acceso en: 06 ago. 2018.

42 GERHARDT, Michael. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press. 2008. p. 103.

43 VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: Colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 47.

44 SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: Os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. núm. 47, pp. 205-225, jul-dez./2015. p. 205. Disponible en: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/605>>. Acceso en: 16 nov. 2017.

de allí la importancia del disenso en proceso judicial de toma de decisiones.⁴⁵

Así, la forma por excelencia de manifestar algún desacuerdo con la decisión adoptada por el colegiado, son los votos separados, bien sean disidentes o concurrentes que apoyan únicamente el resultado del juzgamiento. Las disidencias están presentes en las decisiones mayoritarias y siempre representan una minoría. Las opiniones disidentes implican un total desacuerdo con la posición de la mayoría. Ahora bien, las disidencias dialogan con el voto vencedor con la pretensión de identificar los problemas de la opinión mayoritaria.⁴⁶

Los votos disidentes tienen una función esencial en la teoría de los precedentes porque sirven para auxiliar en la identificación de los fundamentos determinantes y prepara las condiciones para la eventual superación del entendimiento de la mayoría.⁴⁷ En ocasiones, una disidencia puede ser tan persuasiva que atrae los votos necesarios para eventualmente convertirse en la opinión mayoritaria; la opinión disidente también tiene efectos en los demás poderes públicos, por ejemplo, al motivarlos a tomar medidas inmediatas como modificaciones legislativas.⁴⁸

De hecho, las opiniones disidentes cumplen funciones dentro del mismo órgano colegiado, en el sentido que promue-

45 Cf. ALDER, John. Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices? *Oxford Journal of Legal Studies*. Volume 20, Issue 2, jun./2000. p. 246. Disponible en: <<https://doi.org/10.1093/ojls/20.2.221>>. Acceso en: 09 oct. 2018.

46 Cf. MARTINEZ, Antonio. Voto de vencido: Causas e aversão. Uma análise dos votos de vencidos no Tribunal Constitucional português. *Revista Scientia Iuridica*. Tomo LXVII, n. 347. Braga: Universidade do Minho, mayo-ago./2018. p. 31. Disponible en: <<https://independent.academia.edu/AntonioLopoMartinez>>. Acceso en: 27 dic. 2018.

47 ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 946. In: CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1375.

48 GINSBURG, R.; HARTNETT M.; WILLIAMS W. *My Own Words*. New York: Simon & Schuster, 2016. Versión digital, pp. 463-472.

ven la deliberación y mejoran las decisiones, toda vez que los argumentos de un desacuerdo ponen a prueba la fortaleza de los argumentos de los demás integrantes, lo cual guarda relación con la obligación de la fundamentación de las decisiones; en el ámbito externo, los disidentes son guías importantes para la interpretación por los tribunales inferiores, las partes y los demás interesados, sin que sea modificado el resultado elegido por la mayoría ni las razones por las cuales ese resultado fue emitido.⁴⁹ La publicación de disidencias también puede verse como una forma de garantizar la transparencia, credibilidad y legitimidad de la toma de decisiones de la nueva corte.⁵⁰

En la conformación actual de la Sala Constitucional venezolana, la disidencia representa un porcentaje mínimo, en ningún año se superó el 5% anual de votos disidentes.⁵¹ En el año 2016, del total de mil doscientas cinco (1.205) sentencias publicadas, cuarenta y ocho (48) contaron con al menos un voto disidente y trece (13) registraron dos disidencias.⁵² En el año 2017, del total de mil ciento siete (1.107) sentencias publicadas, cuarenta y ocho (48) contaron con al menos un voto disidente y dos registraron dos disidencias.⁵³ En el año 2018, veintiún (21) del total de novecientas treinta y tres (933) sentencias publica-

49 KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The one and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*. vol. 81, n. 1, 1993. p. 9. Disponible en: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol81/iss1/1/>>. Acceso en: 30 jun. 2018.

50 Cf. KELEMEN, Katalin. Dissenting opinions in constitutional courts. *German Law Journal*. v. 14, n. 8, pp. 1346-1372, 2013. pp. 1365-1366. Disponible en: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-14-no-08/>>. Acceso en: 06 ago. 2018.

51 Las estadísticas del Tribunal Supremo de Justicia, no discriminan las sentencias con votos disidentes, sin embargo, la información puede ser conferida al consultar las sentencias publicadas en cada año. Disponible en: <<http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#1>>. Acceso en: 05 feb. 2019.

52 En 2016, trece (13) del total de decisiones, se publicaron el máximo permitido de dos votos disidentes. Cincuenta y tres (53) votos disidentes correspondieron a la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, y dieciocho (18) a la magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson.

53 En 2017, únicamente dos (2) del total de decisiones, se publicaron con el máximo de dos votos disidentes. En cuanto a los jueces, veintiocho (28)

das contaron con al menos un voto disidente.⁵⁴ Y en 2019 hasta el 28 de marzo, no se registraron disidencias entre las setenta y tres (73) sentencias publicadas. En este sentido, obsérvese el Gráfico 6.

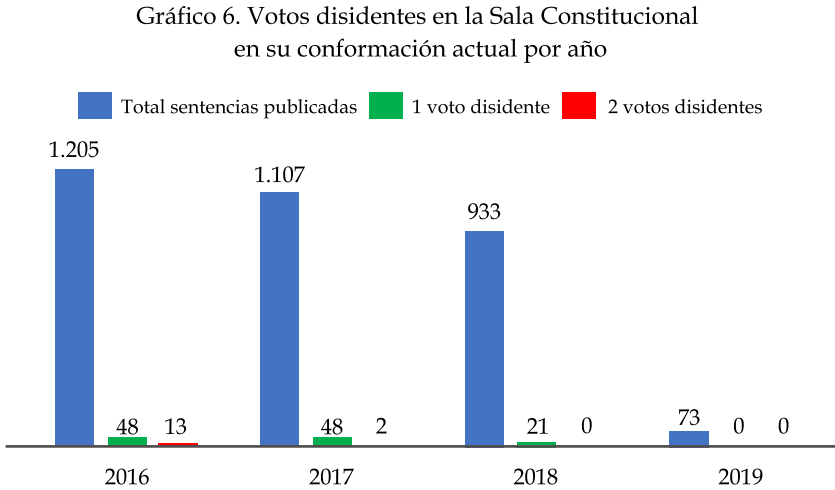


Gráfico 6 - Votos disidentes en la Sala Constitucional en su conformación actual por año.⁵⁵

De cualquier forma, un ejemplo puede ser observado. El precedente establecido por la Sala Constitucional venezolana en la sentencia n° 1675 del 17 de diciembre de 2015 (caso: *Gabriela del Mar Ramírez Pérez*), respecto de la validez jurídica de la pena de sujeción a vigilancia de la autoridad, en lo que respecta al

votos disidentes correspondieron a la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, y trece (13) a la magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson.

54 En 2018, el mayor número de disidencias, lo registró la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, con un total de quince (15) votos disidentes. Ninguna sentencia publicada ese año, contó con más de un voto disidente.

55 Se verificaron las decisiones publicadas en el sitio en internet del Tribunal Supremo de Justicia desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre de cada año, salvo el año 2019 en el que se realizó la búsqueda hasta el 28 de marzo. La sala con su conformación actual se constituyó el 30 de diciembre de 2015, fecha en la que solo se publicaron cinco sentencias, todas unánimes y de mérito.

deber de los penados a presidio y prisión a informar sobre su lugar de residencia y cualquier cambio que efectúe hasta que culmine esa pena, fue un caso que generó disidencias en los años 2016 y 2017.

La primera disidencia fue escrita por la magistrada Carmen Zuleta de Merchán en la sentencia n° 177 del 14 de marzo de 2016. Luego se le unió la magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson. Seguidamente, esas dos magistradas consignaron votos disidentes en diversas oportunidades, específicamente en las sentencias números 346, 347 y 348 del 17 de mayo, 416 y 417 del 30 de mayo, 486 y 487 del 28 de junio, y 918 del 01 de noviembre. Y en 2017, en la sentencia n° 133 del 23 de marzo de 2017.

Sin embargo, en los meses restantes del año 2017 y en el año 2018, no se observaron sentencias tratando el caso, probablemente porque el tema se estabilizó, es decir, que los tribunales inferiores ajustaron su actuación al criterio vinculante establecido. Se trata de un caso que puso a prueba la regla de votación mínima para la aprobación de las decisiones de 5-2 de la Sala Constitucional, pero que no negó el ejercicio de los votos disidentes.

El desacuerdo es una señal de flexibilidad y libertad judicial que fundamental para el desarrollo del derecho, permitir que los jueces articulen sus posiciones individuales en ocasiones puede ser más valioso que la insistencia en acuerdos superficiales; se argumenta también que los votos que se encuentran en la minoría libera a los jueces para participar en análisis más innovadores y creativos así como para abordar cuestiones más controvertidas e inestables, toda vez que están conscientes que sus puntos de vista al menos en ese momento, no serán considerados vinculantes por los tribunales inferiores aunado a que la diversidad de opiniones pueden ofrecer criterios para distinguir casos futuros y al proporcionar teorías de las que se

pueden derivar líneas de razonamiento alternativas en casos futuros.⁵⁶

VI. VOTOS CONCURRENTES EN LA SALA CONSTITUCIONAL

En la práctica, la Sala Constitucional venezolana, principalmente dicta decisiones que reflejan unanimidad, lo que significa que en sus opiniones el resultado y los fundamentos que lo soportan son coincidentes, bien sea que se trate de las ponencias conjuntas o en las que la unanimidad se deduce por la inexistencia de votos separados. Las decisiones con votos concurrentes son mínimas y nunca, en la conformación actual, se publicó una sentencia con más de un voto concurrente.

Las disidencias y las concurrencias, son factores que evidencian algún tipo de desacuerdo en la corte. Ahora bien, la fragmentación o dispersión de fundamentos, es precisamente un problema que generan únicamente los votos concurren-

56 NOVAK, Linda. The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions. *Columbia Law Review*. vol. 80, número 4, may./1980. p. 760. Disponible en: <<http://www.jstor.org/stable/1122139>>. Acceso en: 09. feb. 2018. Pasquino sostiene que los votos disidentes o concurrentes, deberían ser anónimos, o usados muy limitadamente; el abuso de las disidencias resulta ser contrario al espíritu de una corte neutral. El uso excesivo de estos votos convierte a la Corte en un órgano partidista, en el cual cada uno de sus integrantes está más preocupado por defender su propia teoría de la interpretación, más que por una solución colectiva y consensuada de las cuestiones y casos que el tribunal debe decidir. Cf. PASQUINO, Pasquale. ¿Cómo deciden las Cortes Constitucionales? *Revista Jurídica Precedente*. vol. 9 Cali. pp. 9-43. jul.-dic./2016. Disponible en: <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2424>>. Acceso en: 26 en. 2018. p. 40. Al respecto, Vale sostiene que pesar de las siempre existentes posiciones contrarias o reticentes al uso abusivo de los votos disidentes, se reconoce que estas desempeñan un papel crucial en la deliberación de los tribunales constitucionales porque tienen un impacto relevante en el transcurso de la deliberación dentro del tribunal. Cf. VALE, André do. *Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015. p. 124.

tes. Ello debido a que las decisiones plurales que generan el fenómeno de la fragmentación se producen cuando los jueces concuerdan con el resultado pero no con el razonamiento utilizado por la mayoría.⁵⁷

En esencia, una opinión concurrente expresa un razonamiento alternativo para alcanzar el resultado, esto es, complementan o proporcionan nuevos argumentos sobre el caso⁵⁸, y sirven esencialmente para las eventuales modificaciones en la opinión del tribunal.⁵⁹ Generalmente, se escriben para limitar, expandir, aclarar o cambiar los fundamentos de una opinión, por ello, brinda orientación a los tribunales inferiores sobre cómo interpretar y aplicar a situaciones fácticas en el futuro. En efecto, los jueces se preocupan por los fines y los medios. Las concurrencias proveen una manera para que los jueces expresen sus puntos de vista sobre la ley y para entablar un diálogo de ley entre ellos, la comunidad legal, la población y los demás poderes públicos.⁶⁰

Así, las opiniones concurrentes cumplen funciones internas, en el sentido que promueven la deliberación y mejoran las decisiones, toda vez que los argumentos de un desacuerdo ponen a prueba la fortaleza de los argumentos de los demás integrantes; en el ámbito externo, los votos concurrentes son guías importantes para la interpretación a ser usados los tribunales inferiores, las partes y los demás interesados, sin que sea

57 Cf. CORLEY, Pamela. *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*. New York: State University of New York Press, 2010. pp. 5-7.

58 KELEMEN, Katalin. Dissenting opinions in constitutional courts. *German Law Journal*. v. 14, n. 8, pp. 1346-2, 2013. p. 1366. Disponible en: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-14-no-08/>>. Acceso en: 06 ago. 2018.

59 BAUM, Laurence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987 [1985]. p. 183-185.

60 CORLEY, Pamela. *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*. New York: State University of New York Press, 2010. pp. 92-99.

modificado el resultado elegido por la mayoría ni las razones por las cuales ese resultado fue emitido.⁶¹

De forma que, cuando existen votos concurrentes, es necesario descifrar, además del fundamento que determina el alcance de la solución al problema interpretativo enfrentado por el colegiado, el número de jueces que a él se adhiere.⁶²

En la Sala Constitucional venezolana, una opinión concurrente constituye un voto a favor de la ponencia, en el sentido que coincide con la conclusión sostenida por el juez ponente pero se sustenta en argumentos adicionales o distintos.⁶³ En ese sentido, las reglas sobre *quorum* se enfocan en el resultado del juzgamiento, esto es, el número de votos que apoya una conclusión, y no en el contenido de los votos, es decir, en los fundamentos que cada juez adopta.

Así, los votos concurrentes en la Sala Constitucional pueden ser explicados un aspecto cuantitativo y otro cualitativo.⁶⁴ El aspecto cuantitativo, implica un acuerdo con la

61 KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The one and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*. vol. 81, n. 1, 1993. p. 9. Disponible en: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol81/iss1/1/>>. Acceso en: 30 jun. 2018.

62 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento Colegiado e Precedente. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 264, feb./2017. Versión digital.

63 Conforme lo establece el artículo 62 del Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia, (*publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 38.496 del 9 de agosto de 2006*).

64 La idea se inspira en la división que se propone para la conformación de mayorías cuando existen divergencias entre los votos sobre cuestiones específicas en el juzgamiento colegiado brasileño. En las cuantitativas, la solución se ubica en el punto medio de un valor a indemnizar; y, en las cualitativas, la solución estaría en nuevas votaciones pero con reducción de las opciones con menos apoyo. En ese sentido, consúltese: CÂMARA, Alexandre Freitas. A complementação de julgamentos não unânimes e a dispersão de votos. *Revista Consultor Jurídico*. Publicado el 16 de marzo de 2017. Disponible en: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-16/alexandre-camara-complementacao-julgamentos-nao-unanimes>>. Acceso en: 18 feb. 2019. MARANHÃO, Clayton. Da ordem dos processos nos tribunais. In:

conclusión o el resultado del juzgamiento, lo que se traduce en uno o más votos que se suman a la mayoría; se trata de una óptica puramente aritmética que está implícita en las reglas de funcionamiento del tribunal.

El aspecto cualitativo, se refiere a la posibilidad de los jueces concurrir con el resultado pero no con sus fundamentos⁶⁵, explicar o ampliar aspectos de la decisión, e incluso agregar elementos no considerados por la mayoría.⁶⁶ Nótese que en la Sala Constitucional no existen concurrencias regulares como en la Corte Suprema estadounidense. Una concurrencia regular, implica una coincidencia con el resultado y con los fundamentos de la opinión, a diferencia de las concurrencias especiales, en las que se concuerda con el resultado pero no con el razonamiento utilizado por la opinión mayoritaria.⁶⁷

NERY JR Nelson; ARRUDA ALVIM Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins - v. 13*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

65 Por ejemplo, en el caso *Cooperativa Rivirib 2 RL* (sentencia n° 360 del 11 de mayo de 2018), la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, concurrió con el resultado de la revisión constitucional interpuesta (declarada *no ha lugar*), pero no compartió los fundamentos de esa decisión argumentando que existió un acuerdo entre las partes para efectuar el desistimiento de ese proceso. En el caso *Multicauchos Rosan C.A.*, (sentencia n° 462 del 02 de julio de 2018), la magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson, consignó voto concurrente sobre la admisión de un amparo, pero argumentó sobre la motivación de la medida provisoria acordada; no negó su proveimiento (ese hecho convertiría el voto en una concurrencia parcial o en una disidencia), sin embargo, discutió su fundamentación con base en los precedentes de la sala en esa materia.

66 Véase que en el caso *General Motors Venezolana C.A.* (sentencia n° 380 del 17 de mayo de 2018), el magistrado Luis Fernando Damiani Bustillos, consignó voto concurrente y agregó un elemento con respecto a la protección de los trabajadores, aspecto no incorporado por la mayoría en la decisión, que conoció la apelación de un amparo interpuesto en contra de una sentencia contraria a los intereses de esa empresa. Y en el caso *Giuseppe De Pinto Verni* (sentencia n° 739 del 30 de octubre de 2018), el mismo magistrado, concurrió con el resultado del juzgamiento de la solicitud en avocamiento, pero agregó que la sala debió ejercer una revisión constitucional de oficio.

