

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

24

ENERO - JUNIO

2022

www.cidep.com.ve

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

**Una publicación del
Centro para la Integración
y el Derecho Público (CIDEP)**

Número 24
Enero – Junio 2022
Segunda etapa

Caracas, 2022



Director	José Ignacio Hernández G.
Secretario de Redacción	Gabriel Sira Santana
Consejo de Redacción	José Rafael Belandria García María Alejandra Correa Claudia Nikken Flavia Pesci Feltri Antonio Silva Aranguren Jorge Luis Suárez Mejías Gustavo Urdaneta Troconis Daniela Urosa Maggi

La Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV) es una publicación académica abierta, arbitrada por pares (*peer review*) y semestral del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), editada en la ciudad de Caracas, Venezuela.

La REDAV recibe, evalúa y publica artículos referidos a (i) estudios teóricos y doctrinales sobre el Derecho Administrativo, (ii) la actualidad del Derecho Administrativo venezolano, y (iii) la interacción entre el Derecho Administrativo y el Derecho de la Integración.

El contenido de los trabajos publicados en la REDAV es de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponde necesariamente con los criterios de la Dirección, el Consejo de Redacción o el CIDEP.

Las normas y criterios editoriales de la REDAV pueden consultarse en este número y en el sitio web del CIDEP. Cualquier duda o comentario sobre la revista puede hacérsenos llegar a través del correo electrónico editorial@cidep.com.ve

© **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**
Número 24. Enero – Junio 2022

Publicación semestral. Segunda etapa

URL DEL EJEMPLAR: <https://cidep.com.ve/ojs/index.php/redav/issue/view/redav-24>

FECHA DE PUBLICACIÓN: 25-11-2022

SITIO WEB: cidep.com.ve/redav (SEGUNDA ETAPA); redav.com.ve (PRIMERA ETAPA)

TWITTER: @redav2012

ISSN: 2542-3169

Depósito legal: DC2021001708

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Caracas, Venezuela

Correo electrónico: contacto@cidep.com.ve

Sitio web: www.cidep.com.ve www.cidep.online

Twitter – Instagram – LinkedIn – Youtube: @cidepVE

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

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

El CIDEP desarrolla principalmente actividades de investigación y divulgación.

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

Normas y criterios editoriales

1. El artículo podrá tener hasta un máximo de tres coautores.
2. El artículo debe enviarse a la dirección electrónica editorial@cidep.com.ve o a través de www.cidep.com.ve/redav
3. El artículo debe remitirse en formato .doc o .docx (Microsoft Word).
4. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por artículo.
5. El tamaño de la hoja será carta y en sentido vertical, con márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y laterales de 3 cm. La alineación de texto será justificada.
6. La fuente del texto general será Arial, número 12, color negro, con interlineado de 1.5 puntos y sangría de 0.7 cm al inicio de cada párrafo. El espacio entre párrafos será de 6 puntos y no se dejarán líneas en blanco.
7. La fuente de los pies de página será Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. El espacio entre párrafos será simple y no se dejarán líneas en blanco.
8. En autor podrá hacer uso de la cursiva para destacar una palabra o frase breve en el texto, absteniéndose de usar negrillas o subrayados con esta finalidad.
9. El título del artículo debe ir al inicio del archivo, en mayúsculas sostenidas y negrillas. Seguido de ello se incluirá el nombre del autor en la línea siguiente, alineado a la derecha, con un pie de página que incluya una reseña curricular que no supere las cinco líneas y en donde deben precisarse sus grados académicos, institución de adscripción y correo electrónico.
10. Los artículos incluirán un resumen en español e inglés de hasta 150 palabras y de tres a cinco palabras claves en estos idiomas.
11. Los artículos se dividirán de acuerdo con la siguiente jerarquía, empleándose negrillas para los títulos y mayúsculas tipo oración. La introducción y la conclusión no se enumeran:
 - I.
 1.
 - A.
 - a.
 - a'
12. Toda frase extraída de una obra de terceros habrá de ser debidamente citada de acuerdo con la extensión precisada en el punto 14 de estas normas. En caso de parafraseo, el llamado a pie de página se colocará al final de la idea comentada. El autor procurará en todo caso evitar las citas de citas y, en caso de hacer llamados generales a la doctrina, foro o análogos, deberá incluir un pie de página donde precise los autores y obras donde puedan profundizarse tales planteamientos.

13. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas, sin que se incorpore un apartado de bibliografía en el artículo.
14. Para el orden de las citas a pie de página se sugiere el uso del Manual de estilo Chicago-Deusto*. En todo caso, el autor podrá optar por otros sistemas siempre que este se mantenga de forma uniforme a lo largo del artículo y permita conocer todos los elementos de valor para la consulta de la fuente (autor; título del libro o artículo; título de la obra colectiva o publicación periódica de ser el caso; editorial; ciudad; año; número de páginas; enlace; entre otros).
15. Si la cita supera las 40 palabras deberá incluirse como párrafo aparte y con margen izquierdo de 0.7 cm, letra Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. En caso de ser igual o inferior a las 40 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
16. Los autores que remitan artículos para la consideración del Consejo de Redacción de la REDAV declaran que la obra que presentan es original e inédita, y ellos son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre la misma, por lo que la REDAV y el CIDEP quedan exonerados de cualquier responsabilidad en cuanto a la vulneración de derechos de terceros.
17. Los autores cuyos trabajos sean aprobados para su publicación en la REDAV ceden al CIDEP los derechos de explotación sobre sus artículos de forma gratuita, exclusiva, perpetua y sin limitación territorial. En virtud de la cesión efectuada, el CIDEP quedará facultado para la edición, reproducción, publicación, distribución, difusión, comunicación pública y comercialización de la obra, siempre que reconozca su autoría.
18. La REDAV no está en la obligación de publicar los artículos recibidos. En todo caso, la revista procurará notificar al autor de su interés o no en la obra a la brevedad posible.
19. Como parte del proceso arbitral y editorial, la REDAV podrá realizar comentarios, sugerencias y observaciones al autor basadas en criterios académicos y editoriales, a fin de que el autor realice los ajustes respectivos para la aprobación del texto.
20. El autor podrá solicitar gratuitamente a la REDAV que prescinda de la publicación del artículo que haya enviado siempre que el mismo no haya entrado en etapa de diagramación. De encontrarse en esta etapa o una posterior, y siempre que no se haya procedido a la publicación de la obra, el autor podrá solicitar la remoción de su trabajo previo pago de los gastos en los que se haya incurrido durante el proceso editorial.

* Disponible en <https://bit.ly/3BOGaxE>

Índice

EL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERAMERICANO, LA DIGNIDAD HUMANA Y EL BIEN COMÚN, José Ignacio Hernández G.....9

Introducción	10
i. La formación del Derecho Administrativo Interamericano y el derecho comparado	11
ii. El bien común en el Derecho Administrativo Interamericano y la dignidad humana	26
Conclusiones	41

LA CUESTIÓN DE LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE VENEZUELA, Simón Fernández Bravo 45

Introducción	45
i. La empresa y su eficiencia	47
ii. La Administración Pública y su eficiencia	53
iii. Las patologías de la eficiencia de la Administración Pública en el contexto de Venezuela en el siglo XXI	58
iv. Breves propuestas para la adecuación de la actividad administrativa con el principio de eficiencia de la Administración Pública	63
Conclusiones	65

CONSIDERACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DEL CONTROL DE LAS ABSTENCIONES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO, Jean Louis Natera Duque 67

i. Contexto histórico	67
ii. Determinación conceptual	68
iii. Repaso cronológico de las decisiones claves en la evolución jurisprudencial de la acción por abstención o carencia	69
Algunas consideraciones finales	79

GOBIERNO ELECTRÓNICO Y SU AMENAZA A TRAVÉS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS, José Gregorio Pumarejo Luchón 81

Introducción	81
i. Gobierno electrónico	82
ii. Ventajas y adecuación del gobierno telemático	85
iii. Delitos informáticos y su afectación al gobierno telemático con el uso de las nuevas tecnologías	85
iv. Solución a la afectación del gobierno telemático	88
Conclusión	89

ACTOS DE CONTENIDO TRIBUTARIO. ¿DE QUIÉN ES LA COMPETENCIA PARA CONOCER ACTOS DE POLICÍA TRIBUTARIA?, Jonás E. Aponte A.....91

Prolegómeno	91
i. Problemas de competencia	95
Reflexión final.....	103

El derecho administrativo interamericano, la dignidad humana y el bien común

José Ignacio HERNÁNDEZ G.*

REDAV, N° 24, 2022, PP. 9-44

Resumen: El ordenamiento jurídico interamericano deriva de instrumentos de Derecho Internacional Público, principalmente la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se aplican a todos los países del continente americano. A nivel concéntrico, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se aplica a algunos países de América Latina y el Caribe. En ese ordenamiento, y a través del método comparado, es posible identificar reglas y principios que rigen a la actividad administrativa de los Estados miembros. Asimismo, siguiendo el método del Derecho Administrativo Global, los principios generales del Derecho Administrativo a nivel doméstico son fuente supletoria del ordenamiento interamericano. Esas normas y principios pueden ser estudiados sistemáticamente como el Derecho Administrativo Interamericano, basado en la promoción de la dignidad humana hacia el bien común.

Palabras clave: Derecho Administrativo Global – Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre – Principios generales del Derecho Administrativo.

Abstract: *The Inter-American framework derives from International Public Law instruments, mainly the Organization of American States Charter and the American Declaration of the Rights and Duties of Man, which apply to all the countries of the American continent. At a concentric level, the American Convention on Human Rights applies to some Latin American and Caribbean countries. Within that framework, and through the comparative method, it is possible to identify rules and principles that apply to the administrative action of the member states. Also, following the Global Administrative Law method, general principles of Administrative Law at the domestic level are supplementary sources of the Inter-American framework. Those rules and principles can be systematically studied as the Inter-American Administrative Law, based on promoting human dignity toward the common good.*

Keywords: *Global Administrative Law – Declaration of the Rights and Duties of Man – General principles of Administrative Law.*

Recibido

26-08-2022

Aceptado

30-09-2022

* Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha. Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School.