67 Cf. CORLEY, Pamela. *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*. New York: State University of New York Press, 2010. pp. 5-7. Véase también: KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. *The one and the*

En la Sala Constitucional venezolana, los votos separados solo se usan para disentir o para concurrir con fundamentos diversos, es decir, las concurrencias siempre son especiales. En todo caso, el acuerdo con la conclusión y con sus fundamentos que implicaría una concurrencia regular en la Corte Suprema estadounidense, en Venezuela los jueces de la Sala Constitucional lo manifiestan al colocar su firma al final de las sentencias.

La forma de votar con el ponente en la Sala Constitucional es mediante la firma de la sentencia, que se entiende ha sido debatida en la sesión privada de juzgamiento.

La Sala Constitucional con su conformación actual, publicó sus primeras decisiones el 30 de diciembre de 2015. Ese día se publicaron las únicas cinco sentencias de ese año con esa conformación. Ningún voto separado fue publicado. En el año 2016, la sala publicó mil doscientas cinco (1.205) sentencias de las cuales diecisiete (17) contenían votos concurrentes.⁶⁸ En 2017 se publicaron mil ciento siete (1.107) sentencias y solo veinticinco (25) de ellas contenían votos concurrentes⁶⁹. En 2018 se publicaron en total novecientas treinta y tres (933) sentencias y únicamente once (11) de esas contenían votos concurrentes.⁷⁰ Y en 2019, hasta el día 28 de marzo se habían dictado setenta y

Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*. vol. 81, n. 1, 1993. p. 8, nota 14. Disponible en: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol81/iss1/1/>>. Acceso en: 30 jun. 2018.

68 En el año 2016, quince (15) del total de diecisiete (17) votos concurrentes, los consignaron las magistradas Carmen Zuleta de Merchán y Lourdes Benicia Suárez Anderson; la primera sumó ocho (8) y la segunda, siete (7).

69 En el año 2017, veintidós (22) del total de veinticinco (25) votos concurrentes, los consignaron las magistradas Carmen Zuleta de Merchán y Lourdes Benicia Suárez Anderson; la primera sumó trece (13) y la segunda, nueve (9).

70 En el año 2018, los diez (11) votos concurrentes se dividieron así: Cuatro (4) Luis Fernando Damiani Bustillos; cuatro (4) Carmen Zuleta de Merchán; dos (2) Lourdes Benicia Suárez Anderson; y uno (1) Juan José Mendoza Jover. Cabe aclarar que tres de los cuatro votos concurrentes del magistrado Luis Fernando Damiani Bustillos, se consignaron en el amparo, apelación de amparo y solicitud de avocamiento del caso *General Motors venezolana, C.A.*, y su contenido es idéntico.

tres (73) sentencias y solo una con un voto concurrente.⁷¹ Esa situación se ilustra en el Gráfico 7.

Gráfico 7. Votos concurrentes en la Sala Constitucional
en su conformación actual por año

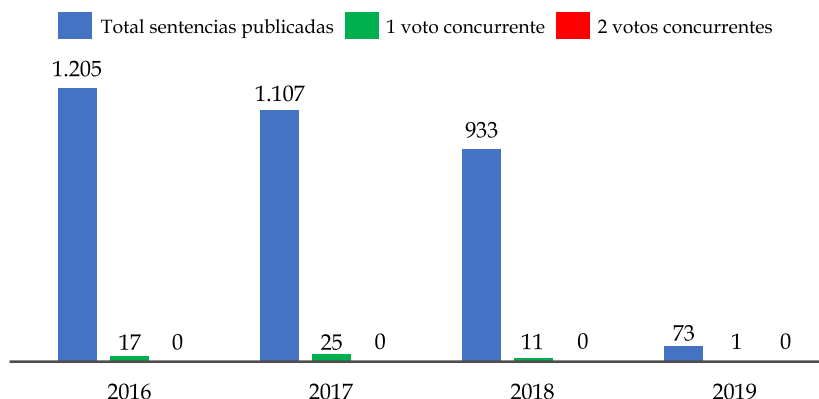


Gráfico 7 - Votos concurrentes en la Sala Constitucional en su conformación actual por año.⁷²

En esos años ninguna decisión contó con más de un voto concurrente.⁷³ Eso confirma que, en la conformación actual y en el periodo verificado, la ocurrencia de fragmentación o dispersión de fundamentos, aunque en teoría es posible, es poco probable.

71 Voto concurrente de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en la sentencia n° 48 del 27 de febrero de 2019 (caso: *Miguelina Coromoto Martínez de Higuera*), en amparo constitucional.

72 Se verificaron las decisiones publicadas en el sitio en internet del Tribunal Supremo de Justicia venezolano desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre de cada año, salvo el año 2019 en el que se realizó la búsqueda hasta el 28 de marzo. La sala con su conformación actual se constituyó el 30 de diciembre de 2015, fecha en la que solo se publicaron cinco sentencias, todas unánimes.

73 Toda la información puede ser verificada mediante la consulta de las sentencias publicadas por el Tribunal Supremo de Justicia en su sitio oficial en internet. Disponible en: <<http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones>>. Acceso en: 12 feb. 2019.

¿Por qué no se consignan más de dos votos concurrentes que acompañen al ponente?

Recuérdese que existe un impedimento implícito en las reglas de votación de la Sala Constitucional: No puede haber decisiones con más de dos votos disidentes. Ello, considerando que las sentencias se aprueban con al menos cinco votos cuando el *quorum* sea de siete magistrados, lo que se conoce como la regla de mayoría absoluta o votación 5-2.

Entonces, si los votos concurrentes se suman al resultado del juzgamiento, el impedimento implícito contenido en la regla de mayoría absoluta solo puede ser aplicable a las disidencias. Así, las concurrencias estarían restringidas solo por práctica de la corte que podría estar dirigida a evitar la fragmentación.

Los votos concurrentes no pretenden modificar el resultado contenido en el dispositivo de la sentencia, sino que contienen fundamentos diversos a los adoptados por la mayoría para llegar a su conclusión. Ciertamente, una opinión concurrente no incorpora una norma en el ordenamiento jurídico, es simplemente el anuncio de un juez sobre cómo decidiría el caso para eventualmente convencer a la mayoría de sus colegas.⁷⁴

En ese sentido, el punto común de los votos concurrentes es que no afectan el resultado. Desde la óptica del aspecto cuantitativo, la regla sobre *quorum* pasaría la prueba de tener más de dos votos concurrentes. Piénsese, por ejemplo, en una sentencia con cuatro concurrencias que acompañen al ponente y dos disidencias, ese escenario resultaría en una votación 5-2. La sentencia sería aprobada por la mayoría calificada requerida por la norma.

74 Cf. KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. Unpacking the court. *The Yale Law Journal*. vol. 96, n. 1, 1986. p. 110. Disponible en: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7038&context=ylj>>. Acceso en: 30 jun. 2018.

Ahora bien, desde la perspectiva del aspecto cualitativo, tal posibilidad podría generar inconvenientes para la formación de precedentes, porque en teoría, podrían existir hasta seis concurrencias, una por cada magistrado que concurre.⁷⁵

Visto que las concurrencias aportan fundamentos distintos para el resultado del juzgamiento proyectado por el ponente, incluso puede pensarse en un escenario que agrupe seis concurrencias en tres grupos, cada uno apoyando fundamentos diversos, aunque coincidan con la conclusión del ponente. Ello resultaría en una votación que aprobaría la sentencia por unanimidad en su aspecto cuantitativo, mediante 7 votos, pero que no formaría un precedente, ya que en su aspecto cualitativo la votación sería de 2-2-2-1.

En otro ejemplo, podría tenerse una votación que constituya la mayoría calificada para la aprobación de la sentencia, pero con dos disidencias, esto es, 5-2, en su aspecto cuantitativo, sin embargo, si se consignan cuatro concurrencias y se ordenan en dos grupos según el entendimiento diverso de los fundamentos, se tendría una votación 2-2-1-2, lo que significa que no se formaría un precedente por ausencia de convergencia mayoritaria sobre los fundamentos, con base en el aspecto cualitativo.

Entonces, en teoría la dispersión de fundamentos en el modelo *per curiam* venezolano es posible, no existe impedimento en el ordenamiento para que más de votos concurrentes sean consignados en una sentencia. Sin embargo, la práctica de la conformación actual muestra que las sentencias que contienen concurrencias, se limitan a un voto concurrente, lo que evidencia en teoría una corte con tendencia a la formación de

75 Marinoni explica la dispersión de fundamentos usando como ejemplo en un tribunal de seis miembros; el ejemplo puede ser adaptado a la corte venezolana con siete jueces. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*. Lima: Raguel, 2015. p. 145.

precedentes, que acepta la potencialidad de los votos concurrentes.

En ese sentido, los tribunales inferiores deban leer y analizar la opinión mayoritaria así como las opiniones concurrentes para comprender cómo aplicar el precedente al caso que tienen ante sí, dado que los jueces concurrentes en cierta medida realizan una interpretación de la opinión de la mayoría.⁷⁶

No deja de llamar la atención el voto concurrente expresado en la sentencia n° 153 del 9 de febrero de 2018.⁷⁷ La Sala Constitucional declaró “ha lugar” la revisión de una sentencia de la Sala Político Administrativa, anuló parcialmente la sentencia revisada, únicamente en lo que respecta a los daños materiales y morales reclamados, y ordenó a la Sala Político Administrativa que dictase una nueva decisión sobre la procedencia de los daños reclamados.

Ahora bien, el voto separado sostiene que la nulidad debió referirse a su totalidad y ordenarse la emisión de un nuevo pronunciamiento, lo que podría incluir la fijación de los efectos del fallo en el tiempo y eventualmente, el mantenimiento de la pensión de sobreviviente para garantizar la protección al derecho a la seguridad social del solicitante.

Entonces, ¿Los votos concurrentes apoyan el resultado, pero aportan fundamentos diferentes? ¿Puede decirse que en este caso la decisión fue aprobada por los votos de siete magistrados? Los votos concurrentes apoyan el resultado y contienen un aporte para los fundamentos determinantes porque los explican o amplían. En este caso la magistrada consignó un voto que no apoya el dispositivo, esto es, la conclusión o el

76 Cf. CORLEY, Pamela. *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*. New York: State University of New York Press, 2010. pp. 5-7.

77 Sala Constitucional: Sentencia n° 153 del 9 de febrero de 2018 (publicada el día 16 de ese mes y año) (Caso: *Eglé Josefina Cedeño Vásquez*), en revisión; voto concurrente de la magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson.

resultado del juzgamiento, sino que concuerda con los fundamentos sustentados por la mayoría. Siendo así, esta decisión fue aprobada por seis magistrados.

Piénsese, si por regla, los votos concurrentes son sumados al resultado del juzgamiento, en este caso no podría sumarse el voto separado porque la verdad no concurre con la decisión de la mayoría. Se trató, técnicamente, de un voto disidente.⁷⁸

VII. CONCLUSIONES

Con base en la investigación efectuada, que consideró la conformación actual de la Sala Constitucional en el período diciembre de 2016 hasta marzo de 2019, se evidenció la existencia de una publicación limitada de las estadísticas de éste órgano por parte del Tribunal Supremo de Justicia, que atenta contra la transparencia de la actuación judicial y la publicidad del precedente, lo cual se traduce en definitiva en nuevos argumentos para cuestionar la legitimidad de la Sala Constitucional.

No puede seguirse alimentando la idea inocencia o ignorancia de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

78 En otra decisión, el magistrado Juan José Mendoza Jover, manifestó “su disentimiento parcial” y expresó “su voto concurrente”; en el caso, la sala decidió por mayoría de seis votos aprobar la decisión vinculante en cuanto a la exigibilidad con “carácter retroactivo del pago de la obligación de manutención impuesta por vía judicial, desde la fecha en que se haya interpuesto la demanda”. Ahora bien, el magistrado que consignó su voto separado, estimó que el derecho de manutención debe ser reconocido desde el momento del nacimiento y no desde la interposición de la demanda. La fijación de la retroactividad en el tiempo fue la cuestión principal debatida. El hecho que el magistrado que consigna su voto separado concuerda con otros aspectos procesales del asunto, no convierte su voto en concurrente ya que difiere en el punto central de la controversia (y que de hecho generó el enunciado de vinculación). Es decir, analizando su contenido (no solo la nomenclatura empleada), en esencia se trató de una disidencia, no de una concurrencia. Cf. Sala Constitucional: Sentencia n° 154 del 09 de febrero de 2018 (Caso: *Jhonathan Jesús Meir Uribe*).

Intencionalmente se pretende mostrar que en promedio el número de sentencias publicadas por la Sala Constitucional como “casos decididos” es mayor al número de “casos nuevos ingresados”, sin embargo, se comprobó que no todas las sentencias publicadas son de mérito, y que el número de sentencias publicadas no es mayor al número de casos nuevos ingresados. Evidentemente, se intenta crear un ambiente de eficiencia que no se corresponde con la realidad. Se desconoce que una corte puede ser eficiente mediante diversos mecanismos.

Además, se verificó que la Sala Constitucional, pese a que su función esencial es la decisión de casos constitucionalmente relevantes y trascendentes, infelizmente está dedicada principalmente a decidir cuestiones de trámite procedimental y a resolver casos para los cuales ya existen precedentes consolidados decididos por la sala en pleno.

El juzgamiento colegiado comporta procedimientos complejos que tienen varias dimensiones, por ese motivo las reglas y prácticas de los tribunales que funcionan con varios integrantes deben ser adecuadas para atender tales complejidades.

Las decisiones de los tribunales colegiados pueden ser dictadas en pleno, mediante grupos de jueces o individualmente por los jueces que los conforman. De hecho, existen decisiones de los órganos colegiados que no precian de la participación de todos sus integrantes, ello, con base en la idea de justicia adecuada y no exclusivamente en celeridad de los procesos.

La organización para la división de tareas que permite la actuación individual de los jueces, debe servir para dar curso a los procedimientos del tribunal, y las decisiones sobre el mérito dictadas por jueces individualmente debe estar limitada a los casos simples que gozan de estabilidad por haber sido resueltos previamente por el colegiado.

Los votos separados publicados por la Sala Constitucional venezolana, concurrentes o disidentes, deberían ser ordenados cronológicamente y por materia, además, las decisiones que los contengan deben ser distinguidas en un espacio especial de la página oficial en internet del tribunal.

Las dificultades de conocimiento y difusión de las sentencias vinculantes, actualmente publicadas en la Gaceta Oficial que es un documento de difícil acceso, generalmente ilegible y muy extenso porque allí son publicados todos los demás actos de la Administración pública, hace necesaria la creación de un espacio exclusivo para su publicación que muestre estas decisiones ordenadas cronológicamente de acuerdo a la fecha de aprobación y con la identificación de su enunciado de vinculación.

La legitimidad de las cortes constitucionales y tribunales supremos se construye mediante reglas y prácticas adecuadas de funcionamiento. En efecto, son diversos los criterios que pueden ser empleados para verificar la solidez del proceso decisorio de estos órganos jurisdiccionales colegiados. Indudablemente, la transparencia de las estadísticas es uno de esos criterios de legitimidad.

VIII. REFERENCIAS

ALDER, John. Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices? *Oxford Journal of Legal Studies*. Volume 20, Issue 2, jun./2000. Disponible en: <<https://doi.org/10.1093/ojls/20.2.221>>. Acceso en: 09 oct. 2018.

BAUM, Laurence. A Suprema Corte Americana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987 [1985].

CÂMARA, Alexandre Freitas. A complementação de julgamentos não unânimes e a dispersão de votos. *Revista*

Consultor Jurídico. Publicado el 16 de marzo de 2017. Disponible en: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-16/alexandre-camara-complementacao-julgamentos-nao-unanimes>>. Acceso en: 18 feb. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CORLEY, Pamela. *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*. New York: State University of New York Press, 2010.

EDWARDS, Harry. The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making. *University of Pennsylvania Law Review*. vol. 151, n. 5. pp. 1639-1690, 2003. Disponible en: <https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol151/iss5/1/>. Acceso en: 06 ago. 2018.

GERHARDT, Michael. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press. 2008.

GINSBURG, R.; HARTNETT M.; WILLIAMS W. *My Own Words*. New York: Simon & Schuster, 2016.

GINSBURG, Ruth. Remarks on Writing Separately. *Washington Law Review*. vol, 65, n. 1, pp. 133-150, ene./1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014. Constitution and proceedings. The Judiciary as an Organ of Policital Control. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 249, nov./2015.

KELEMEN, Katalin. Dissenting opinions in constitutional courts. *German Law Journal*. v. 14, n. 8, pp. 1346-1372, 2013. Disponible en: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-14-no-08/>>. Acceso en: 06 ago. 2018.

KELEMEN, Katalin. *Judicial Dissent in European Constitutional Courts: A Comparative and Legal Perspective*. Abingdon: Routledge, 2017.

KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The one and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*. vol. 81, n. 1, 1993. Disponible en: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol81/iss1/1/>>. Acceso en: 30 jun. 2018.

KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. Unpacking the court. *The Yale Law Journal*. vol. 96, n. 1, 1986. Disponible en: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7038&context=ylj>>. Acceso en: 30 jun. 2018.

LEGALE, Siddharta. O Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela e os males de origem do novo constitucionalismo latino-americano. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). *Cortes constitucionais e supremas cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017.

LÓPEZ NORIEGA, Saúl. *La Suprema Corte y su proceso de decisión: Ni transparencia ni calidad deliberativa*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

MARANHÃO, Clayton. Da ordem dos processos nos tribunais. In: NERY JR Nelson; ARRUDA ALVIM Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins - v. 13*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Cultura, unidad del derecho y cortes supremas*. Lima: Raguel, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento Colegiado e Precedente. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 264, fev./2017.