Introducción

La pandemia de la COVID-19 ha contribuido a retomar el interés por el estudio del bien común desde el Derecho Administrativo. Así, siguiendo las construcciones de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, junto con la tradición legal clásica, la pandemia ha demostrado que el bien común –antes que el concepto de interés general– es el signo que identifica el rol que las Administraciones Públicas deben cumplir desde su concepto vicarial, centrado en la dignidad de la persona. De esa manera, la pandemia ha recordado que no basta con proteger la salud *individual*, pues es preciso garantizar la salud de la *comunidad*.

A nivel global, asimismo, la pandemia ha demostrado que no bastan medidas sanitarias nacionales, sino se alcanza la protección de la salud en el espacio global. El diseño del plan de vacunas bajo el programa COVAX de la Organización Mundial de la Salud se justifica no solo como expresión de la solidaridad internacional, sino, además, ante la necesidad de proteger a la comunidad global frente al virus.

Al mismo tiempo, el bien común y la centralidad de la persona han permitido contrarrestar las medidas autoritarias que, en nombre del interés general, han querido justificar decisiones arbitrarias de ordenación y limitación, especialmente, al amparo de estados de excepción. Sin embargo, el bien común también permite concluir que el Derecho Administrativo no puede circunscribirse a prevenir abusos en la actividad administrativa desplegada durante la pandemia, pues también debe asegurar que las Administraciones Públicas actúen al servicio de las personas para promover el desarrollo humano, en especial, frente a situaciones de desigualdad que colocan en riesgo el derecho a la salud.

De hecho, los efectos devastadores de la pandemia en América Latina y el Caribe (ALC) han resultado no de los excesos del poder administrativo sino de la ausencia de poder administrativo, en especial, como resultado de la fragilidad estatal. El bien común permite recordar que los Estados deben emplear a las Administraciones Públicas para asegurar el bienestar social y económico de las comunidades en riesgo por la pandemia. En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), lo anterior encuentra fundamento en el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), que emplea al bien común como criterio de ponderación de las restricciones a los derechos fundamentales.

Por ello, tal como ha concluido Augusto Durán Martínez, *“Los Estados están finalizados a la consecución del bien común. Están para crear las condiciones necesarias para el adecuado desarrollo de la*

*persona humana y esto supone, naturalmente, el pleno cumplimiento de los derechos sociales fundamentales, además de los clásicos*¹.

Esta interconexión entre el bien común como justificación del Estado y las funciones estatales, realza –en palabras del profesor Durán Martínez– que el Estado, y en especial las Administraciones Públicas, debe avocarse a promover el adecuado desarrollo de la persona humana. A tales efectos, el bien común se define como el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a la comunidad y sus integrantes el logro pleno de su propia perfección².

No es de extrañar, por ello, que la pandemia realizara el protagonismo de las Administraciones Públicas, lo que nos ha llevado a postular la reivindicación del Derecho Administrativo, esto es, la necesidad del Derecho Administrativo para asegurar el desarrollo humano. Asimismo, la pandemia, como emergencia sanitaria global, realzó la importancia de avanzar en el Derecho Administrativo más allá del Estado³.

Es en este contexto en el cual se justifica reforzar el estudio del Derecho Administrativo Interamericano, definido en este trabajo como el conjunto de normas y principios que desde el ordenamiento jurídico interamericano incide en las relaciones jurídico-administrativas domésticas, específicamente, orientados al bien común. A estos efectos, este artículo se divide en dos partes. La primera parte presenta la propuesta de sistematizar las normas y principios de Derecho Administrativo presentes en el ordenamiento jurídico interamericano, destacando la utilidad del método comparado, especialmente, en el contexto del Derecho Global. La segunda explica cómo estas normas y principios de Derecho Administrativo pivotan en torno a la dignidad humana y el bien común. Las conclusiones sintetizan el alcance de la propuesta.

I. La formación del Derecho Administrativo Interamericano y el derecho comparado

El Derecho Administrativo Interamericano es, en términos muy sencillos, las normas y principios del ordenamiento jurídico interamericano que inciden en relaciones jurídico-administrativas⁴. En este sentido, este ordenamiento jurídico se define, desde el Derecho Internacional Público, en función al ámbito interamericano. La expresión

¹ Durán Martínez, Augusto, “Derechos sociales fundamentales”, en *Cuadernos del CLAH N° 108, Año N° 37*, 2018, p. 220.

² Durán Martínez, Augusto, “Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos”, en *A&C – Revista de Dir. Administrativo & Constitucional, Año 15, N° 60*, 2015, p. 47.

³ Hernández G., José Ignacio, “La redención del Derecho administrativo en la post-pandemia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña N° 24*, 2020, pp. 39 y ss.

⁴ Seguimos lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, “Introducción al Derecho Administrativo Interamericano”, 2022.

“interamericano” responde a la tradición panamericana del continente América, iniciada con el Congreso de Panamá de 1826. Posteriormente, a partir de 1889 se celebraron las Conferencias Americanas. En total se celebraron diez Conferencias, hasta 1954. A partir de entonces, las Conferencias fueron sustituidas por los órganos creados en la Carta de la Organización de Estados Americanos (Carta de la OEA), de 1948. En esa Carta se empleó la expresión “interamericano” para aludir a la cooperación entre los países que conforman el continente América⁵.

Con lo cual, el ámbito interamericano abarca al continente América. Así, junto a la Carta de la OEA, también es preciso analizar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en 1948 (la Declaración). La importancia histórica de este instrumento no ha sido debidamente estudiada. Así, es la primera Declaración de derechos inherentes a la persona humana, dictada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Además, la Declaración reconoce la existencia de un conjunto de principios comunes en América, cuyo origen se remonta incluso a la colonización, con el Derecho Indiano⁶.

La Carta de la OEA y la Declaración constituyen, así, los instrumentos básicos del Derecho Interamericano como parte del Derecho Internacional Público. Hay otros instrumentos que conforman a ese Derecho, en especial, la Carta Democrática Interamericana (CDI), dictada por la Asamblea General de la OEA en 2001, y que recoge armónicamente principios comunes al concepto pluridimensional de la democracia. También es fundamental la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), creada en la Carta, y que resuelve disputas derivadas de la violación de los instrumentos de derechos humanos, incluyendo la Declaración. Otra fuente importante de Derecho son las Convenciones Interamericanas, en especial, la Contención Interamericana contra la Corrupción (CICC), de 1996.

Otro organismo clave es el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), cuyo convenio constitutivo se suscribió en 1959. Su función principal es promover el desarrollo integral, un principio clave de la Carta de la OEA. Así, los países miembros del BID son, en primer lugar, los Estados miembros de la OEA, aun cuando con posterioridad se permitió la incorporación de países extrarregionales que sean parte del Fondo Monetario

⁵ Véase sobre ello, a Stoetzer, Carlos, *The Organization of American States*, Praeger, Londres, 1993, pp. 13 y ss.

⁶ Murillo Rubiera, Fernando, *América y la dignidad del hombre*, Colección MAPFRE, Madrid, 1992, pp. 269 y ss. Tal y como se concluye, “*hay que reconocer que existe una tradición jurídica americana, en la que ocupa un lugar preferente cuanto se refiere al tratamiento de los problemas relacionados con la dignidad del hombre, su libertad y la defensa de los derechos fundamentales*”.

Internacional. En todo caso, los países prestatarios –aquellos que pueden recibir financiamiento– son solo los países de ALC.

Hay dos características del ordenamiento jurídico interamericano que dificultan su estudio sistemático. El primero de ello es que, en realidad, cabe hablar de dos ordenamientos jurídicos concéntricos. El ordenamiento jurídico mayor deriva de la Carta de la OEA e integra a todos los países del continente. Dentro de éste, cabe apreciar un ordenamiento más reducido, que deriva de la Convención aprobada en 1969, cuya institución básica es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Solo algunos países de ALC son Estados miembros de la Convención, lo cual hace que su ámbito territorial sea más reducido que el ámbito del ordenamiento que deriva de la Carta de la OEA⁷.

La segunda característica es su dispersión y heterogeneidad. Así, en el ordenamiento jurídico mayor, solo algunos instrumentos son de general aplicación a todos los países, como sucede con la Declaración y la Carta. De resto, es preciso analizar, caso por caso, cuáles Estados han ratificado los tratados interamericanos aprobados. Además, el ámbito de esos tratados es ciertamente diverso, en todo caso, con especial interés en temas de Derecho Internacional Privado⁸. Esta dispersión y heterogeneidad dificulta apreciar cuáles son las normas y principios de Derecho Administrativo presentes en ese ordenamiento.

De allí la utilidad de definir la metodología que permita identificar principios y normas que inciden en las relaciones jurídico-administrativas de los Estados parte, y que conforman lo que aquí hemos denominado el Derecho Administrativo Interamericano. Es importante advertir que el Derecho Administrativo Interamericano no se agota en la defensa subjetiva de derechos humanos, como actividad propia de la CIDH y la Corte IDH, en lo que se ha considerado como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En realidad, también abarca aspectos que atañen a la actividad administrativa, especialmente, para realzar su calidad desde la centralidad de la persona, como en especial se desprende de la CICC.

⁷ Todos los países del continente América han suscrito la Carta de la OEA. No todos los Estados parte de la Carta han suscrito todas las Convenciones Interamericanas. Por su parte, la Convención ha sido suscrita solo por algunos de los Estados parte de la Carta: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Es importante advertir que además de la ratificación de la Convención, los Estados deben aceptar la jurisdicción de la Corte para decidir casos contenciosos. La información de los Estados parte se toma de la página de la Organización de Estados Americanos, que cumple el servicio de depósito de estos instrumentos.

⁸ Véase el listado de tratados interamericanos en <https://bit.ly/3WNJd11>

En tal sentido, el estudio del Derecho Administrativo Interamericano, y su construcción como sistema, requiere formular algunas apreciaciones en torno a las normas y principios de Derecho Administrativo que rigen más allá del Estado. A estos fines, la propuesta del Derecho Administrativo Global resulta útil en tanto método para identificar esas normas y principios, lo que a su vez enlaza con el estudio del Derecho Administrativo Comparado. De esa manera, la metodología del Derecho Administrativo Global es la que nos permitirá formular la propuesta del Derecho Administrativo Interamericano como sistema.

1. Aproximación al método del Derecho Administrativo Comparado y su utilidad en el Derecho Administrativo Interamericano. Referencia al Derecho Administrativo en América Latina, el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina y el Derecho Administrativo Iberoamericano

La propuesta del Derecho Administrativo Interamericano se inspira en los métodos deductivos e inductivos a través de los cuales se ha formulado la propuesta del Derecho Administrativo Europeo⁹. De entrada, es preciso apuntar las importantes diferencias que existen entre el Derecho Administrativo Europeo –asentado en el ordenamiento supranacional de la Unión– y el Derecho Administrativo Interamericano, que no es un Derecho supranacional, ni existe una organización que pueda ser catalogada específicamente como la Administración interamericana. En esta primera aproximación, en todo caso, lo que interesa es el método presente en la sistematización del Derecho Administrativo Europeo.

De esa manera, la propuesta del Derecho Administrativo Interamericano toma en cuenta dos procesos a través de los cuales se forma ese Derecho. Así, hay un proceso de arriba hacia abajo (*top-down*), que, por medio de la deducción, proyecta reglas y principios de Derecho Administrativo sobre los ordenamientos jurídico-administrativos domésticos, lo que resulta especialmente intenso en el ámbito de la Convención. Además, en un movimiento de abajo hacia arriba (*bottom-up*), por medio del método inductivo, se sistematizan principios generales de Derecho Administrativo doméstico como fuente supletoria del ordenamiento jurídico interamericano desde el Derecho Internacional Público.

El Derecho Administrativo Interamericano es, antes que nada, una propuesta. No quiere decirse que con ello que, en la práctica, no exista tal Derecho, o que se trate solo de una propuesta de Derecho Comparado. Por el contrario, el Derecho Administrativo Interamericano se ancla en una realidad, como lo es el ordenamiento jurídico interamericano. El reto consiste en facilitar la metodología para sistematizar las normas y principios de Derecho Administrativo presentes en ese ordenamiento,

⁹ Arroyo Jiménez, Luis, “El Derecho Administrativo europeo como sistema”, en *Revista de Derecho Público* N° 1, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 175 y ss.

tomando en cuenta su heterogeneidad y dispersión. Así estas normas y principios pueden identificarse como mayor facilidad de acuerdo con su proyección en la actividad administrativa de los Estados miembros. Con lo cual, el primer paso es identificar los rasgos distintivos de esa actividad, lo que supone, básicamente, realizar un ejercicio de Derecho Comparado.

El Derecho Comparado es, antes que nada, un método que permite contrastar ordenamientos jurídicos diversos a los fines de la aplicación práctica del Derecho¹⁰. No se trata, por ello, del estudio del Derecho extranjero, del estudio del Derecho Internacional o del análisis separado de diversos ordenamientos jurídicos. De esa manera, el Derecho Comparado es el método por el cual se contrastan diversos ordenamientos jurídicos para resaltar sus convergencia y divergencias, analizando sus causas y consecuencias. Este método solo puede aplicarse sobre un objeto específico, el llamado *tertium comparationis*. De allí que el método es funcional, en el sentido que (i) no se limita solo a la Ley positiva, sino que adopta una visión holística, y además (ii) identifica cuál es el propósito o finalidad del objeto cuya comparación se asume. El método comparado, en resumen, se orienta a la aplicación práctica del Derecho. Con lo cual, el Derecho Comparado no es ni una disciplina ni un fin en sí mismo: es un método que permite la mejor comprensión del rol del Derecho sobre las relaciones sociales¹¹.

En tanto método de estudio, el Derecho Comparado es aplicable al Derecho Administrativo¹². En tal sentido, se ha señalado que el estudio comparado del Derecho Administrativo no ha tenido tanta difusión como el estudio comparado del Derecho Privado. Como hemos explicado en otro lugar¹³, ello responde a la particular formación histórica del Derecho Administrativo, que ha llevado a su organización como un Derecho estatal y, por ello, dependiente de las particularidades propias de cada Estado. La extrema dependencia del Derecho Administrativo al Estado eleva la complejidad del método comparado, pues las instituciones de Derecho Administrativo resultan, en suma, dependientes a las dinámicas condiciones políticas, sociales, económicas y culturales.

¹⁰ Constantinesco, Léontin-Jean, *Traité de Droit comparé*, L.G.D.J., 1972, pp. 173 y ss.

¹¹ Kischel, Uwe, *Comparative law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 3 y ss.

¹² Bignami, Francesca, "Comparative Administrative Law", en *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, pp. 145 y ss.; Cassese, Sabino, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 309 y ss., y González-Varas Ibáñez, Santiago, "Presente, pasado y futuro del Derecho comparado", en *Revista Chilena de Derecho Volumen 26, N° 3*, 1999, pp. 662 y ss.

¹³ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2016, pp. 30 y ss.

Pero ello no ha impedido el uso del método comparado en el Derecho Administrativo¹⁴. Tal método se ha visto particularmente influenciado por la idea tradicional que identifica la existencia de dos grandes familias de Derecho, esto es, el sistema de Derecho Consuetudinario (*common law*) y el sistema de Derecho Civil (*civil law*)¹⁵. Desde una aproximación muy general, y bajo esta distinción tradicional, el Derecho Administrativo en las familias del *common law* (esto es, en el Derecho anglosajón) se caracteriza por el sometimiento de las Administraciones Públicas al Derecho Consuetudinario, bajo el control ejercido por cortes que resuelven disputas entre privados. En contraposición, en las familias del *civil law* (o Derecho continental), las Administraciones Públicas se someten a reglas especiales distintas a las que aplican a los particulares, las cuales le confieren poderes de actuación igualmente extraordinarios, al punto que las disputas con las Administraciones Públicas son resueltas por órganos especiales¹⁶.

La rígida separación entre estos dos modelos quedó influenciada por las observaciones realizadas entre finales del siglo XIX e inicios del siglo XX desde Francia y el Reino Unido. Así, desde el Reino Unido, DICEY concluyó que no existía, en ese país, una expresión para describir el Derecho Administrativo francés, o sea, el *régime administratif*¹⁷. DICEY aludía al concepto conforme al cual el Derecho Administrativo es un Derecho exorbitante del Derecho Común, marcado por privilegios y prerrogativas, que hacen inaplicable el Derecho Civil, incluso, en cuanto al Poder Judicial, en tanto la Administración se somete a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por su parte, MAURICE HAURIOU observó que aun cuando todo Estado moderno tiene Administración Pública, no todo Estado moderno necesariamente tiene un sistema de Derecho Administrativo, como sería el ejemplo de Estados Unidos¹⁸. Así, para HAURIOU, el sometimiento de la Administración al mismo Derecho que rige las relaciones entre

¹⁴ Rivero, Jean, *Curso de direito administrativo comparado*, Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1995, pp. 31 y ss. Véase el temprano libro de Goodnow, Frank, *Comparative Administrative Law*, Burt Franklin, 1903, pp. 6 y ss.

¹⁵ David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, Paris, 1992, pp. 1 y ss.

¹⁶ En general, y desde un punto de vista introductorio, vid. Brewer-Carias, Allan, "Derecho administrativo comparado", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 5, Caracas, 2015, pp. 14 y ss., y Rose-Ackerman, Susan y Lindseth, Peter, "Comparative Administrative Law: an introduction", en *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, *Comparative Administrative Law* Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1 y ss.

¹⁷ Dicey, Albert Venn, *Introduction to the study of the law and the Constitution*, novena edición, MacMillan and Col, Limited, Londres, 1952, pp. 328 y ss.

¹⁸ Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, *Précis de droit administratif et de droit public*, décimo segunda edición, Dalloz, Paris, 2002 (reproducción de la edición de 1933), p. 1.

particulares y a la jurisdicción de los tribunales que resuelven las disputas surgidas en el marco de esas relaciones, no es Derecho Administrativo.

Las posiciones de DICEY y de HAURIUO describen, en realidad, modelos puros. Así lo observó JEZÈ, quien al replicar a la observación de DICEY, señaló que en el Reino Unido sí hay Derecho Administrativo, en el sentido de reglas y principios que rigen a la Administración, aun cuando esas reglas no se organizan a través del *régime administratif*¹⁹. Incluso, es posible que algunos de esos principios y reglas solo apliquen a la Administración, atendiendo la particularidad de su actividad. Así lo reconocería DICEY, al observar que la evolución de la Administración Pública en el Reino Unido había llevado al surgimiento de reglas y principios de especial aplicación a la actividad administrativa²⁰.

La rígida distinción entre el Derecho Administrativo del *civil law* y del *common law* resulta bastante imprecisa. Por un lado, lo cierto es que hay raíces comunes entre los sistemas del *common law* y del *civil law*, derivadas del *ius commune* inspirado en la tradición legal clásica²¹. Además, la evolución del moderno Estado administrativo a partir de la segunda mitad del siglo XX, junto con la globalización, han propendido a la convergencia gradual entre ambos modelos. Como resultado de todo lo anterior, hoy la aplicación del método comparado facilita la identificación de principios convergentes en los diversos modelos de Derecho Administrativo²².

¹⁹ Jezè, Gastón, *Principios generales del Derecho administrativo, Tomo I*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 1.

²⁰ Dicey, Albert, "Development of Administrative Law in England" en *Law Quarterly Review* N° 31, 1915, pp. 148 y ss.

²¹ El *ius commune* es una construcción medioeval (siglos XII y XV), basada en la relación entre el Derecho positivo (*ius civile*) el Derecho Natural y el Derecho Canónico, que especialmente se extendió en Europa no solo como resultado de la expansión del Derecho Romano, sino también, del Derecho eclesiástico. Este *ius commune* se sistematizó después que el *common law* anglosajón, lo que ha sido considerado como una de las razones que explican la diferencia entre el Derecho anglosajón y el continental. Vid.: Combalá, Zoila, "La influencia del *ius commune* en la formación del Derecho anglosajón", en González-Varas Ibáñez, Alejandro (coordinador), *El *ius commune* y la formación de las instituciones del Derecho Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 68 y ss. Se ha señalado que el Derecho anglosajón se *protegió*, deliberadamente, de la recepción del Derecho Romano propia del *ius commune* (Jusdado Ruiz-Capillas, Miguel Ángel, "Ius Commune y Common Law", en *Cuadernos de Historia del Derecho* N° 15, Madrid, 2008, pp. 327 y ss.). En todo caso, se ha destacado la influencia del *ius commune* en la Carta Magna de 1215 (Helmholz, Richard H., "Magna Carta and the *ius commune*", en *The University of Chicago Law Review* N° 66-2, 1999, pp. 297 y ss.). Recientemente, vid. Vermeule, Adrian, *Common good constitutionalism*, Polity, Medford, 2022, pp. 52 y ss.