MARTINEZ, Antonio. Voto de vencido: Causas e aversão. Uma análise dos votos de vencidos no Tribunal Constitucional português. *Revista Scientia Iuridica*. Tomo LXVII, n. 347. Braga: Universidade do Minho, may.-ago./2018. Disponible en: <<https://independent.academia.edu/AntonioLopoMartinez>>. Acceso en: 27 dic. 2018.

MOLINA, René. *Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial ¿Hacia un gobierno judicial?* 2. ed. Caracas: Paredes, 2008.

NOVAK, Linda. The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions. *Columbia Law Review*. vol. 80, número 4, may./1980. Disponible en: <<http://www.jstor.org/stable/1122139>>. Acceso en: 09. feb. 2018.

OTEIZA, Eduardo. El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América latina. *Revista de Processo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. vol. 136, jun./2006.

PASQUINO, Pasquale. ¿Cómo deciden las Cortes Constitucionales? *Revista Jurídica Precedente*. vol. 9 Cali. pp. 9-43. jul.-dic./2016. Disponible en: <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2424>>. Acceso en: 26 en. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: Os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. núm. 47, pp. 205-225, jul.-dez./2015. Disponible en: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/605>>. Acceso en: 16 nov. 2017.

UZELAC, Alan. Supreme Courts in the 21st Century: Should organization follow the function? In: JOBIM, Marco;

SARLET, Ingo (org.). *Precedentes judiciais*: Diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais*: Colegialidade e deliberação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VALE, André do. *Argumentação constitucional*: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015.

VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 268, jun./2017.

ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 946. In: CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Poderes do relator e precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932 IV e V. In: NUNES, D.; MENDES, A.; JAYME, F. (coords.) *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

EL DERECHO DE ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS, EL ESTADO FALLIDO Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. EL CASO DE LA EMERGENCIA HUMANITARIA COMPLEJA EN VENEZUELA*

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central
de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello.*

Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha.

Visiting Fellow, Center for International Development, Harvard

Resumen: El concepto tradicional de servicio público en Venezuela degeneró en controles centralizados que destruyeron los mecanismos del mercado y subordinaron a los ciudadanos a las políticas socialistas y predatorias implementadas desde 2005. Como resultado de lo anterior, el derecho de acceso a los servicios públicos, como alimentos y salud, fue severamente diezmado en una crisis que se convirtió en una emergencia humanitaria compleja. El colapso de los servicios públicos en Venezuela, y la grave violación de los derechos humanos que se derivó de dicho colapso, es una advertencia sobre las consecuencias negativas del concepto tradicional de servicio público.

Palabras clave: Servicios públicos. Fallas del mercado. Regulación económica. Emergencias humanitarias complejas. Estados fallidos.

Summary: The traditional concept of public service in Venezuela degenerated in centralized controls that destroyed the market mechanisms and subordinated the citizens to the socialist and predatory policies implemented since 2005. As a result,

* Este trabajo resume parte de las investigaciones realizadas en el Centro para el Desarrollo Internacional de la Universidad de Harvard, relacionadas con el proceso de recuperación económica en Venezuela.

the right of access to public services, as food and health, was severely decimated in a crisis that evolved into a complex humanitarian emergency. The collapse of the public services in Venezuela –and the severe human rights violation that derived from such collapse- is a warning about the negative consequences of the traditional concept of public service.

Key words: *Public services. Market failures. Economic regulation. Complex humanitarian emergencies. Failed states.*

Recibido: 11 de diciembre de 2019 Aceptado: 14 de enero de 2020

SUMARIO

Introducción

- I. La evolución del derecho de acceso de los servicios públicos en Venezuela
- II. Hacia un nuevo marco conceptual del derecho de acceso a los servicios públicos en Venezuela
- III. La violación del derecho de acceso a servicios públicos y el estado fallido en Venezuela

INTRODUCCIÓN

En los últimos 5 años el producto interno bruto de Venezuela ha caído aproximadamente en cincuenta por ciento (50%)¹. Esto implica una caída mayor a la sufrida durante la gran depresión en Estados Unidos. A ello se le agrega el colapso de las importaciones, incluso, superior al registrado en España durante su Guerra Civil. Estos datos, por si solos, permiten comprender la dimensión del desastre económico y social por el cual atraviesa actualmente Venezuela².

El origen de este desastre se sitúa en las políticas socialistas que comenzaron implementarse en 2003, precisamente cuando el *boom* de los precios del petróleo comenzaba traducirse en el notable incremento de los ingresos fiscales petroleros: Venezuela es un Petro-Estado, entre otras razones, pues la práctica totalidad de las divisas provenientes de exportaciones derivan de la industria petrolera que el Estado maneja en monopolio. Además del incremento del ingreso petrolero, el gobierno de Hugo Chávez se favoreció del masivo endeudamiento público. Todos estos recursos provenientes de

1 Para una descripción general de la crisis económica venezolana, pueden verse las investigaciones adelantadas desde el Centro para el Desarrollo Internacional en: <https://growthlab.cid.harvard.edu/venezuela>

2 Hausmann, Ricardo y Santos, Miguel Ángel, *¿Cómo recuperar el bienestar de los venezolanos?*, Prodavinci, 25 de septiembre de 2017.

las exportaciones petroleras y del endeudamiento público masivo fueron utilizados por el Gobierno a través de fondos extrapresupuestarios al margen de cualquier mecanismo de control. Al mismo tiempo, la política socialista se tradujo en controles centralizados sobre la economía que llegaron incluso a masivas y arbitrarias expropiaciones y nacionalizaciones³.

En ese contexto, el Gobierno de Chávez optó por incentivar las importaciones, en especial, de bienes de consumo, lo que contribuyó al declive del sector productivo nacional, severamente afectado por los controles centralizados. La economía venezolana –y el acceso a bienes y servicios esenciales– dependió así del Gobierno, quien a través del régimen cambiario controló las importaciones. Al mismo tiempo, el Gobierno promovió programas sociales por medio de políticas clientelares, en el marco de un discurso populista.

Estas políticas socialistas se aplicaron especialmente en aquellos sectores considerados o declarado como servicio público, tales y como alimentación, salud, agua, electricidad, telecomunicaciones, vivienda y banca. Al ser considerados servicios públicos, estos sectores quedaron sometidos a controles centralizados y progresivamente a políticas clientelares. A medida que el régimen de Hugo Chávez degenerada en un populismo autoritario, el servicio público fue utilizado como justificación para promover la intervención centralizada del Estado en la economía, muy especialmente, en los sectores de alimentación y salud.

La bonanza petrolera y el sobreendeudamiento impidieron a la población valorar las dramáticas consecuencias de esas políticas socialistas. Pero esas consecuencias eran claras, al menos, para aquellos que podían ver más allá de la ilusión de

3 Véase lo que exponemos más adelante, en relación con los rasgos del modelo socialista implementado desde 2005.

riqueza. Tal y como en 2004 señaló el profesor Allan R. Brewer-Carías, homenajeado en esas Jornadas⁴:

“Pero de golpe, todos nos hemos despertado con una realidad que nunca antes habíamos aprehendido, y es que somos un país pobre, donde el único rico es y ha sido el Estado, propietario público del subsuelo minero y petrolero desde los tiempos de las Ordenanzas de Nueva España; y ahora, incluso, inmensamente rico dado el nivel de los precios a los que ha llegado el barril de petróleo, nunca antes conocidos. Y es precisamente con ese Estado rico petrolero, conducido durante los últimos años en medio de una política económica que no llega a definirse, cuando paradójicamente estamos tomando conciencia de los altos niveles de pobreza que tenemos, nunca antes vistos, al punto de que comenzamos ahora a ser un país de emigrantes, incluso de quienes como migrantes llegaron en su momento a nuestras tierras”.

Esta ilusión comenzó a cambiar cuando las políticas socialistas afectaron la producción petrolera a cargo del Estado. La caída de la producción petrolera (2014) se tradujo en la caída de ingresos fiscales en un momento en el cual el Estado debía cumplir con los pagos de la deuda pública contraídas durante el boom de los precios del petróleo. Sin cuantiosos ingresos fiscales, los efectos devastadores de las políticas socialistas quedaron al descubierto.

Sin embargo, el régimen de Nicolás Maduro optó no solo por mantener las políticas socialistas, sino que, además, se aprovechó de la crisis económica para incrementar su dominación política a través de programas clientelares, basados en un discurso populista que aupó medidas claramente autoritarias, especialmente, a través del control de las actividades

4 Brewer-Carías, Allan, *Discurso en el acto de instalación VII Jornadas internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías”* (FUNEDA), Caracas, 3 de noviembre de 2004.

consideradas servicio público, como la salud y la alimentación. Además, el régimen de Maduro optó por destinar los limitados ingresos en divisas al pago de la deuda, lo que llevó al recorte dramático de las importaciones, y por ende, a la contracción de la oferta de bienes y servicios. Como el sector productivo nacional había sido severamente afectado por los controles socialistas, no fue posible sustituir los productos importados con productos fabricados en Venezuela. Ello degeneró en desabastecimiento, escasez e inflación.

Sin los abundantes ingresos fiscales con los cuales el Gobierno de Chávez pudo financiar sus políticas populistas y autoritarias, los servicios públicos en Venezuela comenzaron a colapsar. Ello fue evidente no sólo en el sector eléctrico (nacionalizado a partir del año 2006) si no muy especialmente en los sectores de alimentación y salud, en los cuales los controles centralizados habían destruido la capacidad productiva en Venezuela. Así, el colapso de las importaciones derivó en un dramático recorte en el acceso a alimentos y salud necesarios para preservar la vida, la salud y la integridad y la dignidad de los venezolanos.

Este colapso no pudo ser detenido a través de los mecanismos constitucionales diseñados para prevenir los abusos de poder, pues esos mecanismos habían sido desmantelados bajo el Gobierno de Hugo Chávez, en un proceso que el régimen de Nicolás Maduro consolidó a través de la ilegítima y fraudulenta asamblea nacional constituyente instalada en julio de 2017. Sin controles efectivos, el régimen de Maduro aceleró el financiamiento monetario del déficit fiscal por el Banco Central de Venezuela, lo que llevó a la hiperinflación en Venezuela en noviembre de 2017.

El resultado de este cuadro es la *emergencia humanitaria compleja* por la cual atraviesa Venezuela actualmente, la cual se ha traducido en sistemáticas violaciones a los derechos a la vida, a la salud, a la integridad y a la dignidad de los venezola-

nos. Ello a su vez ha llevado a miles de venezolanos a huir de Venezuela, en lo que ha sido considerado una crisis migratoria de efectos regionales. De esa manera, las arbitrarias políticas socialistas implementadas desde 2003 derivaron en la *desnaturalización del derecho de acceso a las actividades consideradas como servicio público*, pese a las retóricas expresiones que en la Constitución de 1999 garantizar ampliamente el derecho de acceso a una amplia variedad de bienes y servicios.

Es por ello que el caso de Venezuela, si bien dramático y excepcional, es un buen ejemplo de las consecuencias que pueden derivar de un inadecuado régimen jurídico administrativo de las actividades consideradas servicios públicos. El rol de la Administración pública bajo los estándares de la buena administración debe ser facilitar el derecho de acceso a las actividades consideradas servicio público, todo lo cual justifica la intervención administrativa a través de técnicas de *limitación* y de *prestación*. Empero, tal intervención no puede desnaturalizar la libertad general del ciudadano para satisfacer sus propias necesidades, incluso, a través de la oferta y demanda de bienes y servicios considerados servicios públicos. De allí la relevancia de los principios de *menor intervención* y *subsidiariedad*, junto con el *análisis de costo-beneficio* de las técnicas de intervención administrativa desplegadas.

Estos estándares fueron desconocidos en Venezuela al haberse desplegado técnicas de intervención administrativas basadas en el control total y hegemónico de actividades de servicio público por la Administración Pública, la cual desnaturalizó la libertad general del ciudadano. Ello, además de crear indebidos vínculos de dependencia del ciudadano para con el Estado, promovió el colapso de la oferta total de los productos considerados servicios públicos, muy en especial, en alimentación y salud.

A los fines de analizar desde la perspectiva del Derecho Administrativo venezolano el largo y tortuoso camino que llevó

a la violación del derecho de acceso a los servicios públicos, el presente trabajo queda dividido en tres partes. La primera parte analiza la evolución del régimen jurídico del derecho de acceso a los servicios públicos en Venezuela, mientras que la segunda parte esboza nuestra propuesta para redefinir tal régimen jurídico, a los fines de evitar los riesgos derivados del concepto tradicional de servicio público, tomando a Venezuela como caso de estudio. La tercera parte expone cómo el arbitrario régimen jurídico del derecho de acceso a los servicios públicos en Venezuela degeneró en la desnaturalización de ese derecho, todo lo cual compromete la responsabilidad –nacional e internacional– de la Administración Pública y sus funcionarios.

I. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN VENEZUELA

Esta sección analiza la evolución del derecho de acceso de los servicios públicos en Venezuela, distinguiendo cuatro etapas: (i) la visión estatista del servicio público como actividad exclusiva de la Administración Pública; (ii) la proyección de los derechos humanos en la actividad de servicio público; (iii) la liberalización del servicio público y (iv) la visión totalitaria del servicio público.

1. El servicio público como régimen exorbitante

El concepto de servicio público en Venezuela, influenciado por Francia, surgió inicialmente para justificar el control de la Administración Pública sobre un conjunto de actividades consideradas de interés general.⁵ A tales efectos, el servicio

5 Sobre la visión y evolución del servicio público en Francia, entre otros, vid.: Esplugas, Pierre, *Le service public*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 73 y ss. En general, vid. Bauby, Pierre, *et al* (coordinadores), *Los servicios públicos en Europa*, Universidad Externado, Bogotá, 2010. Como se ha señalado, en Francia el servicio público es un mito, en el sentido que es un elemento determinante para la formación de la identidad colectiva, todo lo cual

público fue definido, desde una *perspectiva objetiva*, como la actividad orientada a satisfacer necesidades de interés general; desde una *perspectiva subjetiva*, el servicio público fue definido como la actividad que, por satisfacer necesidades de interés general, es *asumida* por el Estado para garantizar su prestación en condiciones de igualdad, regularidad y mutabilidad⁶.

De antemano, estos conceptos ponen en evidencia la imprecisión del concepto de servicio público, pues no queda claro cuáles son las “actividades de interés general” que deben ser calificadas como “servicios públicos”. Si a ello le agregamos el carácter expansivo del interés general, entonces, podrá comprenderse por qué el servicio público ha sido en Venezuela un concepto impreciso que, sin embargo, tiende a ampliarse a diversas actividades económicas.

Ahora bien, en Venezuela el servicio público ha sido tradicionalmente definido desde una posición subjetiva, o sea, como las actividades que al satisfacer necesidades de interés general son asumidas por el Estado a través de la Administración Pública. De ello resulta que el servicio público es una *actividad administrativa*, o sea, una actividad propia de la Administración Pública que ésta gestiona bajo un régimen de Derecho Administrativo, esto es, un régimen exorbitante del Derecho Común. El servicio público, como actividad administrativa, entraña de esa manera la restricción a la libertad general del ciudadano, en tanto la actividad de servicio público queda imbuida dentro de la esfera de lo público –aun cuando el sector privado pueda

explica lo impreciso de su noción. Cfr.: Chevalier, Jacques, *Le service public (Que sais-je ?)*, P.U.F., París, 2015, p. 4.

6 Sobre el concepto tradicional del servicio público en Venezuela, puede verse a Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, décima edición, Caracas, 2001, pp. 203 y ss. En cuanto al rol del servicio público en la definición del Derecho Administrativo venezolano, vid. Araujo-Juárez, José, *Introducción al Derecho administrativo constitucional*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 18 y ss.

gestionar el servicio público en nombre y cuenta de la Administración Pública, a través de la llamada *concesión administrativa de servicio público*⁷.

Con influencia en Duguit, este concepto tradicional de servicio público se enfocó en el rol que el Estado debía atender, con lo cual, puede ser identificado como un concepto *estatista*, en el sentido que gira en torno al rol que el Estado siempre cumple respecto de las actividades declaradas o consideradas de servicio público⁸. Por ello, de este concepto derivan varias consecuencias que convendría detallar.

- Así, en *primer lugar*, la actividad declarada o considerada servicio público queda excluida de la libre iniciativa privada, en el sentido que solo la Administración Pública puede gestionar directa o indirectamente tal actividad. Como resultado de lo anterior, los bienes y servicios considerados “servicios públicos” se excluyen de los mecanismos de mercado –ellos no pueden ser libremente intercambiados por la iniciativa privada⁹.

7 El estudio fundamental sobre el servicio público en Venezuela es el artículo de Allan R. Brewer-Carías “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, en *Revista de Derecho Público* número 6, Caracas, 1981, pp. 65-71.

8 Duguit esbozó el concepto de servicio público anclado en la solidaridad social, y por ello, en el rol del Estado orientado a satisfacer necesidades de interés general (*Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, segunda edición corregida y aumentada, Francisco Beltrán, Madrid, 1920, pp. 17 y ss.). Es por ello que el concepto de Duguit se basa en la oposición entre servicio público y libertad, de lo cual surge que el concepto de servicio público es un riesgo a la libertad. Cfr.: Delvolvé, Pierre, “Services publics et libertés publiques”, en *Revue Française de Droit Administratif*, número 1, París, 1985, pp. 1 y ss. Véase en general a Santofimio, Jaime Orlando, “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo* No. 5, Bogotá, 2011, pp. 43 y ss.