²² D'Alberti, Marco, *Diritto amministrativo comparato*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 22 y ss. Puede verse también a Napolitano, Giulio, "I grandi sistema del diritto

Ahora bien, el método inductivo permite identificar, en los Estados parte de la Carta de la OEA –y por ende, en el ordenamiento concéntrico que deriva de la Convención– rasgos comunes que definen a la actividad administrativa a través de la gestión concreta de los cometidos públicos. Esta actividad se sujeta a las particularidades de cada modelo, que, a su vez, se inspiran en las familias en *civil law* (preponderantes en América Latina) y del *common law* (preponderantes en Estados Unidos, Canadá y El Caribe). Más allá de las diferencias de esos modelos domésticos de Derecho Administrativo, el Derecho comparado facilita la identificación de elementos comunes a la actividad administrativa en esos países.

La naturaleza funcional del Derecho Comparado se evidencia por la propia actividad de la OEA, que promueve el diálogo entre las Administraciones Públicas domésticas, como en especial sucede con el Mecanismo de Seguimiento de la CICC (MESICIC). Así, tal mecanismo es una red de expertos de los Estados parte de la CICC que promueven la convergencia de los ordenamientos domésticos en las áreas de la CICC, lo que abarca buenas prácticas aplicables a la actividad administrativa doméstica²³. El MESICIC demuestra que, en la práctica, el método comparado permite identificar elementos comunes que refuerzan la calidad de la Administración Pública.

Así, la Carta de la OEA, la CDI y la CICC se proyectan de manera especial en la actividad administrativa de los Estados parte en pro de la calidad de las Administraciones Públicas y así, promover la gobernanza democrática, concepto que coincide con los estándares de la buena administración. De esa manera, el método comparado facilita identificar rasgos comunes de la actividad administrativa de los Estados parte, lo que permite identificar cuáles son las normas y principios de Derecho Administrativo del ordenamiento jurídico interamericano.

Aquí debemos aclarar que el Derecho Administrativo Interamericano no coincide con el Derecho Administrativo en América Latina. Como hemos explicado en otro lugar, existen principios generales que permiten estudiar, desde el método comparado, el Derecho Administrativo Común en América Latina, particularmente, a partir de las Leyes de procedimiento administrativo²⁴. Muy en especial, a la luz de la

administrativa”, en *Corso di Diritto Amministrativo. Diritto Amministrativo Comparato*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 1 y ss.

²³ Véase sobre el MESICIC lo que hemos explicado en Hernández G., José Ignacio, “Fighting corruption in Latin America and the Caribbean at a supranational level: balances and challenges of the Inter-American Convention Against Corruption”, 2022.

²⁴ Hernández G., José Ignacio, *El Derecho Administrativo en América Latina frente a la pandemia de la COVID-19*, Universidad del Rosario-Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2022. Sobre las Leyes de procedimiento administrativo comunes, vid. Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, en especial, pp. 35 y ss. Véase de Giacinto della

Convención, se ha propuesto estudiar al Derecho Constitucional Común en América Latina (*Ius Constitutionale Commune en América Latina* o ICCAL), todo lo cual se proyecta sobre el Derecho Administrativo, a través del cual aquél se concreta²⁵.

No obstante, el Derecho Administrativo Interamericano no es solo una propuesta de Derecho Comparado, sino que es, antes que nada, una propuesta basada en el ordenamiento jurídico interamericano, cuyo ámbito de aplicación va más allá de América Latina. Por lo anterior, esta propuesta no se reduce a estudiar el impacto de la Convención, sino que considera también al ordenamiento jurídico mayor, derivado de la Carta de la OEA. Esto permite apreciar otras aristas que tienen mayor impacto práctico sobre el Derecho Administrativo, como es el caso del MESICIC, cuyo ámbito tampoco se limita a América Latina.

Otro concepto de interés es el Derecho Administrativo Iberoamericano, que, por medio del método comparado, estudia al Derecho Administrativo en América Latina, España y Portugal²⁶. Este estudio se facilita por las raíces culturales comunes en Iberoamérica, lo que además ofrece en campo sugestivo para explorar la influencia del *ius commune* en el Derecho Colonial. Una muestra de estas raíces comunes es la *Carta Iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la Administración*, de 2013²⁷. En todo caso, y de nuevo, el Derecho Administrativo Interamericano no se basa –solamente– en raíces culturales comunes sino en el ordenamiento jurídico que deriva de la Carta de la OEA.

Excedería de los límites de este estudio emprender y resumir el resultado del método comparado en los modelos de Derecho Administrativo presentes en los Estados parte de la OEA. Basta con señalar que, más allá de sus diferencias, ese Derecho Administrativo gira en torno a una específica área de la actividad estatal, por medio de cual se

Cananea "A New Comparative Research on Administrative Laws in Europe: Implications for Latin America", *Common Core of European Administrative Law*, 2019.

²⁵ Entre otros muchos trabajos, vid. Von Bogdandy, Armin, "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", en *Revista Derecho del Estado* N° 34, Bogotá, 2015, pp. 3 y ss. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, se ha observado que hay importantes aspectos metodológicos que deben tomarse en cuenta, especialmente, por el relativo bajo impacto que las decisiones de la Corte IDH tienen en la práctica del Derecho Administrativo. Cfr.: García-Huidobro, Luis Eugenio y Guidí, Sebastián, "El espejismo de Baena: Luces y sombras de un Derecho Administrativo comparado latinoamericano", en *International Journal of Constitutional Law* N° 19(4), 2022, pp. 1291 y ss.

²⁶ Véase por ejemplo a Rodríguez-Arana, Jame y Rodríguez, Libardo, (directores), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, Editorial Comares-INAP, Madrid, 2015.

²⁷ Véanse los estudios contenidos en la obra coordinada por Jaime Rodríguez Arana-Muñoz y José Ignacio Hernández G., *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

gestionan en concreto los cometidos públicos. No se trata así de la actividad del Estado llamada a fijar las reglas para el cumplimiento de esos cometidos (función legislativa) ni de la actividad llamada a resolver disputas (función jurisdiccional). El método comparado permite identificar, en los Estados parte, una actividad por medio de la cual se traban relaciones concretas con las personas para cumplir con los cometidos estatales, no solo de acuerdo con el Derecho Constitucional sino en especial, de conformidad con el ordenamiento jurídico interamericano.

La perspectiva interamericana facilita el método comparado en el estudio de la actividad estatal orientada a la gestión concreta de cometidos públicos a través de relaciones jurídico-administrativas, pues todos los Estados parte asumen obligaciones comunes bajo la Carta y la Declaración. Más allá de las diferencias derivadas del Derecho Constitucional y del modelo de Derecho Administrativo adoptado, los Estados requieren de una organización orientada a promover esos cometidos desde la centralidad de la dignidad humana y el bien común, como se desprende del ordenamiento jurídico interamericano, según ampliamos en la siguiente sección. Esto permite hablar –con las cautelas del caso– del *Estado administrativo interamericano*, producto del método comparado aplicado a la actividad administrativa de los Estados parte de la Carta²⁸.

2. La construcción del Derecho Administrativo Interamericano y el Derecho Administrativo Global

Hemos definido al Derecho Administrativo Interamericano como los principios y reglas de Derecho Administrativo que derivan del ordenamiento jurídico interamericano. El ordenamiento jurídico interamericano es definido desde dos círculos concéntricos: los países del continente América integrados en la OEA, y dentro de éste, los países de ALC que son parte de la Convención. La expresión “interamericano”, según explicamos en la introducción, fue empleada para evitar confusiones con el uso de la expresión “americano”, que suele aludir a Estados Unidos. Así, otra forma de referirse al Derecho Administrativo

²⁸ A estos fines, y de manera introductoria, el Estado administrativo es la organización estatal en la cual se confían a las Administraciones Públicas tareas propias y específicas mediante relaciones jurídicas concretas con las personas, que son así relaciones jurídico-administrativas. El principio de no-intervención recogido en la Carta de la OEA permite a cada Estado organizar esa actividad administrativa, adoptando el modelo de Derecho Administrativo que estime más idóneo. Pero desde el ordenamiento jurídico interamericano, es posible y necesario identificar rasgos comunes en esa actividad administrativa, en tanto ésta debe orientarse a promover el desarrollo humano desde la dignidad humana y el bien común, como se desprende de la Carta y la Declaración. Luego, los Estados parte deben organizar su actividad administrativa para cumplir esas tareas. A modo ilustrativo, empleamos la expresión Estado administrativo interamericano para identificar esos rasgos comunes.

Interamericano sería el Derecho Administrativo de América, o Derecho Administrativo Americano, en sentido similar a como se alude al Derecho Administrativo Europeo.

El primer paso para identificar al Derecho Administrativo Interamericano es a través del método comparado, que permite observar rasgos comunes de la actividad administrativa en los Estados miembro de la OEA, y sobre la cual éste proyecta sus efectos, en especial, a la luz de la Declaración, la Carta de la OEA, la CDI y la CICC. Esto es, la aplicación del método inductivo (*bottom-up*) que, por el método comparado, identifica rasgos comunes del Derecho Administrativo en los Estados que integran a este ordenamiento. El segundo paso es diseñar la metodología para identificar los principios y normas de Derecho Administrativo presentes en el ordenamiento jurídico interamericano, y que inciden sobre el Derecho Administrativo doméstico. Este segundo paso pasa por aplicar el método deductivo (*top-down*), reconociendo así que las Administraciones Públicas no se someten solo al ordenamiento jurídico doméstico, sino también al ordenamiento jurídico internacional, en este caso, el ordenamiento jurídico interamericano.

Desde esta metodología resulta de utilidad el estudio del Derecho Administrativo Global. De esa manera, el Derecho Administrativo Global ha sido definido en dos sentidos. Por un lado, y de manera mayoritaria, se define como los principios de Derecho Administrativo que rigen a organismos internacionales que llevan a cabo una actividad similar a la actividad administrativa, citándose el ejemplo de la Organización Mundial de Comercio. En el ámbito del Derecho Administrativo Interamericano, esta definición es útil, por ejemplo, para estudiar al BID como un organismo internacional que lleva a cabo la actividad de fomento, o actividad prestacional, similar a la actividad administrativa de los Estados parte²⁹.

Pero también es posible aludir al Derecho Administrativo Global para identificar las normas y principios de Derecho Internacional Público que inciden en las relaciones jurídico-administrativas de los Estados. En realidad, no se trata de una propuesta novedosa, en el sentido que la doctrina ya había reflexionado sobre el Derecho Administrativo Internacional. El interés por esta aproximación se realizó a resultas de la globalización, que elevó la complejidad del Derecho Internacional en tres sentidos. Así, el Derecho Internacional (i) pasó de ser un Derecho preponderantemente interestatal para también ser un Derecho con incidencia

²⁹ El Derecho Administrativo Global surge, precisamente, para intentar paliar el déficit democrático de organismos internacionales que llevan a cabo una actividad similar a la actividad administrativa doméstica. A esos fines, se propuso proyectar, al ámbito internacional, principios generales de Derecho Administrativo, tales y como la rendición de cuentas, la motivación y el debido proceso. Por todos, vid. Cassese, Sabino, *Advanced Introduction to Global Administrative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2021.

intraestatal; (ii) las fuentes de Derecho se hicieron más complejas, al pasar a tener cierta autonomía frente al tratado, por medio del Derecho derivado dictado por organismos internacionales, incluso, a través de decisiones blandas o de *soft law*, y (iii) junto a organismos internacionales tradicionales, comenzaron a surgir organismos híbridos, como redes internacionales. En función a ello se observó que el Derecho Internacional pasó a ser un Derecho Global³⁰.

Para este estudio interesa el segundo sentido de la expresión Derecho Administrativo Global, esto es, las normas y principios que desde el Derecho Internacional Público –y en el espacio global– inciden en relaciones jurídico-administrativas domésticas, de lo cual resulta un Derecho Administrativo que va más allá del Estado³¹. Precisamente, las normas y principios de Derecho Administrativo en el ordenamiento jurídico interamericano pueden estudiarse desde la metodología del Derecho Administrativo Global, en tanto se trata de normas y principios que inciden en relaciones jurídico-administrativas (esto es, con efecto intraestatal), las cuales además se fundamentan de fuentes derivadas de Derecho, como en especial sucede con la CDI, y que comprenden también a organismos híbridos basados en redes, como es el caso del MESICIC. Otra fuente de Derecho derivado son los precedentes de la CIDH, y por supuesto, en el ordenamiento menor, la jurisprudencia de la Corte IDH.

Al aludir al Derecho Administrativo Global, en realidad, apuntamos a la utilidad del su método, que consiste en la identificación de normas y principios de Derecho Administrativo en el espacio global. Conceptualmente esto es un reto, pues se trata de identificar a un Derecho Administrativo sin Estado. Empero, como método, es útil para realzar que las Administraciones Públicas actúan con sometimiento pleno, también, a las normas y principios de variada naturaleza que convergen en el dinámico espacio interamericano³². Por lo anterior, la doctrina ha insistido que una de las fuentes más relevantes del Derecho Administrativo

³⁰ Ortega Carcelén, Martín, *Derecho global. Derecho internacional público en la era global*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 21 y ss.

³¹ Como se ha observado, “en la actualidad, el Derecho tiende a emanciparse de manera creciente de las estructuras estatales como consecuencia de su apertura a la globalización y a las transformaciones que ésta produce”. Cfr.: Arroyo Jiménez, Luis, et al., “Presentación”, en *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Lustel, Madrid, 2020, p. 13.

³² Cassese, Sabino, “Administrative Law without state? The challenges of Global Regulation”, en *New York University Journal of International Law and Politics, Volumen 37*, 2005, p. 671.; Casini, Lorenzo, “Beyond the State: the emergence of Global administrative law”, en *Global administrative law: the casebook*, 2012; Stefano, *Amministrazioni senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo Internazionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 271 y ss. Del autor puede verse también “Administrative Law Beyond the State”, en *Global administrative law: an Italian perspective*, RSCAS PP 2012/04. Robert Schuman Centre For Advanced Studies Global Governance Programme, 2012, pp. 11 y ss.

Global son los principios generales, que de acuerdo con el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, son fuente supletoria del Derecho Internacional Público³³. Para la propuesta del Derecho Administrativo Interamericano esta observación es de vital importancia.

Así, ya explicamos que la justificación del Derecho Administrativo Interamericano reside en identificar las normas y principios que en el ordenamiento jurídico interamericano inciden en relaciones jurídico-administrativas domésticas. Las fuentes de ese Derecho son por ello, las fuentes del ordenamiento interamericano, las cuales no se agotan en el tratado, como es el caso de la Carta de la OEA. También se integran las fuentes de Derecho derivado, las cuales conforman al *corpus iuris interamericano*³⁴. Con lo cual, también deben considerarse a los principios generales como fuente del Derecho Internacional, lo que abarca a los principios generales del Derecho Administrativo doméstico que son identificados por el método comparado³⁵.

La anterior conclusión resulta de especial interés, pues el método del Derecho Administrativo Global facilita el diálogo en dos sentidos entre el ordenamiento jurídico interamericano y los ordenamientos jurídicos domésticos. Así, las normas y principios del ordenamiento jurídico interamericano inciden en la actividad administrativa doméstica con una intensidad que es variable: en algunos casos el efecto es mediato, como sucede por ejemplo con la CDI, mientras que en otros el efecto es directo, como sucede con la Corte IDH. La gradación del efecto del ordenamiento jurídico interamericano, en todo caso, no impide apreciar el movimiento descendente o *top-down*, en el cual el ordenamiento jurídico interamericano incide en el Derecho Administrativo doméstico. Pero al mismo tiempo, los principios generales del Derecho Administrativo

³³ Sobre la importancia de los principios generales en el Derecho Administrativo Global, vid. Della Cananea, Giacinto, "Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law", en *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 89 y ss. Del autor, véase también *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Il Mulino, Boloña, 2009, pp. 133 y ss. Más recientemente, véase el completo trabajo de Maurel, Raphaël, *Les sources du droit administratif global*, LexisNexis, París, 2021, pp. 326 y ss.

³⁴ Nogueira Alcalá, Humberto, "Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 135*, México D.F., 2012, pp. 8 y ss.

³⁵ En el Derecho Internacional Público, los principios generales de Derecho doméstico son fuente supletoria de Derecho. Para la interpretación del efecto intra-estatal del Derecho Internacional Público, es útil identificar a los principios generales de Derecho Administrativo doméstico. Véase en general a Saunders, Imogen, *General principles as a source of international law: Art 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 21 y ss. Este tema lo abordamos con mayor detenimiento en Hernández G., José Ignacio, "El Derecho Administrativo Global y el Derecho Administrativo Interamericano", Universidad Castilla-La Mancha, 2022.

doméstico, sistematizados por el método comparado, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interamericano como fuentes supletorias, en un movimiento ascendiente o *bottom-up*, lo que refleja la influencia del Derecho Administrativo doméstico en el ordenamiento jurídico interamericano. Mientras mayor sea ese diálogo en dos sentidos entre los niveles supranacionales y nacionales, mayor será la integración del Derecho Administrativo Interamericano. Precisamente, la propuesta de avanzar en su estudio sistemático pretende reforzar ese diálogo³⁶, tal y como ha recordado el profesor AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ³⁷.

En tal sentido, se podrá objetar que el Derecho Administrativo Interamericano resulta en exceso ambicioso, pues pretende construir un sistema en realidades jurídicas muy disímiles. Sin embargo, debemos aclarar que aun cuando la construcción del Derecho Administrativo Interamericano como sistema es una propuesta, esta propuesta toma en cuenta una realidad, cual es la existencia del ordenamiento jurídico interamericano. En efecto, la Carta de la OEA, las Convenciones Interamericanas y demás instrumentos, aplican al Derecho Administrativo de Estados Unidos, Canadá y ALC. El mejor ejemplo es la CICC y la labor del MESICIC, que favorece la recopilación de buenas prácticas en los Estados parte de la OEA. En suma, esto responde a un ejercicio práctico de Derecho Comparado que no solo permite identificar principios comunes sino, además, favorece a la convergencia de normas y principios en materia de corrupción.

3. A modo de recapitulación: hacia *ius gentium* administrativo interamericano

Las limitaciones del método comparado en el Derecho Administrativo, junto a la propensión a realzar las raíces comunes en América Latina e Iberoamérica, han atenuado el estudio del Derecho Administrativo en América (de nuevo, en referencia al continente). Quizás a ello haya contribuido también la creencia de que los modelos del *civil law* y del *common law* pertenecen a familias separadas del Derecho. Pero como observamos, el método comparado ha permitido identificar un importante grado de confluencia en esas familias, siendo que además ellas tienen elementos convergentes que derivan del *ius commune*. La propuesta

³⁶ Jinesta, Ernesto, "La construcción de un Derecho Administrativo común interamericano, reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los derechos humanos", *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 11, N° 11, Costa Rica, 2011, pp. 112 y ss.

³⁷ Durán Martínez, Augusto, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay", en *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 1, N° 2, 2014, Curitiba, pp. 103 y ss.

del Derecho Administrativo Interamericano, precisamente, se basa en estas apreciaciones.

Así, por un lado, existen importantes elementos de convergencia entre los modelos de Derecho Administrativo inspirados en el *civil law* (América Latina) y del *common law* (Estados Unidos, Canadá y El Caribe). Instrumentos como la CICC y la CDI permiten apreciar, así, que más allá de las diferencias, hay elementos de convergencia. Por el otro lado, la Declaración recuerda las raíces comunes que existen en los países del continente, y que parten de la centralidad de la dignidad humana, como se amplía en la siguiente sección. Con lo cual, tanto desde la perspectiva de los elementos de coincidencia como desde las raíces comunes, es posible –y necesario– avanzar en la construcción sistemática del Derecho Administrativo Interamericano.