9 A los fines de este trabajo, entendemos por “mecanismos de mercado” el conjunto de arreglos que permiten el intercambio de bienes y servicios basados en la libertad económica, regida principalmente por el Derecho Privado. El concepto tradicional del servicio público se basó en la exclusión de la libertad económica y por ende del Derecho Privado, pues las

Esto no implica, se aclara, que la gestión del servicio público sea siempre y en todos los casos una gestión bajo monopolio del Estado. Ciertamente la iniciativa privada podrá gestionar actividades de servicio público, pero no lo hará en ejercicio de su libertad, sino bajo los términos y condiciones impuestos por el Estado.

- En *segundo lugar*, el régimen jurídico de la actividad de servicio público queda sustraído del Derecho Privado, para pasar a ser gobernado por el Derecho Administrativo. Precisamente por ello, el servicio público ha sido empleado en Venezuela como un criterio para delimitar el ámbito del Derecho Administrativo¹⁰.
- Por último, y en *tercer lugar*, el concepto de servicio público tradicional se enfocó en el Estado, con lo cual, los particulares –como usuarios– quedaron relegados a meros beneficiarios pasivos de las prestaciones a cargo de la Administración Pública. Como consecuencia de ello, el control judicial de los derechos del ciudadano frente a los servicios públicos –en particular, el derecho de acceso al servicio público– se limitó a las demandas patrimoniales derivadas de los daños y perjuicios ocasionados por la Administración Pública en su activi-

actividades declaradas o consideradas servicio público eran reguladas por el Derecho Administrativo. Debido a su amplitud, el concepto de servicio público en Venezuela no solo se ha extendido a actividades prestacionales –como la educación y la salud– sino también, a la provisión de bienes –como los alimentos.

10 Cfr.: Peña Solís, José, “La actividad administrativa de servicio público: aproximación a sus lineamientos generales”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani, Tomo II*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 425 y ss. En Venezuela éste ha sido el concepto prevalente, con excepciones que cuestionan la supuesta incompatibilidad entre el servicio público y la libertad de empresa. Cfr.: Hernández-Mendible, Víctor, “Los Servicios Públicos Competitivos y la Libertad de Empresa”, en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos. Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 313 y ss.

dad de servicio público, típicamente a través del sistema de *responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos*¹¹.

2. El derecho de acceso a los servicios públicos y su tutela judicial

El concepto tradicional de servicio público comenzó a cambiar debido a la protección de los derechos humanos relacionados con la actividad administrativa de servicio público, tanto desde un punto de vista sustantivo como desde un punto de vista procesal. Así, diversas Leyes comenzaron a reconocer un conjunto de derechos del ciudadano relacionados con el acceso a los servicios públicos, lo cual permitió que el concepto de servicio público comenzara a girar en torno al ciudadano, y no tanto en torno al Estado¹².

A este proceso contribuyó la Constitución de 1999, que amplió notablemente el catálogo de los llamados *derechos sociales*, y que en realidad son *derechos prestacionales*, esto es, derechos fundamentales cuya satisfacción requiere prestaciones a cargo de terceros, como el derecho a la salud, a la vivienda, a la educación y a la alimentación¹³. Existe así una clara correlación entre las actividades declaradas o considera-

11 En general, vid.: Rondón de Sansó, Hildegard, "Ampliación del ámbito contencioso-administrativo", en *Revista de Derecho Público* N° 22, Caracas, 1985, pp. 33 y ss.

12 Véanse nuestras apreciaciones en la obra dirigida por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva general*, Villanueva Centro Universitario, La Coruña, 2008, pp. 109 y ss.

13 Sobre los derechos prestacionales, indebidamente denominados derechos sociales, vid.: Cossio Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 44-47. Véase entre otros a Rivero Ortega, Ricardo, *Manual de Derecho Administrativo Económico*, Marcial Pons, 2015, pp. 144 y ss. En Venezuela, la recepción de los derechos prestacionales ha sido cuestionada por un sector de la doctrina, que considera que, por su ambigüedad, no se trata de derechos justiciables, siendo que además ellos promueven la intervención pública planificada en la economía. Lo cierto es la que jurisprudencia ha restringido la tutela judicial directa de tales derechos. Vid.: Hernández G., José Ignacio,

das servicios públicos y los derechos sociales reconocidos en la Constitución. Con lo cual, en la práctica, el concepto de servicio público se vinculó con las actividades orientadas a satisfacer tales derechos sociales¹⁴.

Este planteamiento coincide con el Derecho Comparado, en el cual se ha reconocido la existencia del derecho de acceso a los servicios públicos, esto es, el derecho de acceso a bienes y servicios considerados esenciales¹⁵. El contenido y alcance de ese derecho solo puede ser determinado en cada caso concreto, en especial, en lo que respecta a la calificación de los bienes y servicios que pueden ser calificados como esenciales o si se quiere, como servicios públicos¹⁶. Pero más allá de ello, tal derecho pone en realce la existencia de bienes y servicios cuya oferta no puede depender del mercado, en el sentido que el Estado no puede permanecer indiferente a las fallas del mercado en proveer tales bienes y servicios en condiciones adecuadas. Sin embargo, como lo ha puesto en evidencia el Derecho Administrativo Europeo, tal garantía de acceso no es necesariamente

Derecho Administrativo y regulación económica, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 234 y ss.

- 14 Esta vinculación no fue inicialmente explícita. En realidad, se trató más bien de una consecuencia práctica: las actividades que tradicionalmente se habían considerado servicio público –la educación, por ejemplo– quedaron vinculadas con derechos sociales reconocidos en la Constitución de 1999. Por ejemplo, vid.: Herrera, Carlos Eduardo, “La educación en Venezuela como derecho de libertad y como derecho prestacional”, en *Revista electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 3, Caracas, 2014, pp. 99 y ss.
- 15 Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “El derecho de acceso a los servicios de interés económico general (El artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 677 y ss.
- 16 La expresión “bienes y servicios esenciales” es bastante imprecisa. Con ella, en todo caso, queremos aludir a los bienes y servicios que el Estado –por disposiciones de su Derecho interno o del Derecho Internacional– debe garantizar, y que se asocian a derechos prestacionales. En todo caso, y a diferencia del servicio público –cuyo concepto tradicional remite a una actividad administrativa– el concepto de bienes y servicios esenciales no predetermina un monopolio a favor de la Administración Pública.

incompatible con el mercado; por el contrario, esa garantía puede satisfacerse por los mecanismos de mercado, o por la Administración Pública, ante fallos de mercado¹⁷.

Ahora bien, a pesar de que la Constitución de 1999 reconoció el principio de co-iniciativa (en el sentido que las prestaciones asociadas a los derechos sociales pueden ser asumidas por el sector público y privado) en la práctica, predominó el sesgo estatista de la Constitución, pues la satisfacción de tales derechos prestacionales fue asumida como función propia del Estado a través de la Administración Pública. Como resultado de ello, el concepto de servicio público se amplió a las actividades orientadas a dar satisfacción a los llamados derechos sociales¹⁸.

Ahora bien, la ampliación del catálogo de derechos relacionados con actividades de servicio público llevó a ampliar, también, los cauces de protección judiciales de tales derechos. Así, la jurisdicción contencioso-administrativa asumió la competencia para conocer de cualquier pretensión relacionada con la prestación –o deficiencia en la prestación– de servicios públicos, en lo que se conoce como *contencioso de los servicios públicos*, de acuerdo con el artículo 259 de la Constitución de 1999. Esta ampliación permitió no solo formular pretensiones de condena por daños y perjuicios derivados de la indebida prestación de actividades de servicio público, sino además, permitió formular pretensiones de condena no-patrimoniales, a los fines de obligar judicialmente al proveedor de servicios

17 La regulación de los “servicios de interés económico general” ha demostrado que el derecho de acceso a esos servicios puede alcanzarse por los mecanismos de mercado, y en caso de fallas en tales mecanismos, por las técnicas de intervención administrativa desplegadas conforme a los principios de menor intervención y subsidiariedad. Véase, entre otros, a Laguna de Paz, Juan Carlos, “Los servicios de interés general en la Unión Europea”, en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* N° 76, 2016, pp. 19 y ss.

18 Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 818 y ss.

públicos a garantizar efectivamente el derecho de acceso a tales servicios¹⁹.

Adicionalmente, la Constitución de 1999 amplió el derecho a la tutela judicial efectiva hacia los denominados *derechos difusos y colectivos*, esto es, derechos suprapersonales que permiten la protección judicial de situaciones que abarcan a un colectivo de personas. Esta tutela judicial se canaliza a través de la denominada *demanda de intereses difusos y colectivos*, la cual permite la protección judicial del derecho de acceso a los servicios públicos por parte de determinada colectividad o grupo social²⁰.

De esa manera, y en conclusión, la Constitución de 1999 amplió el grado de protección del derecho de acceso a los servicios públicos a través del denominado contencioso de los servicios públicos y de la demanda de intereses difusos y colectivos. Pero al mismo tiempo, y como resultado de la proliferación de derechos sociales reconocidos bajo un carácter estatista, la citada Constitución promovió la expansión del concepto estatista de servicio público.

3. La liberalización parcial de servicios públicos

Otro de los cambios importantes del concepto de servicio público en Venezuela, entre 1999 y 2002, afectó al concepto

19 Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, cit., pp. 456 y ss. Debido a la imprecisión conceptual del servicio público, este sistema ha degenerado en controles arbitrarios sobre empresas privadas que, en ejercicio de su libertad económica, han sido demandadas ante la jurisdicción contencioso- administrativa al quedar equiparadas a la Administración Pública. En general, vid. Parés, Alfredo, "El contencioso de los servicios públicos", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 12, Caracas, 2001, pp. 271 y ss.

20 Badell Madrid, Rafael, *La protección de los intereses colectivos o difusos en Venezuela. Class Action*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, pp. 93 y ss. En la práctica, sin embargo, este medio de tutela judicial ha degenerado igualmente en controles arbitrarios sobre empresas privadas, como se explica más adelante.

tradicional de servicio público, con clara influencia del Derecho Europeo. Como vimos, el concepto tradicional de servicio público se basa en la centralidad del Estado pues la Administración Pública es responsable por la gestión del servicio público, el cual queda así sustraído de los mecanismos de mercado. La llamada crisis del Estado social –basada en la inviabilidad financiera de servicios públicos financiados exclusivamente con recursos públicos– llevó a lo que se conoció como el “nuevo concepto” de servicio público, en el cual la iniciativa privada fue empoderada para emprender, directamente, actividades consideradas servicio público²¹.

De acuerdo a este nuevo concepto de servicio público, algunas de las actividades que eran consideradas servicios públicos –y que por ende, habían quedado sometidas al régimen exorbitante propio del concepto tradicional antes tratado– fueron objeto de reformas legislativas por medio de las cuales se reconoció a la inversión privada el derecho a emprender tales actividades, de acuerdo con la *regulación* orientada a dos objetivos, a saber, (i) atender los fallos de mercado que afectan la competencia efectiva y (ii) asegurar la prestación universal

21 El estudio básico en la materia es el célebre artículo de Ariño Ortiz, Gaspar, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)”, en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 17 y ss. Véase, con una visión crítica, a Carro Fernández-Valmayor, José Luis, “Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, cit., pp. 585 y ss. Sobre el marco regulador del nuevo servicio público, basado en el análisis económico y la teoría de los fallos de mercado, vid. De la Cruz Ferrer, Juan, *Principios de regulación económica en la unión europea*, Institutos de Estudios Económicos, Madrid, 2002, p. 153. Véase también, entre otros, a Cassagne, Juan Carlos, “El futuro de los servicios públicos”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Luis H. Farías Mata*, Tomo I, Caracas, 2006, pp. 91 y ss., así como Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, “Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1903 y ss.

de ciertos servicios básicos. Tal fue el caso de la reforma de los sectores de electricidad, telecomunicaciones y gas, que de un régimen exorbitante del Derecho Común, quedaron sometidos a un régimen orientado a la libertad económica²². Estos cambios permitieron realzar la importancia de la *regulación* en el estudio de las técnicas de intervención de la Administración Económica²³.

El nuevo concepto de servicio público, sin embargo, mantuvo cierto anclaje en el marco jurídico del servicio público tradicional, lo cual implicó no pocas contradicciones. En especial, el derecho de acceso a los servicios públicos –como derecho tutelable por la justicia administrativa– fue reconocido incluso respecto al nuevo servicio público, lo que implicó que empresas privadas comenzaron a ser juzgadas por la justicia administrativa ante reclamos formulados por los usuarios. Lo propio sucedió con la demanda de intereses difusos y colec-

22 Cfr.: Brewer-Carías, Allan, “El régimen constitucional de los servicios públicos”. en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* Allan Randolph Brewer-Carías *El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)*, Caracas 2002, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2003, pp. 19 y ss.

23 Al superarse la visión tradicional del servicio público, se admitió que la intervención administrativa no se limitaba a la gestión del servicio público, sino que además, debía abarcar la llamada actividad administrativa de regulación, concepto influenciado por la doctrina de Estados Unidos de América. Por ello, actualmente el estudio de la regulación forma parte de la temática del Derecho Administrativo Económico en Iberoamérica. Cfr.: Laguna de Paz, Juan Carlos, *Derecho Administrativo Económico*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2016, pp. 31 y ss.; Muñoz Machado, Santiago, “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en *Regulación. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 15 y ss., y Vergara Blanco, Alejandro, *Derecho Administrativo Económico*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, pp. 29 y ss. En cuanto al impacto del concepto de regulación en el nuevo concepto de servicio público, vid.: Zegarra, Diego, *El servicio público. Fundamentos*, Palestra, Lima, 2010, pp. 200 y ss. Véase también a Huapaya, Ramón, “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la regulación” (*Ius et Veritas* N°40, Lima, 2010, pp. 302 y ss.).

tivos, en tanto la jurisprudencia admitió que tales demandas podían formularse en contra de empresas privadas en sectores como la banca y las telecomunicaciones. Inevitablemente, ello derivó en la indebida aplicación a empresas privadas de reglas diseñadas para la Administración Pública en detrimento de la libertad de empresa²⁴.

4. La concepción totalitaria del servicio público y la dependencia del ciudadano a la Administración Pública

La recepción del nuevo concepto de servicio público en Venezuela, en realidad, fue tan solo momentánea. Así, en 2002 el Tribunal Supremo de Justicia configuró el concepto de servicio público a partir del control total del Estado, lo cual amplió el concepto de servicio público como instrumento de control de la sociedad por parte de la Administración Pública²⁵.

En efecto, de acuerdo con el Tribunal Supremo de Justicia, el concepto de servicio público debía ser interpretado al amparo de la cláusula del Estado Social, pero interpretando ésta como una norma que en sentido amplio habilita al Estado –y en especial, a su Administración Pública– a promover condiciones reales de igualdad sobre la base de una pretendida “lucha de clases”. A partir de ese razonamiento, el Gobierno comenzó a implementar un conjunto de políticas públicas basadas en la planificación central de la economía, que desde 2005 fueron denominadas como “transición al socialismo”²⁶.

24 Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, cit.

25 Sentencia de la Sala Constitucional N° 85/2002, de 24 de enero. Vid.: Hernández G., José Ignacio, “Reflexiones en torno al servicio público como paradigma del Estado Social en el Derecho Venezolano. A propósito de la ordenación de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda”, en *Iurídica* N° 3, Universidad Arturo Michelena-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Valencia, 2006, pp. 91 y ss.

26 AA.VV, *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, UCAB, 2011.

Las políticas de transición al socialismo ampliaron la intervención administrativa sobre las actividades declaradas o consideradas servicio público, al margen de las garantías jurídicas de la libertad de empresa. Además, la Administración Pública implementó arbitrarias políticas de expropiaciones y nacionalizaciones que consolidaron a la empresa pública como el instrumento de gestión de los servicios públicos, desnaturalizando el derecho de propiedad privada. Asimismo, se implementaron políticas de control del precio de tales servicios público, lo que afectó su rentabilidad y sostenibilidad. Como resultado de ello, se reforzó la concepción estatista del servicio público, afectándose el funcionamiento de los mecanismos de mercado para el intercambio de los bienes y servicios considerados –genérica y ampliamente– servicios públicos²⁷.

La ampliación del concepto de servicio público se llevó a diversas actividades económicas por medio de controles arbitrarios. Así, por ejemplo, la banca fue considerada servicio público para justificar el control centralizado orientado a la promoción del modelo socialista²⁸. En el sector de alimentación, la declaratoria de servicio público justificó la implementación de arbitrarias políticas de expropiación²⁹. En el sector eléctrico, el servicio público se justificó para desarticular la liberalización de 1999 y promover la nacionalización del sector³⁰.

27 Hernández G., José Ignacio, *Reflexiones sobre la Constitución económica y el modelo socio-económico*, FUNEDA, Caracas, 2008.

28 Morles Hernández, Alfredo, *La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

29 Grau, Gustavo, “La participación del sector privado en la producción de alimentos como elemento esencial para poder alcanzar la seguridad alimentaria”, en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008, pp. 417 y ss.

30 Hernández G., José Ignacio, “La regulación eléctrica en Venezuela: de la liberalización a la nacionalización (1999-2009)”, en *Dereito das infraestruturas: Um estudo dos distintos mercados regulados*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, pp. 210 y ss.