Especialmente desde la Declaración, además, es posible ubicar a normas que, más allá de los ordenamientos domésticos, rigen en todos los Estado partes y que pivotan en el reconocimiento de derechos inherentes de la persona humana orientados a su plena realización material y espiritual. Esto permite identificar un *ius gentium interamericano*, recogido en la Declaración pero que de hecho le antecede. Estas normas comunes a los Estado parte abarcan normas y principios de Derecho Administrativo que, como veremos en la segunda parte, se basan en el concepto de bien común³⁸.

Así, la perspectiva interamericana facilita el método comparado en el estudio de la actividad de los Estados parte orientada a la gestión concreta de cometidos públicos a través de relaciones jurídico-administrativas. Esta gestión concreta resulta de los mandatos contenidos en la Carta y la Declaración, por los cuales los Estados deben promover el desarrollo humano centrado en la dignidad humana y orientado al bien común. Esos mandatos solo pueden cumplirse a través de la actividad administrativa, entendida como aquella que procura la gestión concreta del bien común. De allí que el método comparado permite identificar rasgos coincidentes en lo que hemos llamado el *Estado administrativo interamericano*.

En tanto propuesta de sistematización, el estudio del Derecho Administrativo Interamericano, en esta fase aproximativa, no considera su grado de efectividad. La propuesta, así, considera el ámbito de *iure*, o sea, las fuentes de Derecho Internacional Público dentro del ordenamiento jurídico interamericano, incluyendo las normas y principios de Derecho Administrativo identificadas por el método comparado. Asunto

³⁸ Haggenmacher, Peter, "Sources in the Scholastic Legacy: *Ius Naturae* and *Ius Gentium* Revisited by Theologians", en d'Aspremont, Jean, y Besson, Samantha, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 45 y ss.

del todo distinto es su grado de eficacia –ámbito *de facto*– lo que está condicionado por diversos factores, entre ellos, la fragilidad institucional del ordenamiento jurídico interamericano ante la ausencia de mecanismos de cumplimiento con cierto grado de coacción. En el ámbito de la Carta de la OEA, ello ha dado lugar a mecanismos indirectos de seguimiento, como el MESICIC. Estos mecanismos no están presentes en la CDI, lo que puede explicar su limitada aplicación práctica. Incluso en el ámbito de la Convención, y a pesar de su fuerza normativa, es posible encontrar signos de fragilidad en cuanto a su implementación efectiva. Pero lejos de contradecir la propuesta, esta fragilidad otorga razones adicionales para avanzar en el estudio del Derecho Administrativo Interamericano.

II. El bien común en el Derecho Administrativo Interamericano y la dignidad humana

En la sección anterior explicamos que, en el ordenamiento jurídico interamericano como ordenamiento concéntrico, es posible ubicar normas y principios que inciden en las relaciones jurídico-administrativas de los Estados partes. Debido a la heterogeneidad y dispersión de ese ordenamiento, la identificación de esas normas y principios puede ser tarea difícil. Pero no es una tarea imposible, como lo demuestra la aplicación práctica de esas normas y principios en el MESICIC, por ejemplo, o en un ámbito mucho más concreto, en la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH³⁹. A través del método del Derecho Administrativo Global es posible, por ello, identificar esas normas y principios.

Precisamente como resultado de esta dispersión, el ámbito de tales normas y principios de Derecho Administrativo es muy variado. Aquí interesa identificar las normas y principios básicos, esto es, aquellas que sirven de fundamento al Derecho Administrativo Interamericano y sus diferentes ámbitos de actuación. En tal sentido, antes hemos propuesto estudiar al Derecho Administrativo Interamericano desde cuatro ámbitos, a saber: **(i)** principios relacionados al procedimiento administrativo, y que giran en torno al derecho al debido proceso y al derecho a la democracia; **(ii)** principios de la actividad administrativa de limitación, en dos áreas distintas, a saber, los principios de la potestad administrativa sancionadora, como la presunción de inocencia, y los principios generales de la actividad de limitación como la proporcionalidad. Además, encontramos **(iii)** los principios de la actividad administrativa prestacional, asociados a los estándares de satisfacción de los derechos económicos, culturales y ambientales (DESCA) y **(iv)** los principios de la jurisdicción

³⁹ Por ejemplo, Brewer-Carías, Allan, “Derecho Administrativo y Control de la Convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México Volumen 67, N° 268*, Ciudad de México, 2017, pp. 108 y ss.

contencioso-administrativa, que pivotan en torno al derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁰.

En nuestra opinión, el principio que fundamenta o justifica estos ámbitos del Derecho Administrativo Interamericano es el bien común, definido desde la dignidad humana. De esa manera, el origen del Derecho Administrativo Interamericano puede remontarse al Derecho Indiano, y la concepción *ius naturalista* que reconoce que todas las personas gozan de dignidad, tal y como se propuso en la Revolución de Independencia de Estados Unidos, a fines del siglo XVIII⁴¹. Esta visión permeó al primer constitucionalismo en América Latina a inicios del siglo XIX, que reconoció la vigencia de derechos inherentes a la persona humana, con inspiración en el Derecho Natural⁴². Posteriormente, como quedó en evidencia con la Constitución de México de 1917, la defensa de los derechos humanos se extendió a los derechos económicos y sociales, o sea, los derechos prestacionales inspirados en el Estado Social⁴³. Tal transformación evidenció que la dignidad humana no solo requiere la defensa de derechos de libertad que restringen la actividad del Estado, sino que, además, requiere de la actividad administrativa orientada a asegurar el acceso equitativo a bienes y servicios considerados esenciales⁴⁴. Bajo esta visión, el Derecho Público no solo se limita a prevenir el abuso del Estado –especialmente mediante su actividad e inactividad administrativa– sino que, además, emplaza al Estado –y en especial, a las Administraciones– a actuar para facilitar las condiciones necesarias para la plena realización de la dignidad humana⁴⁵.

⁴⁰ Hernández G., José Ignacio, "Introducción al Derecho Administrativo Interamericano", 2022.

⁴¹ Murillo Rubiera, Fernando, *América y la dignidad del hombre*, cit., p. 273.

⁴² Brewer-Carías, Allan, *El amparo a los derechos y libertades constitucionales (Una aproximación comparativa)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 11 y ss. Más recientemente, vid. *Constitutional protection of human rights in Latin America: a comparative study of amparo proceedings*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 13 y ss.

⁴³ Gargarella, Rafael, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 140 y ss.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, la obra colectiva *Función social de la Administración*, Tomo I, Universidad del Rosario-Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

⁴⁵ González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 73 y ss. Toda la actividad administrativa, como bien recuerda, se orienta a la promoción de la dignidad humana (p. 202). Ello supone deberes negativos, al proscribirse formas de intervención indignas, pero también formas de actuación positiva que remuevan los obstáculos que impidan a la persona la plena realización de su existencia (pp. 30 y ss.). En América Latina, se ha observado que "las acciones para garantizar el respeto mínimo de la dignidad humana son mecanismos de intervención de un poder a favor de la inclusión social" (Carvajal Sánchez, Bernardo, *La dignidad humana como norma de derecho fundamental*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, p. 410).

La Declaración, que desde el punto de vista sustantivo es la piedra fundacional del ordenamiento jurídico interamericano, recogió esta visión. A partir de ello, la evolución de la Carta de la OEA ha llevado a prestar atención a la calidad de las Administraciones Públicas para la promoción del derecho al desarrollo, en especial, bajo la visión pluridimensional de democracia que se desprende de la CDI. Esto lleva a que las Administraciones Públicas deban ponderar diversos intereses en juego, para lo cual el artículo 32 de la Convención emplea el concepto bien común. De allí la importancia de estudiar al bien común como fundamento o justificación del Derecho Administrativo Interamericano.

1. El bien común y el Derecho Administrativo. Su relevancia desde el Derecho Comparado, el Derecho Administrativo Global y desde el Estado administrativo interamericano

La doctrina en América Latina ha prestado atención a la relación entre bien común y Derecho Administrativo. En tal sentido, para JUAN CARLOS CASSAGNE, el bien común, de acuerdo con su formulación en Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, justifica la existencia del poder administrativo⁴⁶. PEDRO JORGE COVIELLO ha abordado la relación entre el Derecho Administrativo y el bien común desde el Derecho Natural⁴⁷. CARLOS DELPIAZZO ha observado que el bien común realza la centralidad de la dignidad humana frente a la Administración Pública⁴⁸. Asimismo, el profesor AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ ha señalado que el bien común vincula a la Administración Pública con la comunidad y por ello, con el principio de subsidiariedad, lo que realza el rol de la Administración Pública de garantizar el acceso a los bienes y servicios asociados a los DESCAs, a través del Estado subsidiario⁴⁹. Esto se opone a una visión estatista –el bien común no es el bien del Estado, ni menos el de sus funcionarios– y realza la centralidad de la persona humana y su dignidad, para su plena realización a través de la comunidad⁵⁰.

⁴⁶ Cassagne, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal", en *El Derecho* N° 15.191, Buenos Aires, 2021, pp. 1 y ss.

⁴⁷ Coviello, Pedro J. J., "Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, pp. 22 y ss.

⁴⁸ Delpiazzo, Carlos, "Bien común, sociedad y Estado", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* N° 11, Uruguay, 2012, pp. 83 y ss.

⁴⁹ Durán Martínez, Augusto, "El Derecho Administrativo al servicio de la casa común", en Durán Martínez, Augusto (coordinador), *El Derecho Administrativo al servicio de la casa común*, Ediciones Información Jurídica, Montevideo, 2017, pp. 42 y ss.

⁵⁰ Durán Martínez, Augusto, *Estudios de Derecho Público, Volumen III*, Montevideo, 2008, pp. 266 y ss., de acuerdo con lo señalado por Delpiazzo, Carlos, "Estado de Derecho y bien común", en *El Derecho Administrativo al servicio de la casa común*, cit. pp. 340 y ss. Véase también, de Durán Martínez, "El derecho

De estas consideraciones emergen algunas conclusiones sobre el concepto y rol del bien común en el Derecho Administrativo que conviene resumir.

Así, en *primer* lugar, el elemento nuclear del concepto de bien común es el de comunidad política, que surge como resultado natural de la convivencia social basada en la fraternidad⁵¹. De ello se desprende una *segunda* conclusión, que es el concepto de persona, distinto como tal al concepto de individuo⁵². Así, lo que caracteriza a la persona es, precisamente, que su plena realización requiere de relaciones sociales basadas en la fraternidad, lo que expresa los fundamentos *ius naturalistas* de la comunidad.

De esa manera, y, en *tercer* lugar, la existencia de comunidad política precisa de una autoridad que atienda a los costos de coordinación de la acción colectiva que se precisa en esa comunidad. Por ello, y, en *cuarto* lugar, la autoridad se justifica por el bienestar de la comunidad, todo lo cual precisa preservar la naturaleza humana de la persona, que reside en su dignidad. Con lo cual, y en *quinto* lugar, la autoridad debe estar centrada en la dignidad humana⁵³.

La *sexta* conclusión, que resume todas las conclusiones anteriores, es que la autoridad se justifica en el bienestar de la comunidad, que es el bien común. Esto es importante pues el concepto de bien común descansa en un criterio cuantitativo y no cualitativo. El bien común no es la sumatoria de los intereses individuales –como suele valorarse en el concepto de interés general– ni tampoco se define en oposición al interés individual. En realidad, no hay contradicción alguna entre el bien común y la persona, en tanto el bienestar de la comunidad se logra mediante la plena realización de la dignidad de la persona⁵⁴.

administrativo entre legalidad y derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* N° 12, Vol. 6, 2007, pp. 134 y ss.

⁵¹ Finnis, John, *Natural Law & Natural Rights*, Oxford University Press, 2011, pp. 134 y ss.

⁵² Maritain, Jacques, *The person and the common good*, University of Notre Dame Press, Indiana, 2012, pp. 47 y ss., así como *Christianity and Democracy-The rights of man and the natural law*, Ignatius Press, San Francisco, 2011, pp. 100 y ss.

⁵³ La dignidad humana es fundamento de los derechos humanos, y es también un derecho humano en sí. Desde una perspectiva ontológica, la dignidad humana puede ser definida como la capacidad del ser humano a alcanzar su plena realización, material y espiritual, entendiendo que la persona es un fin en sí mismo, y no solo un medio. Vid. Gross Espiell, Héctor, “La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos. Volumen 4*, 2003, pp. 193 y ss.

⁵⁴ Sobre este aspecto, son de utilidad las reflexiones recientes de Vermeule, Adrian, *Common good Constitutionalism*, cit. Véase también, de Casey, Conor y Vermeule, Adrian, “Myths of common good constitutionalism”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Volume 45, 2022, pp. 104 y ss. La introducción del concepto de bien común en el Derecho Constitucional de Estados Unidos ha ocasionado cierta

La séptima conclusión es que la relación entre la comunidad y la autoridad se basa en los principios de subsidiariedad y solidaridad. Por un lado, la autoridad no puede adoptar tareas que la comunidad, libre y organizada, puede asumir. De otro lado, la actuación de la comunidad debe orientarse a promover la plena realización de todas personas de manera solidaria.

Frente al Derecho Administrativo, estas conclusiones realzan el concepto vicarial de la Administración Pública, orientada al servicio efectivo de los ciudadanos mediante los estándares de la buena administración⁵⁵. Así, lo que define a la Administración no son sus privilegios y prerrogativas, sino la procura del bien común guiado por la centralidad de la dignidad humana. Bajo la visión del bien común, la Administración es el instrumento del cual se vale el Estado para servir a los ciudadanos de manera objetiva⁵⁶. Nótese que, en el Estado, este rol es privativo de la Administración Pública, lo que permite comprender por qué la promoción del bien común es particularmente relevante en el Derecho Administrativo⁵⁷.

No es inherente al concepto del Derecho Administrativo del bien común el modelo bajo el cual se organiza ese Derecho. Como ya explicamos, las rígidas diferencias entre las familias del *civil law* y del *common law* aparecen hoy matizadas, de lo cual resulta que la perspectiva del bien común es aplicable más allá de las diferencias sobre cómo se organiza el Derecho Administrativo. Ciertamente, los modelos basados en el *civil law* e inspirados en el régimen francés, son más propensos a ser estudiados desde la perspectiva del bien común, en tanto esta perspectiva encuadra con conceptos asociados a los privilegios y prerrogativas de las Administraciones Públicas. Pero lo cierto es que las exigencias del

polémica, por la poca tradición *ius naturalista* del Derecho Público en ese país, en especial, en el último medio siglo.

⁵⁵ Durán Martínez, Augusto, "La buena administración", *Estudios de Derecho Administrativo N° 1*, La Ley, 2010, pp. 109 y ss., Véase igualmente, en relación con los estándares de la buena administración y el bien común, a Meilán Gil, José Luis, "El paradigma de la buena administración", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, Número 17*, 2013, pp. 233 y ss., y Rodríguez-Arana Muñoz, 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.

⁵⁶ Durán Martínez, "El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales", cit. Véase también, del autor, *vid. Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*, La Ley, Montevideo, 2017, pp. 27 y ss.

⁵⁷ Sobre el concepto vicarial de Administración Pública, véase lo expuesto en nuestro libro Hernández G., José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 45 y ss.

moderno Estado administrativo también facilitan el estudio del Derecho Administrativo en países del *common law* bajo el bien común⁵⁸.

En realidad, el principio de no-intervención refrendado en la Carta garantiza a cada Estado organizar su Derecho Administrativo de acuerdo con el modelo que estime más idóneos. Pero al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico interamericano contiene obligaciones que los Estados Parte solamente pueden cumplir por medio de su actividad administrativa. Por el método comparado, la actividad administrativa en los Estados Parte puede definirse como aquella por medio de la cual el Estado entraba relaciones jurídicas con las personas para la gestión concreta de los cometidos públicos o, mejor aún, para la gestión concreta del bien común. Los Estados Parte pueden decidir cómo organizar esa actividad. Pero lo que no pueden decidir es si despliegan o no tal actividad. De allí que el método comparado permite identificar rasgos coincidentes en lo que hemos llamado el *Estado administrativo interamericano*.

Aquí es importante insistir en que el concepto de bien común no es equivalente al de interés general, ni mucho menos justifica una visión estatista y autoritaria del Derecho Administrativo. La centralidad de la dignidad humana se opone a técnicas administrativas que desconozcan la primacía de la comunidad, todo lo cual exige repensar ciertas figuras claves del Derecho Administrativo inspirado en el modelo francés, como es el servicio público. En su formulación tradicional en América Latina, el concepto de servicio público se aparta del principio de subsidiariedad y propone una concepción autoritaria en la cual las actividades consideradas o declaradas como servicio público, se extraen del ámbito de la comunidad –y de la acción humana– para pasar a residenciarse exclusivamente en el ámbito de la actividad administrativa.

La perspectiva del bien común también refuerza el método del Derecho Administrativo Global, en tanto es preciso recordar que junto a las comunidades nacionales hay también comunidades transnacionales, cuyo estudio puede abordarse desde el bien común. Asimismo, la globalización ha puesto en evidencia que existen riesgos transnacionales al bien común, como es el caso en especial del calentamiento global y los riesgos al medioambiente. Como el profesor AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ ha señalado, en un mundo globalizado “*los intereses colectivos a los que sirve el Derecho Administrativo no se circunscriben a las estrictas fronteras de los viejos Estados Nacionales*”⁵⁹.

⁵⁸ Desde Estados Unidos, vid. Vermeule, Adrian, *Common good constitutionalism*, cit.

⁵⁹ Durán Martínez, Augusto, “El Derecho Administrativo al servicio de la casa común”, cit., p. 17.

El mejor ejemplo, sin duda, es la pandemia de la COVID-19. Por un lado, la pandemia demostró que no es posible proteger la salud individual sino se protege la salud de la comunidad, todo lo cual realza la importancia del bien común. Por el otro lado, la pandemia demostró que el bienestar de la comunidad nacional no puede alcanzarse sino se promueve el bienestar de las comunidades transnacionales⁶⁰. La Organización Mundial de la Salud, así, es el mejor ejemplo de cómo el bien común debe promoverse en el espacio global. Así, esa Organización se basó en el principio de subsidiariedad al confiar en la acción de las autoridades sanitarias domésticas. Pero por el otro lado, esa Organización promovió la solidaridad por medio del mecanismo COVAX de vacunación⁶¹.

El bien común, por todo lo anterior, realza la necesidad del Estado y, más en concreto, de la Administración, pues solo a ésta le corresponde servir efectivamente a los ciudadanos. Esto hace que el bien común sea especialmente importante en ALC. Así, ALC es –como ha recordado el BID– la región más desigual del mundo⁶². De otro lado, la región se caracteriza por Estados frágiles, sin capacidad suficiente para cumplir con los ambiciosos cometidos que derivan del ordenamiento jurídico interamericano, y que dejan a salvo los cometidos –más o menos ambiciosos– que se desprenden del Derecho Constitucional⁶³. No es sorprendente que el Derecho Público en ALC sea transformador, tratándose de la región más desigual del mundo. Ello, a su vez, realza la importancia de fortalecer la capacidad del Estado y de la sociedad civil para cumplir, efectivamente, con los mandatos de transformación⁶⁴.

Para lograr la promoción del desarrollo inclusivo luego de la pandemia, y de acuerdo con los estudios del BID, se requiere fortalecer la capacidad de las Administraciones Públicas. Administraciones Públicas fuertes no son aquellas que unilateralmente definen el interés general, sino aquellas que promueven el bien común desde la centralidad de la persona. En este sentido, el principio de subsidiariedad no solo ayuda a delimitar, negativamente, el ámbito de actuación de la Administración, sino que también le impone a ésta mandatos positivos para interactuar

⁶⁰ Allen, Danielle, *Democracy in the time of coronavirus*, The University of Chicago Press, 2022, pp. 2 y ss.

⁶¹ Así lo hemos explicado en Hernández G., José Ignacio, *El Derecho Administrativo en América Latina frente a la pandemia de la COVID-19*, cit.