II. HACIA UN NUEVO MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO DE ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN VENEZUELA

La evolución del derecho de acceso a los servicios públicos en Venezuela demuestra los riesgos derivados del concepto tradicional de servicio público. Así, la imprecisión conceptual del servicio público incentiva su expansión a diversas actividades económicas que quedan imbuidas en un régimen jurídico que propende a controles centralizados, que desnaturalizan el rol de la libertad de empresa y, en suma, colocan el riesgo el derecho de acceso de los consumidores y usuarios a los bienes y servicios considerados servicio público.

Frente a esa realidad, en la presente sección postulamos una nueva aproximación conceptual al derecho de acceso de los servicios públicos en Venezuela. Algo que, como veremos en la siguiente sección, resulta imperativo, considerando el actual colapso del derecho de acceso a los servicios públicos en Venezuela.

1. Superando el concepto de servicio público

El primer paso para dotar al derecho de acceso a los servicios públicos de un nuevo marco conceptual, consiste en superar el propio concepto de servicio público, que además de confuso, genera indebidos incentivos para la promoción de políticas clientelares.

Tal y como vimos, el concepto tradicional de servicio público parte, en realidad, de dos conceptos cuya interrelación no ha quedado clara: el concepto objetivo y el concepto subjetivo. En la práctica del Derecho venezolano, ambos conceptos se confunden a fin de sostener que el servicio público es toda actividad que, al satisfacer necesidades colectivas de interés general, debe ser asumida por el Estado a través de la Administración Pública. De allí precisamente que el servicio público sea concebido como una “actividad administrativa”, o sea, una

actividad propia de la Administración Pública, que como tal, queda excluida del ámbito de la libre iniciativa privada.

Tal conclusión, sin embargo, desconoce que la iniciativa privada solo puede quedar excluida en el Derecho venezolano a través de la *reserva*, entendida como la potestad del Poder Legislativo de asignar al Estado la titularidad de determinada actividad, la cual queda así excluida de la libre iniciativa privada. Al tratarse de una severa limitación a la libertad de empresa, la reserva debe ser de interpretación restrictiva. Empero, lo cierto es que el concepto tradicional de servicio público parte de reconocer la existencia de *limitaciones implícitas* a esa libertad, en el sentido que basta que una actividad sea calificada o declarada como servicio público, para que se considere que en ella la libertad de empresa ha quedado excluida o, como mucho, severamente limitada. A ello debemos agregar que, debido a la indeterminación conceptual del servicio público, inevitablemente el ámbito de esta “reserva implícita” tiende a expandirse a la par que se expande el concepto de servicio público³¹.

31 En ocasiones, la reserva ha sido también denominada *publicatio*. Cabe acotar que la reserva puede extenderse a la gestión –solo el Estado puede emprender la actividad reservada– o solo a la titularidad –con lo cual, la iniciativa privada puede participar a través de una concesión, pero no en virtud del derecho a la libertad de empresa. La principal crítica al concepto tradicional de servicio público, por ende, es que él reconoce que hay limitaciones implícitas a la libertad de empresa, en el sentido que toda actividad declarada o calificada como servicio público, implícitamente, queda afectada por la *publicatio*. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 89 y ss. A favor de la existencia de reservas implícitas derivadas del concepto de servicio público, vid. Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo, Volumen 3*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 430 y ss. Sobre ello, recientemente, vid. Brewer-Carías, Allan, “Sobre la “*publicatio*” en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de “*actividades reservadas al Estado*,” “*utilidad pública*,” “*interés social*,” “*servicio público*,” “*dominio público*” y “*orden público*”, Texto para la exposición en el XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Bases y retos de la Contratación Pública en el Escenario Global, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación

En parte, ello es resultado del propio origen de la idea de servicio público en Duguit, pues éste concibió al servicio público dentro de la nueva fundamentación socialista del Estado, que no se basa en la soberanía sino en la solidaridad social. Con lo cual, la idea de servicio público comprende a las actividades económicas que, en virtud de la solidaridad social, no pueden ser confiadas a la libertad individual entendida como derecho subjetivo; por el contrario, el servicio público solo da lugar a situaciones objetivas. De allí que, en el concepto tradicional, el concepto de servicio público siempre implica la exclusión o severa limitación de la libertad económica y, por ende, de los mecanismos de mercado.

Con lo cual, en realidad, bajo una adecuada interpretación constitucional, la sola calificación de una actividad como servicio público, por la Ley, es una declaratoria inútil. Por un lado, debemos rechazar que esa sola calificación implique la reserva de la actividad al Estado, pues esa reserva debe ser expresa; tampoco puede admitirse que basta tal calificación para habilitar a la Administración Pública a limitar el ejercicio de la libertad, en tanto esa libertad solo puede limitarse mediante declaración expresa de Ley. Con lo cual, el concepto de servicio público es inútil pues, bajo el Estado de Derecho, su sola invocación por el Legislador no conduce a ninguna consecuencia jurídica precisa. De allí, insistimos, la crítica al concepto tradicional de servicio público, que asume que toda actividad calificada o considerada como servicio público, por esa sola razón, pasa a ser una actividad privativa de la Administración Pública.

De todo ello resulta que el concepto tradicional de servicio público, además de iliberal, es inevitablemente estatista, sin que sea posible –en nuestra opinión– preservar ese concepto pero reconociendo la vigencia de la libertad económica, que es lo que se ha intentado hacer con el concepto de “nuevo servi-

Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Santo Domingo, 3 de octubre de 2017. Consultado en original.

cio público”³². Por el contrario, pareciera que lo prudente es desechar el servicio público como concepto, reconociendo sin embargo que respecto de ciertas actividades económicas la Administración Pública puede intervenir bajo dos modalidades: (i) para ordenar y limitar el ejercicio de esas actividades por la iniciativa privada, y (ii) para gestionar directamente esas actividades económicas³³. Conviene explicar esta propuesta.

En su sentido tradicional, el servicio público es un concepto que remite siempre a la actividad administrativa, lo que supone reconocer que las actividades de servicio público siempre pertenecen al ámbito del sector público y no del sector privado, y que en todos los casos la Administración Pública debe gestionar el servicio público, directamente o indirectamente a través del concesionario. Frente a esa visión, proponemos desechar el concepto de servicio público como actividad administrativa, pero manteniendo el deber del Estado de intervenir para garantizar el acceso a ciertas actividades económicas, de acuerdo a lo previsto en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional. Tal intervención estatal, por medio de la Administración Pública, solo puede asumir dos manifestaciones.

Por un lado, el Estado puede intervenir para asegurar el eficiente intercambio de los bienes y servicios a través de los mecanismos de mercado, ello, a través de la **actividad administrativa de limitación**, la cual se dirige a garantizar el derecho de acceso a tales bienes y servicios. Así, por ejemplo, el

32 Hernández G., José Ignacio, “Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española”, en *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 887 y ss.

33 En suma, la actividad de la Administración Económica puede reconducirse a dos modalidades: la actividad de limitación (cuando la Administración Pública restringe la esfera jurídica del ciudadano) y la actividad de prestación (cuando la Administración Pública asume la oferta de bienes y servicios). Cfr.: Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico, Tomo I*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 50 y ss.

Estado puede intervenir a través de la Administración Pública para regular el intercambio de alimentos. Por el otro lado, el Estado puede intervenir para ofertar directamente bienes y servicios a los fines de garantizar su acceso, a través de la *actividad administrativa de prestación*. Es el caso, por ejemplo, de la importación, producción y comercialización de alimentos asumida por la Administración, o de la actividad de fomento dirigida a subsidiar a la oferta o demanda privadas de alimentos.

Como se observa, no existe como tal una actividad administrativa de servicio público. En realidad, frente a las actividades que han sido consideradas servicio público, la Administración Pública solo puede desplegar los dos cauces de actividad ya señalados: actividad de limitación o actividad de prestación. Ello, recordando que la actividad de limitación queda informada por el principio de legalidad, que exige la habilitación legal expresa para limitar la libertad económica. Con lo cual, la calificación de determinada actividad como servicio público, insistimos, no habilita a la Administración Pública para limitar el libre intercambio, pues esa limitación debe derivar de la expresa previsión legal³⁴.

Nótese que esta propuesta supone superar el impreciso marco conceptual del servicio público, pero no niega la justificación de la intervención de la Administración Pública garantizando el acceso a ciertas actividades de interés general que han sido consideradas o declaradas servicio público. No obstante, al prescindir del impreciso marco conceptual del servicio público, se acotan los cauces de intervención de la Administración Pública en beneficio del principio de certidumbre y en protección de las garantías jurídicas de la libertad

34 Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, Tomo I, cit.

de empresa, que en suma, dimana de la libertad general del ciudadano, como se explica de seguidas³⁵.

2. Hacia el diseño de políticas públicas que permitan a la Administración garantizar el acceso a bienes y servicios considerados servicios públicos en concordancia con los mecanismos de mercado

A. La compatibilidad entre las actividades de servicio público y los mecanismos de mercado

Otra de las críticas del concepto tradicional de servicio público es que, de manera irreflexiva, se asume que los bienes y servicios considerados servicios públicos no pueden ser libremente intercambiados a través de mecanismos de mercado, sino que por el contrario, deben quedar sometidos a mecanismos de intercambio regidos por la Administración Pública a través del “régimen exorbitante”.

Esta consecuencia ignora que el mecanismo de mercado permite la asignación eficiente de recursos y que, por ello, en *condiciones determinadas*, la eficiencia se alcanza a través del libre intercambio de bienes y servicios. Esto quiere decir que, bajo esas condiciones, el intercambio de bienes y servicios tiende al *equilibrio competitivo*, generándose así condiciones de eficiencia³⁶.

35 Véase en general: Villar Ezcurra, José Luis, “Los cauces de la intervención administrativa”, en *Don Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 300 y ss.

36 Este equilibrio supone, en todo caso, que no toda la demanda será atendida al precio competitivo, o sea, al precio de equilibrio. Como sea que las condiciones para tal equilibrio presuponen la existencia de condiciones de competencia efectiva, ello debería permitir que la demanda que no puede ser satisfecha al precio de equilibrio logre satisfacer sus necesidades a través de bienes y servicios sustitutos, o que en todo caso, la demanda no atendida genere incentivos para el incremento de la oferta, todo lo cual volverá a generar un nuevo equilibrio competitivo. Véase en general a Sti-

Sin embargo, esas condiciones no siempre están presentes, motivo por el cual los mecanismos de mercado pueden no garantizar la eficiencia. Tal es lo que se conoce como *fallos de mercado*, los cuales precisamente justifican la intervención del Estado a través de su Administración Pública, tanto a través de la actividad de prestación como mediante la actividad de limitación. En tales casos suele hablarse de *mercados incompletos*, esto es, mercados que no pueden ofrecer los bienes y servicios necesarios para atender toda la demanda al precio de equilibrio. Entre los fallos de mercado más estudiados y relacionados con el “servicio público” se encuentran las fallas de competencia derivadas del monopolio natural; externalidades positivas y los bienes públicos³⁷.

Además de este razonamiento económico, diversos arreglos institucionales –tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Constitucional– han establecido consensos en los cuales se admite que el acceso a ciertos bienes y servicios debe ser garantizado más allá del equilibrio del mercado. Bajo la teoría de la cláusula del Estado Social, ello se relaciona con el cometido conforme al cual el Estado debe garantizar al ciudadano un *mínimo vital*, esto es, la satisfacción de un conjunto de necesidades básicas, que usualmente se relacionan con los

glitz, Joseph y Rosengard, Jay, *Economics of the public sector*, W.W. Norton Company, Nueva York, 2015, pp. 59 y ss.

- 37 La liberalización de servicios públicos promovida entre la década de los ochenta y los noventa, permitió a la doctrina de Derecho Administrativo Iberoamericana interesarse por esta teoría de los fallos de mercado. Entre otros, vid. Miranda Londoño, Alfonso y Márquez Escobar, Carlos Pablo, “Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la redefinición de los objetivos de la regulación”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Tomo II, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 141 y ss. Desde la teoría del nuevo servicio público, vid. Ariño Ortiz, Gaspar, “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”, en *Servicios públicos, regulación y renegociación*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 17 y ss., así como Ariño Ortiz, Gaspar, *et al*, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Madrid, 1999, pp. 235 y ss. En especial, vid. Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, cit., pp. 136 y s.

derechos humanos que antes fueron calificados como derechos prestacionales³⁸. Ello también se relaciona con otra de las causas que justifican la intervención del Estado en la economía, a saber, la redistribución de riqueza, como mecanismo para atender la desigualdad socioeconómica³⁹.

En resumen, frente a las actividades usualmente consideradas servicio público, la Administración Económica interviene con dos propósitos. En *primer* lugar, interviene para atender los fallos que impiden al sector privado intercambiar eficientemente tales bienes y servicios; en *segundo* lugar, interviene a los fines de atender situaciones de desigualdad en el acceso a los servicios públicos. Si bien hay consenso en cuanto a la pertinencia de la primera técnica, existen dudas en cuanto a la segunda, por los efectos adversos que ésta puede tener sobre la economía, de lo cual deriva la necesidad de acotar este tipo de intervención⁴⁰. Particularmente desde el Derecho Internacional, lo anteriormente expuesto se ha vinculado con el ***desarrollo sustentable***, que pasa por asegurar el acceso equitativo

38 Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, cit.

39 Además de la intervención pública económica para atender los fallos de mercado, se ha justificado que el Estado puede intervenir para redistribuir la riqueza atendiendo a situaciones de desigualdad, típicamente, a través de la actividad administrativa prestacional. Así, por ejemplo, el Estado podría suministrar alimentos, u otorgar subsidios, con el propósito de asegurar el acceso equitativo a alimentos. Cfr.: Gruber, Jonathan, *Public Finance and Public Policy*, Worth Publishers, Nueva York, 2005, pp. 3 y ss.

40 La redistribución de riqueza, al expandir el gasto público, puede generar desequilibrios económicos y además, puede crear incentivos adversos a la eficiencia. En todo caso, de acuerdo con la teoría de la economía del bienestar –que promueve la maximización de beneficios a través de la eficiencia– la asignación inicial de recursos por el Estado, por ejemplo, como medida de fomento administrativo para satisfacer ciertas necesidades, puede canalizarse eficientemente a través del mecanismo de mercado, el cual podría así encargarse de la eficiente asignación de esos recursos. Cfr.: Mankiw, N. Gregory, *Principles of economics*, South-Western, Mason, 2012, pp. 280 y ss.

a ciertos bienes y servicios, particularmente, en materia de alimentación y salud⁴¹.

El derecho a la alimentación es buen ejemplo de lo anterior. Como principio, la oferta y demanda de alimentos debe responder a los mecanismos de mercado a fin de procurar condiciones de eficiencia económica. Sin embargo, el mecanismo de mercado puede fallar, de lo cual resultarán mercados incompletos que se traducen en demanda insatisfecha de alimentos. Cuando esa situación coloca en riesgo el derecho a la alimentación –esto es, el derecho de acceso a alimentos indispensables para garantizar la vida y la salud– entonces, tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Internacional imponen al Estado el deber de intervenir, sea a través de la actividad de limitación o de la actividad de prestación⁴².

*B. La gradación de la actividad administrativa
y el análisis costo-beneficio*

La clave de nuestra propuesta reside en el principio de *subsidiariedad*, cuyo fundamento constitucional es la primacía de la sociedad civil sobre el Estado: éste no puede asumir las actividades que la sociedad libre y organizada puede atender. Por el contrario, solo cuando la sociedad no puede atender determinada actividad considerada de interés general –en especial por su conexión con derechos humanos– entonces, el Estado asumirá la *garantía de suministro* de esa actividad a través de la Administración Económica⁴³. Junto a tal principio,

41 Sach, Jeffrey, *The age of sustainable development*, Columbia University Press, Nueva York, 2015, pp. 275 y ss.

42 De allí la relevancia que el Derecho Internacional ha prestado al derecho de acceso a bienes y servicios indispensables para la atención de derechos humanos, como la alimentación, ante los riesgos derivados de hambrunas y emergencias complejas. Véase por ejemplo a Macrae, Joanna y Zwi, Anthony, “Famine, Complex Emergencies and International Policy in Africa”, en *War and hunger*, Zed Book, Londres, 1994, pp. 6 y ss.

43 Fernández Farreres, Germán, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica”, en *Estudios de Derecho Público Eco-*

rige también el *principio de menor intervención*, conforme al cual la Administración Pública debe adoptar la técnica de intervención menos lesiva a la libertad general del ciudadano⁴⁴.

Nótese que hemos aludido a la garantía de suministro, conforme a la cual, el Estado –a través de la Administración Pública– debe garantizar el acceso a ciertos bienes y servicios esenciales, como la alimentación, conforme a los principios de subsidiariedad y menor intervención. Estos principios permiten establecer la gradación de las técnicas de intervención administrativa, desde la menos lesiva a la libertad general del ciudadano a la más intrusiva:

- Como regla, la Administración Económica deberá intervenir mediante la actividad de fomento, mediante subsidios directos y no regresivos que, que por ejemplo, atiendan fallos de mercados derivados de externalidades positivas.
- Si esta técnica es insuficiente, entonces, la Administración Económica podrá asumir la gestión directa de actividades, asumiendo la oferta de bienes y servicios pero sin excluir a la iniciativa privada.
- Si la actividad de prestación –por medio de la actividad de fomento y de la actividad de gestión económica– resulta insuficiente, entonces, la Administración Económica podrá desplegar técnicas de limitación, siempre adoptando la técnica menos lesiva a la libertad general, la cual podrá ir incrementándose en la estricta medida necesaria para cumplir con la garantía de suministro.

nómico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer, cit., pp. 165 y ss.

44 Cfr.: Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, cit.

Esta gradación de la actividad administrativa, además, permite implementar el *control costo-beneficio*, que basado en evidencias, puede determinar en qué medida los costos asociados a las técnicas de intervención administrativa promueven eficientemente la garantía de acceso a las actividades consideradas o declaradas servicios públicos. El control costo-beneficio promueve que la actividad administrativa se oriente a la satisfacción objetiva de las necesidades de los ciudadanos, sin la subjetividad presente en el concepto tradicional de servicio público⁴⁵.

C. Respondiendo a algunas críticas

Ahora bien, nuestra posición podrá ser criticada por pretender extender el mecanismo de mercado a la satisfacción de necesidades que, al estar asociadas con derechos humanos, no deberían ser sometidas a tales mecanismos. Tal crítica parte de algunos malentendidos que conviene aclarar.

No hay duda en cuanto al deber del Estado de asegurar la satisfacción de ciertas necesidades asociadas a derechos humanos y, por ende, a la dignidad humana, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en diversos Tratados de Derechos Humanos, especialmente, considerando la teoría general del Estado Social de Derecho⁴⁶. Tampoco se pretende cuestionar la pertinencia de la intervención del Estado en la economía, en tanto esa intervención es incluso necesaria para asegurar el correcto funcionamiento de los mecanismos de mercado⁴⁷.

45 Sunstein, Cass, *The costo-benefit Revolution*, The MIT Press, Cambridge, 2018, pp. 207 y ss.

46 Parejo Alfonso, Luciano, "El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos", en *Revista de Administración Pública* N° 153, Madrid, 2000, pp. 217 y ss.

47 Véase en este sentido a Singer, Joseph William, *No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime*, Yale University Press, New Haven, 2015, pp., 179 y ss.

Lo que cuestionamos es la visión según la cual la única vía para garantizar el derecho de acceso a tales bienes y servicios sea la *publicatio* de tales actividades, sometiendo éstas a un régimen exclusivo de Derecho Administrativo bajo el control total de la Administración Pública. Tal visión niega de plano la libertad de la sociedad civil para organizarse a los fines de satisfacer sus propias necesidades y, por ende, entraña un riesgo considerable no solo para la propia libertad sino, además, para la garantía efectiva de ese derecho de acceso, tal y como lo demuestra el caso venezolano, al cual nos referiremos más adelante.

Asimismo, no debe perderse de vista que la acción del Estado para garantizar tal derecho de acceso debe dirigirse a ampliar el ámbito efectivo de libertad general del ciudadano, tal y como Amartya Sen concluyó⁴⁸. Tal es precisamente el aporte de los estándares de buena administración: recordar que la actividad administrativa orientada a garantizar el derecho de acceso a bienes y servicios considerados servicios públicos, debe partir de la centralidad del ciudadano, y no de la centralidad del Estado⁴⁹.

Nuestra propuesta tampoco se basa en la primacía absoluta del mecanismo de mercado, pues como vimos, este mecanismo puede fallar. En tales casos, y siempre de conformidad con el análisis económico y los principios de subsidiariedad y menor intervención, el Estado deberá intervenir a través de su Administración Pública. Con lo cual, el derecho de acceso a las actividades declaradas o consideradas servicios públicos debería ser garantizado por la Administración Pública, únicamente ante fallas que impidan a los mecanismos de mercado proveer

48 Sen, Amartya, *Development and freedom*, Anchor Books, Nueva York, 1999, pp. 13 y ss

49 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012. Recientemente, vid. Rodríguez-Arana, Jaime y Hernández G., José Ignacio (editores), *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

los bienes y servicios considerados servicio público, tomando en cuenta además los cometidos del Estado que justifican la redistribución de la riqueza⁵⁰.

Nuestra aproximación coloca en el centro del problema al ciudadano. En efecto, la teoría general del servicio público pivota en torno al Estado, reduciendo notablemente el rol del ciudadano, todo lo cual genera incentivos para políticas clientelares. Por el contrario, al diseñar técnicas de intervención conformes con el mecanismo de mercado, el centro se traslada del Estado al ciudadano, pues el principio básico es que el ciudadano, en ejercicio de su libertad general, debe estar en capacidad de satisfacer sus propias necesidades –sin perjuicio del deber de Estado de intervenir cuando sea necesario, de conformidad con los principios de subsidiariedad y menor intervención⁵¹.

III. LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A SERVICIOS PÚBLICOS Y EL ESTADO FALLIDO EN VENEZUELA

El caso de Venezuela permite analizar muy bien los riesgos derivados de la visión estatista de servicio público que, bajo una concepción totalitaria, destruye completamente los mecanismos de mercado y la libertad general del ciudadano, el cual

50 Estas fallas pueden afectar la eficiencia de los mecanismos de mercado, como sucede por ejemplo con las actividades basadas en redes, como el suministro de agua, telecomunicaciones y electricidad. Asimismo, externalidades positivas pueden causar desequilibrios en la oferta y la demanda, como es el caso de la educación. Finalmente, hay actividades que deben ser prestadas en condiciones no-rivales y no-exclusivas, como los servicios de seguridad. En todos esos casos se justifica la intervención pública para asegurar el derecho de acceso a actividades que satisfacen derechos humanos.

51 Los estándares de buena administración, como vimos, realzan la primacía del ciudadano y su libertad, sin desatender los deberes del Estado respecto de la satisfacción de necesidades asociadas con la dignidad humana. Cfr.: Rodríguez-Arana, Jaime, “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, en *Revista de Derecho Público* N° 113, Caracas, 2008, pp. 31 y ss.

queda sometido a vínculos de dependencia con la Administración Pública para acceder a bienes y servicios usualmente catalogados como servicios públicos. Al destruirse los mecanismos de mercado, la gestión de tales servicios En Venezuela inevitablemente derivó en ineficiencias y, con el tiempo, en el colapso generalizado de servicios públicos, todo lo cual ha sido determinante para el colapso de la capacidad estatal de Venezuela y la emergencia humanitaria compleja por la cual el país actualmente atraviesa.

1. El colapso de los servicios públicos en Venezuela, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración Pública en el Derecho doméstico

Según vimos antes, a partir de 2005 comenzó a implementarse el llamado modelo socialista que derivó en la ampliación de los controles del Estado sobre la economía, especialmente, respecto de actividades declaradas o consideradas servicio público, como es el caso de la alimentación y la salud, entre otras. Tal modelo, en parte, pudo ser implementado debido al control del Gobierno nacional sobre los ingresos petroleros. De esa manera, el *boom* petrolero del 2004 –junto al incremento de la deuda pública– permitieron al Estado desviar tales ingresos para financiar el modelo socialista, incluso, a través arbitrarias expropiaciones en sectores considerados servicios públicos, como la alimentación.

Al ser Venezuela un Petro-Estado, los ingresos petroleros captados por el Gobierno crean incentivos para la concentración de funciones y la creación de vínculos de dependencia con el ciudadano. Eso fue lo que pasó a partir de 2005, pues ante el *boom* de los precios del petróleo, el Gobierno amplió el gasto público, además, impulsado por los ingresos derivados del endeudamiento público. Como resultado, el Gobierno creó diversos programas sociales basados en la protección del “pueblo” en contra de las élites (representadas, entre otros, por

el sector empresarial), todo lo cual afectó las bases del Estado de Derecho⁵².

Tal modelo era, por ende, insostenible a largo plazo, como quedó en evidencia a partir de 2014. Para entonces, la politización inherente al modelo socialista había afectado severamente la producción petrolera a cargo del Estado, lo que junto con la caída de los precios del petróleo llevó al colapso de los ingresos fiscales⁵³. Debido al sobre-endeudamiento, el Estado no pudo acceder a nuevas fuentes de financiamiento para atender el déficit fiscal, todo lo cual se tradujo en el colapso del gasto público, en especial, asociado a los servicios públicos que el Gobierno había decidido nacionalizar. Además, con un esquema de tarifas subsidiadas, la caída del gasto público afectó incluso más la inversión pública⁵⁴.

Este colapso puede ser medido desde dos perspectivas: la *capacidad estatal* y la *satisfacción de necesidades básicas*, en especial, relacionadas con la alimentación y con la salud.

52 Véase en general a Brewer-Carías, Allan, *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

53 La industria petrolera venezolana, controlada por el Estado, genera la práctica totalidad de las divisas por exportación. Por ello, el colapso de esa industria –como resultado del modelo socialista– derivó en el colapso de ingresos fiscales. Sobre el colapso de la industria petrolera, vid. Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2018.

54 Desde la perspectiva económica, vid. Barrios, Douglas y Santos, Miguel Angel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, en *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2017, pp. 91 y ss. Desde la perspectiva del servicio público, véase nuestro balance en: Hernández G., José Ignacio, “La regulación económica de actividades de interés general y la vuelta a modelos estatistas”, en *Modernizando el Estado para un País Mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010, pp. 143 y ss.

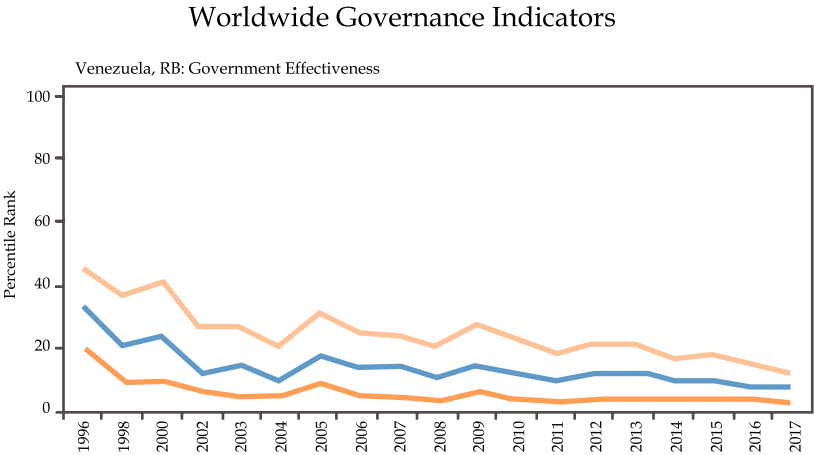
A. *El colapso de los servicios públicos y
el Estado fallido en Venezuela*

El modelo socialista amplió los cometidos del Estado, en especial, como resultado de la expansión del servicio público a actividades económicas que fueron asumidas por el Estado. Al mismo tiempo, la ausencia de controles efectivos promovió la corrupción mediante políticas clientelares que socavaron la capacidad de la Administración Pública de atender los crecientes cometidos del Estado. Todo ello derivó en lo que se conoce como *fallas en la capacidad estatal*, que en casos extremos puede dar lugar a *Estados fallidos*, o como se conoce actualmente, *Estados frágiles*. Esto es, Estados que no pueden atender debidamente sus cometidos relacionados con la satisfacción de necesidades esenciales relacionadas con derechos humanos, como la alimentación y la salud. Como resultado de lo anterior, en Venezuela surgieron *áreas de limitada acción estatal*, o sea, áreas que no pudieron ser atendidas por la Administración Pública, lo cual permitió que en sustitución de la Administración Pública surgiesen mecanismos informales de gobernanza, como por ejemplo, los mercados negros⁵⁵.

De esa manera, el colapso de los servicios públicos en Venezuela es índice relevador de las fallas del Estado y en particular, de su Administración Pública, la cual no pudo atender todos los cometidos que el Estado comenzó a asumir, incluso, respecto de la satisfacción de necesidades usualmente consideradas de servicio público. Tales fallas pueden medirse, entre

55 Debido al rol determinante de la Administración Pública en el Estado moderno, las fallas en la capacidad estatal suelen estar asociadas a fallas en la Administración Pública. Cfr.: Risse, Thomas, "Governance in Areas Of Limited Statehood", *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 700 y ss.; Rotberg, Robert, "Failed States, Collapsed States, Weak States", en *State failure and State Weakness in a Time of Terror*, World Peace Foundation and Brookings Institution Press, Cambridge-Washington DC., 2003, pp. 1 y ss., y Woodward, Susan, *The Ideology of failed States*, Cambridge University Press, Nueva York, 2017, pp. 12 y ss., y 34 y ss.

otros parámetros, con el declive de los indicadores de gobernanza medidos por el Banco Mundial referidos a la efectividad del Gobierno en Venezuela⁵⁶:

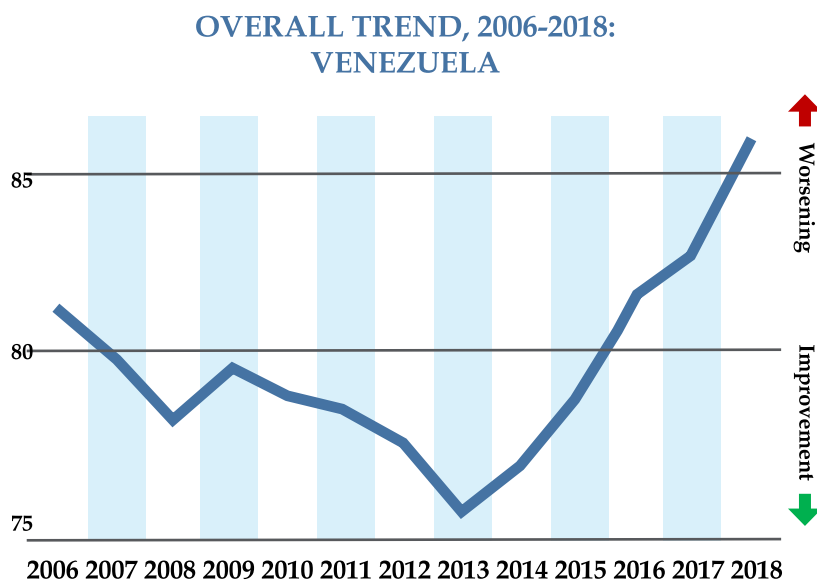


Cuadro N° 1: Indicadores mundiales de Gobernanza para Venezuela: efectividad del Gobierno. Fuente: Banco Mundial

Asimismo, el siguiente cuadro refleja el deterioro progresivo de la capacidad estatal de Venezuela⁵⁷:

56 Tomado de: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#reports>

57 Tomado de: <http://fundforpeace.org/fsi/country-data/>



Cuadro N° 2: Capacidad estatal de Venezuela

Fuente: Fund for Peace

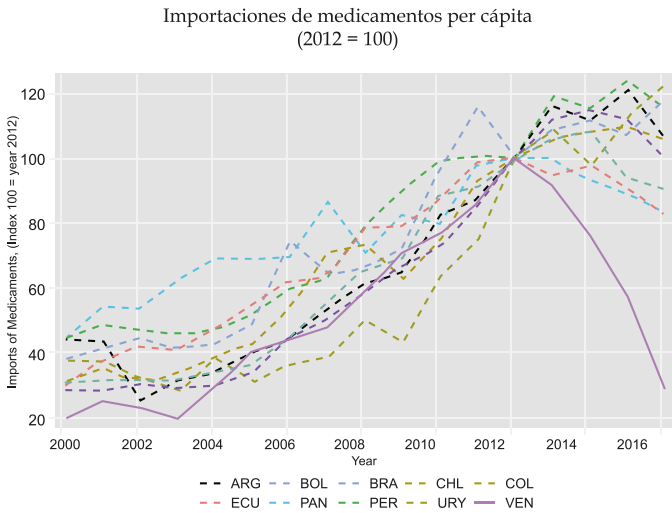
En resumen, el progresivo deterioro de la capacidad de la Administración Pública en Venezuela fue resultado de políticas clientelares aupadas por el Petro-Estado, lo cual socavó la capacidad del Estado de atender los servicios públicos que de manera expansiva habían sido asumidos. Estas fallas en la capacidad estatal, como veremos en el siguiente punto, fueron determinantes para la emergencia humanitaria compleja.

*B. El colapso en los servicios públicos
y la desatención de necesidades esenciales*

Además, el colapso económico impidió que amplios sectores de la población venezolana pudiesen acceder a bienes y servicios esenciales, en especial, dentro de los sectores de la alimentación y la salud. Como vimos, el modelo socialista aupado por el *boom* petrolero impulsó las importaciones en

esos sectores, las cuales fueron dramáticamente recortadas cuando los ingresos fiscales colapsaron. El siguiente gráfico resume esta situación en ambos sectores⁵⁸:

Colapso en importaciones de medicamentos: 70% 2012-2016



Fuente: UNCOMTRADE

Cuadro N° 3. Colapso de las importaciones en el sector medicamentos

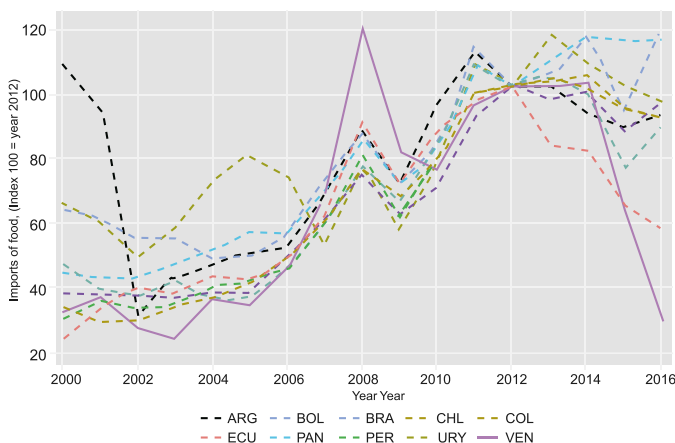
Fuente: Miguel Ángel Santos

58 Tomado de: <http://www.miguelangelsantos.net/presentations>. Esta presentación recoge parte de las investigaciones adelantadas en el Centro para el Desarrollo Internacional (CID), en Harvard Kennedy School, dirigido por el profesor Ricardo Hausmann.

Colapso en importaciones de alimentos: 70% 2014-2016



Importaciones de alimentos per cápita
(2012 = 100)



Fuente: UNCOMTRADE

Cuadro N° 4. Colapso de las importaciones en el sector alimentos

Fuente: Miguel Ángel Santos

En el medio de este colapso económico, el derecho de acceso a los servicios públicos –con las acotaciones conceptuales antes formuladas– carece hoy día de garantías efectivas en Venezuela. Así, la exacerbación de la visión estatista y totalitaria del servicio público llevó al Estado a implementar controles centralizados que, con el colapso de los ingresos fiscales, resultaron insostenibles. Al haber sido destruidos los mecanismos de mercado, las necesidades asociadas a esos servicios (salud y medicamento, por ejemplo) quedaron desatendidas: ni el sector privado pudo atender esas necesidades –debido a su colapso, resultado de los controles socialistas implementados– ni pudo hacerlo tampoco el sector público –visto el colapso de la capacidad estatal.

Bajo condiciones ordinarias del Estado de Derecho, el colapso de los servicios públicos en Venezuela ha debido permitir a los ciudadanos ejercer los mecanismos de tutela judicial a los cuales hemos hecho referencia, y que permiten no solo formular demandas a la Administración Pública para asegurar el correcto cumplimiento de los cometidos estatales sino que, además, permiten reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los estándares mínimos de satisfacción de necesidades de interés general, usualmente englobadas bajo el impreciso concepto de servicio público⁵⁹. Empero, el colapso de los servicios público en Venezuela coincidió con el desmantelamiento del Estado de Derecho y su sustitución por un modelo totalitario en el cual se eliminó la eficacia del control judicial sobre la Administración Pública⁶⁰. Por ello, los controles previstos en la Constitución no pudieron detener el colapso del Estado venezolano y, en especial, el colapso de los servicios públicos, en áreas como la alimentación y la salud.

2. El colapso de los servicios públicos en Venezuela, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración Pública en el Derecho Internacional: la emergencia humanitaria compleja. Una nota sobre el –polémico– Derecho Administrativo Global

El colapso de los servicios públicos en Venezuela es relevante, también, desde la perspectiva del Derecho Internacional. En efecto, ese colapso encuadra dentro de lo que se conoce como *emergencia humanitaria compleja*.

59 De manera tradicional el Derecho Administrativo venezolano ha admitido la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por la indebida prestación de servicios públicos. El artículo 140 de la Constitución de 1999 amplió este sistema al reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad e inactividad de la Administración Pública. En general, vid. Badell Madrid, Rafael, *Responsabilidad del Estado en Venezuela*, Caracas, 2001, pp. 38 y ss.

60 Brewer-Carías, Allan, *Estado totalitario y desprecio a la Ley*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 95 y ss.

Así, según la Organización Mundial de la Salud, la **emergencia compleja** es toda situación que afecta la calidad de vida y genera riesgos a la vida, como resultado de guerras, disturbios civiles y migraciones, en la cual toda respuesta de emergencia debe ser conducida en entornos políticos y de seguridad hostiles⁶¹. De acuerdo con David Keen, las emergencias complejas son crisis humanitarias relacionadas con conflictos violentos –como guerras civiles, limpieza étnica y genocidios– con lo cual son emergencias generadas por la acción humana. Por ello, la emergencia compleja se diferencia de la emergencia ocasionada por desastres naturales⁶².

En tal sentido, el Comité Permanente Interinstitucional, enfocado a la asistencia humanitaria, ha señalado que la crisis compleja es ocasionada en países en los cuales ha **colapsado la autoridad central**, como resultado de conflictos civiles o agresiones extranjeras, con lo cual, tales crisis requieren respuestas desde la comunidad internacional así como una importante labor de coordinación política doméstica⁶³. Este concepto, reiterado por la Oficina de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para la Coordinación de Asuntos Humanitarios, coloca el énfasis en las causas políticas de la crisis y sus consecuencias sobre los derechos humanos. En tales casos, el Derecho Internacional reconoce diversos mecanismos de cooperación internacional orientados a paliar los efectos de esta emergencia⁶⁴.

Como se observa, hay una estrecha relación entre la **emergencia humanitaria compleja** y el **Estado fallido**, al punto que ésta puede ser considerada como una consecuencia del colapso

61 Wisner, B., y Adams, J., *Environmental health in emergencies and disasters. A practical guide*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2002, pp. 4 y ss.

62 Keen, David, *Complex emergencies*, Polity Press, Malden, 2008, pp. 1 y ss.

63 Inter-Agency Standing Committee, Working Group XVIth meeting, “Definition of complex emergencies”, 2004.

64 Por ejemplo, véase el informe *Civil-Military Guidelines & Reference for Complex Emergencies*, Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios, 2008.

del Estado⁶⁵. Así, la incapacidad del Estado para atender sus cometidos puede degenerar a la desatención de necesidades básicas para garantizar los derechos humanos de la vida, la salud y la dignidad humana. Nótese que en tales casos la crisis humanitaria es ocasionada por el colapso de la capacidad estatal, típicamente como resultado de políticas públicas clientelares y predatorias que afectaron sensiblemente la autoridad central. Más en concreto, la crisis humanitaria compleja suele estar asociada a la incapacidad de la Administración Pública de cumplir con los cometidos estatales relacionados con la garantía de acceso a bienes y servicios esenciales⁶⁶.

Tal es, precisamente, el caso de Venezuela. En efecto, las medidas socialistas que comenzaron a implementarse en 2005, como vimos, derivaron en controles centralizados que destruyeron los mecanismos de mercado, y que mediante políticas clientelares y predatorias destruyeron la riqueza de la sociedad civil, creando vínculos de dependencia con el Gobierno. Ello pervirtió la idea del servicio público, pues la intervención administrativa no se orientó a satisfacer necesidades de interés general de manera no-discriminatoria, sino que por el contrario, se enfocó a la provisión de bienes y servicios con fines claramente clientelares –lo que solo fue posible por la abundancia de recursos derivada del *boom* petrolero⁶⁷. En especial,

65 Väyrynen, Raimo, “Complex Humanitarian Emergencies: Concepts and Issues”, en *War, Hunger, and Displacement: Volume 1*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 44 y ss.

66 Las políticas clientelares orientan el gasto público a la satisfacción de necesidades inmediatas de los electores, en lo que también es conocido como políticas de patronaje. En ocasiones, tales políticas degeneran en políticas predatorias, esto es, políticas que destruyen la riqueza de la sociedad creando vínculos de dependencia, típicamente por regímenes autoritarios. Cfr.: Fukuyama, Francis, *Political order and political decay: from the industrial revolution to the globalization of democracy*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2014, pp. 145 y ss. Véase también: Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, Crown Business, New York, 2012, pp. 70 y ss.

67 Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 438 y ss.

los bienes y servicios asociados a la alimentación y a la salud, fueron distribuidos por la Administración Pública por mecanismos clientelares, opacos y por ende, inestables⁶⁸.

El colapso fiscal impidió al Gobierno mantener esta ineficiente estructura de distribución de bienes y servicios, al mismo tiempo que los controles socialistas minaron la capacidad del sector privado. El resultado de ello fue la severa contracción de la oferta de bienes y servicios esenciales, particularmente, la alimentación y salud, todo lo cual desencadenó la violación del derecho de acceso a esos bienes, con la consecuente lesión a los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad y a la integridad personal. Esto degeneró en la *emergencia humanitaria compleja* venezolana, que fue así causada por las políticas clientelares y predatorias impuestas desde 2005, y que fueron continuadas después de 2014, incluso, cuando esa crisis ya había comenzado a evidenciar sus efectos sobre la población civil⁶⁹. Pero además, los mecanismos de alivio reconocidos en el Derecho Internacional Humanitario han sido bloqueados en Venezuela⁷⁰. De ello resulta que la crisis humanitaria compleja

68 A tales fines, el Gobierno creó estructuras paralelas dependientes de la Presidencia de la República, denominadas “misiones”, las cuales asumieron la implementación de los programas sociales, típicamente, en los sectores de alimentación y salud. Cfr.: Brewer-Carías, Allan, “Una nueva tendencia en la organización administrativa venezolana: las “misiones” y las instancias y organizaciones del “poder popular” establecidas en paralelo a la Administración Pública” en *Retos de la Organización Administrativa Contemporánea, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (26-27 de septiembre de 2011)*, Corte Suprema de Justicia, Universidad de El Salvador, Universidad Doctor José Matías Delgado, El Salvador, 2011, pp. 927 y ss.

69 Por ejemplo, vid.: <https://www.usaid.gov/crisis/venezuela-regional>

70 Como vimos, en casos de emergencias o crisis humanitarias complejas, el Derecho Internacional admite la relevancia de la cooperación internacional suministrando bienes y servicios esenciales mediante planes de contingencia. Ello requiere, en todo caso, la colaboración el Gobierno del Estado que atraviesa esa crisis. El régimen venezolano, sin embargo, no solo ha negado tales mecanismos de cooperación sino que además, ha negado la existencia de crisis humanitaria. Vid.: <https://elnuevopais.net/2018/09/10/jorge-arreaza-niega-en-la-onu-crisis-humanitaria-en-venezuela/>

es una grave violación a derechos humanos imputable al Gobierno.

De esa manera, en cuanto a la violación de derechos humanos derivados del colapso económico en Venezuela, considerando la violación del derecho de acceso a los considerados servicios públicos como alimentación y salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha concluido lo siguiente⁷¹:

“El deterioro de la situación de derechos humanos, y las alteraciones del Estado de Derecho y sistema democrático en Venezuela, se presentan en un contexto de retrocesos y débil capacidad institucional para garantizar niveles adecuados de vida a la población. La CIDH advierte con preocupación la existencia de una profunda crisis económica y social en Venezuela, caracterizada por un significativo aumento de la pobreza y la pobreza extrema, así como de enormes dificultades de acceso a alimentos, medicamentos, servicios de salud y vivienda adecuada por grandes sectores de la población...”

Por su parte, el Panel de Expertos Internacionales designados por la Organización de Estados Americanos concluyó que la crisis económica y social es imputable a las políticas clientelares y predatorias⁷²:

“La crisis humanitaria no es producto de la casualidad, ni el resultado de una guerra económica iniciada por un enemigo interno compuesto por grupos fragmentados de oposición y civiles hambrientos. La única entidad con la capacidad de afectar la economía de esta forma necesita

71 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Institucionalidad democrática, Estado de Derecho y derechos humanos en Venezuela*, 2017, p. 221.

72 Cfr.: *Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela*, 2018, pp. 202 y ss.

control de las instituciones de gobierno en el territorio nacional. De esta única forma, las políticas económicas y alimentarias pueden implementarse. Nicolás Maduro y su régimen son los únicos actores con control de estas instituciones, lo que les otorga el monopolio de la política económica, política y social del país. La única guerra económica que se ha declarado es la del Régimen a su propia gente, al sostener intencionalmente una crisis humanitaria caracterizada por el hambre y la enfermedad que no ha sido y no es, inevitable”

Además de provocar la crisis humanitaria compleja con políticas predatorias y obstaculizar los mecanismos de cooperación admitidos en el Derecho Internacional, el Gobierno venezolano ha utilizado los debilitados programas sociales en alimentación y salud como instrumentos de persecución política, en lo que el citado Informe denominó la *politización de los servicios públicos*. De esa manera, el acceso a bienes de alimentación y salud ha quedado condicionado a programas políticamente controlados por el Gobierno, lo que, según el Informe, constituye un crimen de lesa humanidad (persecución por motivos políticos) de acuerdo con el Estatuto de Roma:

“El contexto donde se producen las violaciones a los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela se encuentra profundamente afectado por una grave crisis humanitaria. Debido a la escasez de medicamentos e insumos médicos, para la mayoría de los venezolanos es sumamente difícil obtener atención médica esencial. Y la escasez severa de alimentos y otros Artículos son un obstáculo para que una buena parte de los habitantes tengan una nutrición adecuada y atiendan las necesidades básicas de sus familias (...)

La respuesta frente a esta crisis no ha sido otra que intimidar y reprimir a quienes denuncian esta situación. Tampoco han articulado ni implementado políticas efectivas para mitigar la crisis, y han realizado acciones muy

limitadas para obtener la asistencia humanitaria internacional que podría mejorar sustancialmente los resultados de sus limitados esfuerzos...”

Esto quiere decir que la violación del derecho de acceso a los considerados servicios públicos, como la alimentación y salud, compromete la responsabilidad internacional, en especial, de aquellos funcionarios responsables de tales violaciones, incluso, de cara al Estatuto de Roma. Ello constituye un caso poco usual en el cual el Estatuto de Romo es aplicado, incluso, respecto de presuntos crímenes de lesa humanidad relacionados con erradas políticas públicas en materia de servicios públicos⁷³.

Asimismo, y en virtud de la crisis humanitaria compleja derivada del colapso de la capacidad estatal, la señalada violación del derecho de acceso a los considerados servicios públicos permite invocar el principio de *responsabilidad para proteger* (responsability to protect), de acuerdo con el cual, la comunidad internacional está en el deber de intervenir para impedir graves violaciones a derechos humanos⁷⁴.

En este punto, sin embargo, la tradicional vinculación del Derecho Administrativo con la concepción tradicional de soberanía estatal, se erige en obstáculo para la aplicación del prin-

73 Cabe recordar que, con base en este Informe, diversos Estados han referido el caso de Venezuela a la Corte Penal Internacional. Vid.: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela&ln=Spanish>

74 El principio de responsabilidad para proteger se inserta en una nueva concepción de la soberanía estatal, en el sentido que reconoce que tal soberanía no es un obstáculo absoluto que impida el deber de asistencia de otros Estados para atender graves violaciones a derechos humanos, incluso, en el marco de emergencias complejas. En casos de crímenes de genocidio, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y limpieza étnica, los Estados tienen el deber de intervenir para brindar su asistencia, a los fines de prevenir violaciones a derechos humanos derivados de esos graves crímenes. Cfr.: Barnes, Richard y Tzevelekos, Vassilis, “Beyond responsibility to protect”, en *Beyond responsibility to protect*, Intersentia, Cambridge, 2016, en especial, pp. 7 y ss.

cipio de responsabilidad para proteger. En efecto, el concepto tradicional de servicio público está atado al concepto tradicional de soberanía, conforme al cual, la gestión de servicios públicos es un asunto de la estricta soberanía del Estado, lo cual tiende a reducir la incidencia del Derecho Internacional. Frente a ello se erige la mundialización de los derechos humanos, conforme al cual la protección de derechos humanos relacionados con servicios públicos ya no puede ser considerada como un asunto de la estricta soberanía estatal. Con lo cual, la aplicación del principio de responsabilidad para proteger debe enmarcarse dentro del llamado Derecho Administrativo Global, conforme al cual, la Administración Pública en Venezuela queda sometida a controles internacionales, especialmente, para la efectiva garantía de derechos humanos, incluso, en el marco del señalado principio de responsabilidad para proteger⁷⁵.

Como puede observarse, el caso de Venezuela ilustra muy bien cómo las fallas del Derecho Administrativo pueden degenerar en violaciones a derechos humanos relevantes incluso en el ámbito del Derecho Internacional. En efecto, más allá del modelo de Derecho Administrativo definido por cada Estado, lo cierto es desde la perspectiva comparada, puede sostenerse que actualmente la garantía del derecho de acceso a bienes y servicios esenciales –calificados o considerados como servicios públicos– es considerada un cometido estatal que debe ser atendido a través de la Administración Pública. Por ende, la incapacidad de la Administración Pública en cumplir ese cometido puede derivar en violaciones a derechos humanos que, en casos extremos, pueden incluso suponer un caso de crímenes de lesa humanidad. No se tratará, ciertamente, de crímenes derivados de un solo acto perpetrado por el Estado,

75 Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2016.

sino de crímenes que son resultado de la lenta acumulación de fallas en la Administración Pública⁷⁶.

3. Algunas lecciones del caso venezolano

El caso venezolano es, ciertamente, extremo. Con todo, permite comprender muy bien los riesgos de las fallas de la Administración Pública en garantizar el acceso a bienes y servicios considerados esenciales. Conviene, a modo de recapitulación, extraer algunas lecciones de ese caso.

La *primera lección* es que la emergencia humanitaria compleja reflejada en la violación del derecho de acceso a los servicios públicos, tales y como la alimentación y la salud, fue ocasionada por políticas públicas clientelares y predatorias que, en todo caso, pudieron ser implementadas debido al grado de control que tradicionalmente la Administración Pública ha ejercido sobre las actividades de servicio público.

Como analizamos en la primera parte, el concepto de servicio público que ha prevalecido en Venezuela considera que las actividades declaradas o consideradas servicios públicos son actividades administrativas, con lo cual, la iniciativa privada solo puede participar bajo el control del Estado. Como resultado de ello, el régimen jurídico del servicio público tradicional excluye a los mecanismos de mercado, y coloca todo el peso de la garantía de acceso a tales servicios en la capacidad de la Administración Pública.

76 La evolución del Derecho Internacional ha permitido considerar que los graves crímenes contra los derechos humanos pueden ser ocasionados por el efecto acumulado de sucesivos actos. Por ejemplo, el embajador venezolano Diego Arria, quien presidiera el Consejo de Seguridad, se refirió en su oportunidad al "genocidio en cámara lenta" en Srebrenica (Nice, Sir Geoffrey y Wade, Francis, "Preventing the next genocide. Burma's rohingya minority could fall victim to full-scale genocide if the international community doesn't intervene", *Foreign Policy*, 12 de mayo de 2014).

Esta concepción entraña riesgos importantes al llamado derecho de acceso a los servicios públicos, en la medida en que la efectividad de tal derecho depende únicamente de la Administración Pública. Cabe así identificar dos riesgos: (i) la creación de vínculos de dependencia del ciudadano con la Administración Pública, que incentiven políticas clientelares y predatorias, y (ii) la vulnerabilidad de tal acceso, al depender de la actividad de la Administración Pública.

La *segunda lección* es que la crisis humanitaria en Venezuela, entre otras causas, fue promovida por la destrucción de los mecanismos de mercado. El propio concepto tradicional de servicio público en Venezuela, como vimos, supone la exclusión de los mecanismos de mercado, todo lo cual coloca en riesgo el eficiente intercambio de bienes y servicios considerados servicios públicos.

Con lo cual, es preciso realzar la idea según la cual el acceso a bienes y servicios considerados o declarados servicios públicos no es necesariamente incompatible con los mecanismos de mercado. Por el contrario, tales bienes y servicios deben ser intercambios a través de tales mecanismos, sin perjuicio de las técnicas de limitación y prestación que la Administración Económica pueda desplegar de conformidad con los principios de menor intervención y subsidiariedad.

La *tercera lección*, que deriva de los dos anteriores, es que el llamado derecho de acceso a los servicios públicos estará en riesgo en aquellos modelos en los cuales la efectividad de tal derecho dependa exclusivamente de la Administración Pública, como tiende a suceder bajo el concepto tradicional del servicio público. Se insiste: la emergencia humanitaria compleja venezolana fue posible, en primer lugar, pues la Administración Pública pudo ejercer el control de las actividades consideradas servicio público, como la alimentación y la salud.

La *cuarta y última lección* es que en modelos en los cuales el derecho de acceso a los servicios públicos depende exclusivamente de la Administración Pública, los fallos en la capacidad estatal pueden derivar en la violación de tal derecho y, en casos extremos, en emergencias humanitarias complejas violatorias del derecho a la vida, a la salud, a la integridad y a la dignidad personal, entre otros. Pero además, debido a los vínculos de dependencia derivados del concepto tradicional del servicio público, esas crisis crean incentivos para políticas predatorias conducidos por regímenes autoritarios: lejos de coadyuvar a la solución de la crisis, el Gobierno –como sucedió en el caso venezolano– puede optar por mantener o agravar la crisis y, con ello, incrementar su dominación sobre la debilitada sociedad civil.

Estas lecciones no pretenden señalar una relación de causalidad entre el concepto tradicional de servicio público y las emergencias humanitarias complejas. El caso venezolano es, ciertamente, extremo y excepcional. Pero con todo, ese caso debe servir de advertencia de las graves consecuencias a los derechos humanos que pueden derivar de modelos en los cuales el derecho de acceso a los servicios públicos es considerado una tarea privativa y exclusiva de la Administración Pública.

Boston, septiembre de 2018

ÍNDICE

Estudios

LIBERTAD DE EXPRESIÓN VS. DERECHO AL HONOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. CASO: CALMA PUEBLO

<i>Jonás E. Aponte A.</i>	13
Prolegómeno	15
I. De la conversación.....	20
II. Del derecho al honor del niño	24
III. Del derecho de libertad de expresión.....	31
1. Concepto y formulación constitucional	31
2. La libertad de expresión. Un derecho fundamental....	34
A. Limitación de los derechos fundamentales	36
B. La protección de la libertad de expresión frente a comentarios hirientes	37
3. Derecho a la libertad de expresión, de información y los servicios públicos	41
A. La actividad de los medios de comunicación como de servicio público.....	42
B. La información plural.....	47
IV. Violación del debido proceso	50
Recapitulación.....	51

RÉGIMEN LEGAL DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO VENEZOLANO Y APLICABILIDAD DE LAS LEYES ADMINISTRATIVAS VENEZOLANAS A LAS EMPRESAS DEL ESTADO CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

<i>José Rafael Belandria García</i>	53
Introducción.....	55
I. La Empresa Pública. Evolución, definición y elementos...	57

1. Evolución histórica de la Empresa Pública	58
2. Definición y elementos de la Empresa Pública	62
II. Régimen constitucional y legal de las Empresas del Estado	67
1. Empresas del Estado del sector petrolero	74
III. Clases de participación del Estado en la Empresa Pública.....	75
IV. Régimen legal de las Empresas del Estado constituidas en el extranjero. Aplicabilidad de las leyes administrativas venezolanas a las empresas del Estado constituidas en el extranjero	79
Conclusiones	84

EL REPARO COMO FORMA DE DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

<i>Alejandro Canónico Sarabia</i>	87
I. Introducción general a la noción de control fiscal	89
II. Fundamento constitucional sobre la responsabilidad y el control	90
III. La responsabilidad civil del funcionario dentro de la Administración Pública	93
1. Las responsabilidades individuales en las que pueden incurrir los funcionarios públicos	93
2. Responsabilidad civil individual del funcionario frente a la administración pública	96
IV. El reparo como mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad civil del funcionario.....	100
1. La potestad resarcitoria y la noción de reparo	100
2. La potestad de reparar derivada del examen de las cuentas	101
3. La potestad fiscalizadora y el reparo en general	106

4. Los titulares de la potestad resarcitoria. Órganos competentes para formular reparos	108
5. Sujetos sometidos a la responsabilidad civil y a reparo.....	113
V. Procedimiento para formular el reparo	116
1. Actividades previas al inicio del procedimiento administrativo.....	118
2. Inicio del procedimiento y auto de apertura	119
A. Archivo de las actuaciones	121
B. Orden para practicar otras actuaciones	122
C. Contenido del auto de apertura	122
D. Unificación del expediente administrativo	123
E. Reglas probatorias aplicables.....	124
F. Acto oral y público	125
a) Reglas para la celebración del acto oral y público	126
b) Desarrollo del acto oral y público	129
G. La decisión del procedimiento	130
a. Contenido de la decisión del reparo	131
b. Supuestos para declarar el sobreseimiento.....	133
H. Medidas preventivas administrativas.....	134
I. La prescripción del procedimiento para determinar la responsabilidad civil	135
IV. Mecanismos de defensa en contra del acto de formulación del reparo.....	137
1. Los recursos administrativos.....	137
2. Demandas contencioso-administrativas.....	139

BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS
DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EUROPA,
AMÉRICA LATINA Y ESPECIALMENTE
EN VENEZUELA

Nélida Peña Colmenares 141

I. Los antecedentes de la delegación legislativa
en Europa 143

1. En Francia 144

2. En Italia 146

3. En España..... 147

II. Los antecedentes de la delegación legislativa
en América Latina 149

1. En Chile 150

2. En El Perú 150

3. En Colombia 151

4. En Argentina..... 153

III. Los antecedentes de la delegación legislativa
en Venezuela 154

1. La reforma constitucional de 1945 154

2. Las Constituciones de 1947 y 1953 158

3. La Constitución de 1961 y la introducción
ex novo de las leyes autorizatorias 159

4. Los escasos antecedentes constituyentes
de la regulación de las leyes habilitantes
en la Constitución de 1999..... 164

EXPROPIACIÓN DE MARCA.
BREVE RESEÑA DE ALGUNOS
DE LOS CASOS MÁS EMBLEMÁTICOS

Samantha Sánchez Miralles 171

I. Introducción 173

II. Función de la marca..... 174

III. Separabilidad de la marca.....	175
1. Sistemas que exigen la vinculación de la marca con la empresa	176
2. Sistema de libre cesión.....	178
IV. Expropiación total o parcial.....	179
V. Expropiación regulatoria/ <i>Creeping expropriation</i>	181
VI. Otras figuras jurídicas	182
VII. Casos.....	183
1. Caso Bayer	183
2. Caso SA CNL-SUCAL NV contra HAG GF AG	184
3. Caso Havana Club.....	185
4. Caso Gerber	187
5. Caso Olimpíadas de Sidney	188
6. Caso Anheuser-Busch INC. v. Portugal (No. 73049/01).....	189
7. Caso Shell Nicaragua.....	191
VIII. Otros aspectos interesantes	192
1. Justificación	193
2. Cuándo	193
3. Dónde.....	193
4. Efectos conocidos/Respuesta de los afectados.....	194
IX. Conclusiones	194
X. Anexo. Cuadro resumen de casos.....	195
XI. Bibliografía	197

ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS, ¿EVOLUCIÓN O DISRUPCIÓN?

Pablo Schiavi201

I. Acto administrativo y procedimiento administrativo electrónicos	205
---	-----

II. Un poco de historia hacia la administración electrónica	209
III. Características de la administración electrónica: un nuevo estado “descentralizado” en internet	212
IV. Aspectos fundamentales de la automatización del acto administrativo electrónico en el marco de la “despapelización”: validez jurídica, valor probatorio y autenticación.....	215
V. Documento electrónico y firma electrónica al influjo de la Ley N° 18.600 (2009)	218
VI. Efectos legales del documento electrónico, de la firma electrónica y de la firma electrónica avanzada	224
VII. Infraestructura de certificación electrónica en el uruguay: la Unidad de Certificación Electrónica (UCE) y la Autoridad Certificadora Raíz	227
1. Unidad de Certificación Electrónica	227
A. Ubicación institucional.....	227
B. Competencia	227
a. De acreditación	228
b. De control.....	228
c. De instrucción	229
d. De regulación	229
e. De sanción.....	230
C. Consejo Ejecutivo de la Unidad de Certificación Electrónica	231
D. Consejo Consultivo de la Unidad de Certificación Electrónica	232
2. Autoridad Certificadora Raíz Nacional.....	233
3. Registro de Prestadores de Servicios de Confianza	234
VIII. Recepción del acto administrativo electrónico en la jurisprudencia del TCA.....	235

IX. Apreciaciones finales	237
X. Bibliografía	238

LAS PONENCIAS DE FARÍAS MATA
EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EN SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (1986-1990)

<i>Gabriel Sira Santana</i>	241
Introducción.....	243
I. Potestad reglamentaria.....	244
II. Discrecionalidad administrativa.....	247
III. Acto administrativo	250
1. Presunción de legitimidad	252
2. Motivación.....	253
IV. Procedimiento y recursos administrativos.....	257
V. Suspensión de efectos del acto administrativo	260
VI. Contratos administrativos	261
VII. Contencioso-administrativo.....	263
1. Pretensiones	264
2. Aspectos procesales	269
VIII. Tributos	275
IX. Derecho de propiedad	276
X. Atribuciones de los municipios	280

EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
EXTRACONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA EN VENEZUELA

<i>Jackelyn Sosa</i>	283
I. Introducción.....	285
II. Los orígenes del contencioso administrativo en Francia	287

III. El control judicial de la Administración Pública en Venezuela	290
1. Principio de judicialidad y especialidad	294
2. Principio de universalidad de control de la actividad administrativa	295
3. Principio de subjetividad y de tutela judicial efectiva	295
4. Principio de responsabilidad jurisdiccional	296
IV. Las demandas contra los entes públicos bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.....	297
V. Las demandas de contenido patrimonial en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa	298
1. Pretensiones “de contenido patrimonial”	299
2. Los tribunales competentes	300
3. El antejuicio administrativo como requisito de admisibilidad de las demandas de contenido patrimonial contra la República, los Estados y los Institutos Autónomos	301
4. Las etapas del proceso: de la presentación de la demanda a la sentencia de mérito	303
5. El problema de la ejecución forzosa de sentencias que condenan al pago de suma de dinero	306
VI. Reflexiones finales	308

THE COMPLEX OVERLAP BETWEEN ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL LAW: SOME POLICY CONSIDERATIONS AND AML REGULATIONS

<i>Jesús A. Villegas-Ruiz</i>	311
Introduction	313

I. Part A: A policy consideration about Criminal and Administrative Law in a new era.....	315
1. Punishing corporations wrongdoing	318
2. Private action: why the enforcement of critical regulations must be done only by the government?.....	323
3. Civil liability: corporations are responsible to pay damages for their wrongdoings	332
A. Administrative proceedings and sanctions instead of criminal prosecution?.....	333
B. Civil liability and administrative proceedings as a better policy approach	339
II. Part B: Money laundering as an example of the overlapping between regulatory and criminal law. The comparative case of U.S vs. Venezuelan regulations	342
1. The U.S Bank Secrecy Act and regulations	345
A. BSA reporting requirements.....	347
a. Suspicious Activities Report	348
b. Currency Transaction Reports.....	351
c. Foreign bank and financial accounts.....	352
d. Report of International Transportation of Currency or Monetary Instruments.....	352
B. BSA record keeping requirements	353
C. Know your customer	353
a. The Patriot Act.....	354
b. Customer Due Diligence	355
c. Beneficial ownership rule.....	356
2. Venezuelan Money Laundering regulations in the banking sector	357
A. LOCTF and Banking Law framework.....	359
B. Reporting requirements	363
a. Suspicious activity report.....	363

b. Report of transactions over Bs.F. 10,000 and report of currency transactions	365
c. Report of banking employees and new clients	366
C. Record keeping requirements	366
D. Know your customer	367
a. Customer Due Diligence generalities	368
3. Critics to the Banking reporting system provisions	369
Conclusions	375

LA BUENA ADMINISTRACIÓN
Y EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN
DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA
DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DEL SISTEMA
NACIONAL DE CONTROL FISCAL

<i>Jessica Vivas Roso</i>	379
I. Introducción.....	381
II. La buena administración.....	383
1. Entendiendo la buena Administración	383
2. La buena Administración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) de 1999.....	386
III. La responsabilidad administrativa de los servidores públicos como elemento de la buena administración.....	388
1. Delimitando el concepto de responsabilidad administrativa.....	388
2. La responsabilidad administrativa y la lucha contra la corrupción	390

3. Potestades de investigación previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF).....	392
IV. El procedimiento de responsabilidad administrativa y los principios de la buena administración	394
1. Del inicio del procedimiento	395
2. Del auto de apertura y su notificación.....	401
3. De las pruebas.....	402
A. De la promoción de pruebas.....	402
B. De la oposición a las pruebas y posterior admisión	404
C. De la evacuación de las pruebas	405
4. Del acto oral y público	406
5. De los autos para mejor proveer	407
6. De la decisión	408
V. Conclusiones	409
Bibliografía	410

Actualidad

EL VENCIMIENTO DEL MANDATO PRESIDENCIAL COMO CAUSAL DE FALTA ABSOLUTA

<i>Angélica Calzadilla Rodríguez y Edison Lucio Varela Cáceres</i>	<i>417</i>
Introducción.....	419
I. La integración constitucional	421
1. La analogía constitucional	422
2. Los principios generales del Derecho.....	426
3. Principios constitucionales.....	430
II. Las faltas absolutas del presidente de la República	432
1. Numerus apertus o numerus clausus	432

2. El artículo 233 de la Constitución de 1999. Causales y efectos.....	440
III. El vencimiento del mandato presidencial como causal de falta absoluta	446
Conclusiones	450

ESTADÍSTICAS NO PUBLICADAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA VENEZOLANO: ARGUMENTOS PARA DISCUTIR SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA CORTE VENEZOLANA

<i>José Ángel Cornielles Hernández</i>	453
I. Introducción.....	455
II. Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional venezolana.....	457
III. ¿Por qué la Sala Constitucional en pleno dicta decisiones que corresponden al Juzgado de Sustanciación?	460
IV. Unanimidad y mayoría en la Sala Constitucional.....	474
V. Votos disidentes en la Sala Constitucional	478
VI. Votos concurrentes en la Sala Constitucional	484
VII. Conclusiones.....	493
VIII. Referencias	495

EL DERECHO DE ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS, EL ESTADO FALLIDO Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. EL CASO DE LA EMERGENCIA HUMANITARIA COMPLEJA EN VENEZUELA

<i>José Ignacio Hernández G.</i>	501
Introducción.....	503
I. La evolución del derecho de acceso de los servicios públicos en Venezuela.....	508

1. El servicio público como régimen exorbitante	508
2. El derecho de acceso a los servicios públicos y su tutela judicial	512
3. La liberalización parcial de servicios públicos.....	518
4. La concepción totalitaria del servicio público y la dependencia del ciudadano a la Administración Pública.....	516
II. Hacia un nuevo marco conceptual del derecho de acceso a los servicios públicos en Venezuela	520
1. Superando el concepto de servicio público.....	520
2. Hacia el diseño de políticas públicas que permitan a la Administración garantizar el acceso a bienes y servicios considerados servicios públicos en concordancia con los mecanismos de mercado	525
A. La compatibilidad entre las actividades de servicio público y los mecanismos de mercado	525
B. La gradación de la actividad administrativa y el análisis costo-beneficio.....	528
C. Respondiendo a algunas críticas.....	530
III. La violación del derecho de acceso a servicios públicos y el estado fallido en Venezuela	532
1. El colapso de los servicios públicos en Venezuela, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración Pública en el Derecho doméstico.....	533
A. El colapso de los servicios públicos y el Estado fallido en Venezuela.....	535
B. El colapso en los servicios públicos y la desatención de necesidades esenciales	537
2. El colapso de los servicios públicos en Venezuela, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración Pública en el Derecho	

Internacional: la emergencia humanitaria compleja. Una nota sobre el -polémico- Derecho Administrativo Global	540
3. Algunas lecciones del caso venezolano	548

Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano

N° 16 septiembre - diciembre 2018