⁶² Del BID, véase: Busso, Matías y Messina, Julián, “Sociedades fracturadas”, en Busso, Matías y Messina, Julián (editores), *La crisis de la desigualdad: América Latina y el Caribe en la encrucijada*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020, pp. 1 y ss.

⁶³ Para América Latina, véase Mazzuca, Sebastián, *Latecomer State Formation: Political Geography and Capacity Failure in Latin America*, Yale University Press, New Haven, 2021, pp. 387 y ss.

⁶⁴ Hernández G., José Ignacio, “Capacidad estatal, emergencias complejas y derechos sociales”, en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, Editora JusPodium, Salvador, 2019, p. 681.

con la comunidad hacia la promoción del bien común. Esto entronca con el concepto de Estado garante, en el sentido que las Administraciones Públicas deben facilitar la promoción del bien común desde la comunidad, y deben reducir los costos de la coordinación a través de procedimientos administrativos abiertos y participativos.

2. El rol del bien común en el Derecho Administrativo Interamericano, la dignidad humana y los estándares de la buena administración en el Estado administrativo interamericano

Uno de los obstáculos para el estudio sistemático del Derecho Administrativo Interamericano es, como hemos visto, su dispersión y heterogeneidad, ante lo cual puede pensarse que no existen elementos transversales que permitan avanzar en su estudio sistemático. Quizás por ello el impacto del ordenamiento interamericano se ha concretado en América Latina, en especial, a través de la Convención. Pero lo cierto es que es posible encontrar, en las normas y principios de Derecho Administrativo del ordenamiento interamericano, elementos transversales que pivotan en torno al concepto de buena administración y su relación con la dignidad humana, definidos desde el bien común.

Así, la Declaración, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, recoge la tradición del Derecho Natural en América, a través de la concepción de derechos inherentes a la persona humana⁶⁵. En todo caso, como se resalta en su considerando, estos derechos inherentes a la persona humana no se asumen desde una posición individualista:

Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad.

Como se observa, la dignidad humana no se define desde la libertad absoluta individual, sino desde el progreso espiritual y material, lo que entronca con el concepto del bien común, y más en concreto, con la idea de la búsqueda de la felicidad de LOCKE, reflejada entre otros instrumentos en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1775⁶⁶. Con estas bases, la Declaración reconoce que el

⁶⁵ Murillo Rubiera, Fernando, *América y la dignidad del hombre*, cit.

⁶⁶ Gross Espiell, Héctor, "La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano", en *Derechos humanos y vida internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México, México D.F., 1995, pp. 13 y ss. Tal y como afirma, comentando la Declaración, "la justificación del Estado resulta de su aptitud para defender y proteger los derechos humanos mediante el establecimiento de un orden público fundado en el bien común".

fundamento de los derechos humanos es el Derecho Natural⁶⁷: “*Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*”.

Por ello, en el preámbulo de la Declaración se reconoce que “*todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros*”. Aquí se realza, de nuevo, el concepto de bien común a través del concepto de fraternidad que entronca con el pensamiento aristoteliano, y que realza que la dignidad humana se alcanza en una comunidad fraterna. Por ello –continúa el preámbulo– los “*derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad*”.

Estos preceptos se reflejan en los derechos humanos declarados en este texto. Allí se encuentran los derechos de derivados de la libertad general la persona, pero que no son entendidos como derechos puramente individuales, sino como derechos que se realizan a través de la comunidad, en concreto, a través de la familia como “*elemento fundamental de la sociedad*” (artículo VI). Ello encuentra reflejo en el reconocimiento de derechos prestacionales, o sea, aquellos que demandan acciones concretas de terceros, y que no se agotan en la defensa de la libertad. Tal es el caso de la protección de la maternidad (Artículo VII), la protección de la salud, alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica “*correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*” (artículo XI); el derecho a la educación (artículo XII); el derecho a la participación cultural (Artículo XIII); el derecho al trabajo (artículo XIV); el derecho al descanso y a la recreación (artículo XV) y el derecho a la seguridad social (artículo XVI).

El artículo XXVIII fija, en este sentido, elementos de ponderación entre los derechos contenidos en la Declaración: “*Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático*”.

La frase “*las justas exigencias del bienestar general*” alude, en realidad, a las justas exigencias del bien común, en tanto los derechos inherentes a la persona humana y que determinan su dignidad, se realizan a

⁶⁷ Entre otros, vid, Díaz, Álvaro Paúl, “La génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° XLVII, julio-diciembre, 2016, pp. 361 y ss.

través de la comunidad. Así lo reitera el artículo XXIX, de acuerdo con el cual *“toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”*. El deber de convivencia es la base de la comunidad, como medio para alcanzar el desenvolvimiento íntegro de la personalidad. De allí deriva del deber de solidaridad (artículo XXXIV).

En tal sentido, la Declaración puede ser considerada como la piedra fundacional del ordenamiento jurídico interamericano, y por ello, uno de los pilares del Derecho Administrativo Interamericano⁶⁸. Como tal, los principios de la Declaración se proyectan sobre la Carta de la OEA, suscrita también en 1948⁶⁹. De acuerdo con el preámbulo de la Carta, el ordenamiento jurídico interamericano puede ser definido como el *“marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”*. A pesar de que la Carta es, fundamentalmente, un Tratado para ordenar la relación entre los Estados de América con base en el principio de no-intervención, ella incide en la relación entre el Estado y las personas a través del bien común. La norma clave en este sentido es el artículo 30:

Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo.

La promoción del desarrollo integral, desde la centralidad de los derechos humanos, es por ende un *desarrollo humano* centrado en la justicia social, tal y como se desprende del artículo 33, que identifica como la finalidad del desarrollo *“la plena realización de la persona humana”*. El desarrollo integral se basa en componentes esenciales identificados en el artículo 34, a saber, *“la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo”* (artículo 34). Ello es complementado por los derechos enunciados en el artículo 45, que parten del precepto según el cual *“el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden*

⁶⁸ Nikken, Pedro, “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos de Humanos*, Número especial en conmemoración del 40° de la Declaración Americana de Derechos Humanos, 1989, pp. 86 y ss.

⁶⁹ Faúndez, Héctor, *El sistema interamericano de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 31 y ss.

social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz". Esto es, que la plena realización de la persona humana a través del goce efectivo de sus derechos solo puede alcanzarse en comunidad, pero no en cualquier comunidad, sino en aquella asentada por un "*orden social justo*" y, por ende, en la promoción de la dignidad humana.

En tal sentido, los derechos humanos reconocidos en la Declaración son componentes esenciales del derecho al desarrollo derivado del artículo 30 de la Carta. Así, cabe recordar que los Estados parte, en virtud de la Carta, tienen obligaciones derivadas de la vigencia universal de los derechos humanos, incluyendo aquellos derivados de la Declaración⁷⁰. Tal y como la Corte IDH concluyó en la Opinión Consultiva OC-10/89, de 4 de julio de 1989:

Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

Así, la Carta tiene especial influencia sobre el Derecho Constitucional de los Estados parte, al realzar el rol de la democracia representativa (artículo 2, literal b). Pero la democracia no se agota en la forma del Gobierno representativo, pues se asume desde la concepción del desarrollo integral (entre otros, literal "f" del artículo 3). De acuerdo con este precepto, los Estados deben conducir su actividad no solo por cauces democráticos sino, además, para promover el desarrollo integral. Esto permite identificar, en la Carta, principios que inciden de manera especial en el Derecho Administrativo, y en especial, el principio según el cual la Administración Pública debe responder "*a los requerimientos e intereses de la comunidad*" (literal "e", artículo 45).

Este principio general fue proyectado en diversos instrumentos de la OEA, muy en especial la CDI, la cual asume un concepto pluridimensional de democracia. Así, la protección de la democracia se define en tres ámbitos, a saber, (i) las condiciones de integridad electoral; (ii) el cumplimiento efectivo de los principios de la democracia constitucional y (iii) la promoción del desarrollo. Por ello, la CDI no solo se ocupa de eventos que supongan la ruptura del orden constitucional, sino en especial, de las fallas y desviaciones de Gobiernos democráticos que impactan negativamente la capacidad de servir efectivamente a los ciudadanos⁷¹.

⁷⁰ Buergenthal, Thomas, et al., *La Protección de los derechos humanos en las Américas*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pp. 60 y ss.

⁷¹ Véase, de la OEA, *Carta Democrática Interamericana. Documentos e interpretaciones*, Washington D.C., 2003.

Esta es, también, la visión de la CICC, la cual se interesa no solo por los delitos transnacionales de corrupción, sino también, por reforzar los principios que promueven la calidad de los Gobiernos para servir a los ciudadanos. La definición pluridimensional de la democracia y la protección de los principios que promueven la capacidad de los Gobiernos de servir a los ciudadanos, se decantan en la promoción de la gobernanza democrática, esto es, la implementación de procesos de toma de decisiones que eleven la calidad del servicio a los ciudadanos. Este aspecto cuantitativo de la actividad administrativa es especialmente relevante, pues el cumplimiento de los mandatos para la promoción del desarrollo inclusivo que derivan de la Carta requiere de Gobiernos capaces, a los fines de poder ponderar, con objetividad y eficiencia, los distintos intereses en juego.

En tal sentido, el concepto de desarrollo que deriva de la Declaración, de la Carta y de la CDI, es la del desarrollo humano, o sea, la promoción de condiciones de igualdad material que permitan a la persona y las comunidades desplegar sus capacidades. Tal es el concepto promovido por AMARTYA SEN, y que se contrapone al concepto estatista de desarrollo, en el cual la promoción de condiciones de igualdad es tarea exclusiva del Estado a través de sus Administraciones Públicas, todo lo cual se traduce en técnicas de planificación central⁷². En el ordenamiento jurídico interamericano, por el contrario, el desarrollo pivota en torno a la dignidad humana, y por ello, debe basarse en el principio de subsidiariedad⁷³. De esa manera, la obligación de los Estados, bajo la Carta, no es asumir para sí las tareas de promoción del desarrollo, sino facilitar y garantizar las condiciones que permitan a la comunidad organizarse para promover su desarrollo, de nuevo, bajo la centralidad de la dignidad humana.

Estos principios se refuerzan en el ámbito más específico de la Convención. Así, a pesar de que no existe un derecho al desarrollo dentro del catálogo de DESCAs reconocidos al amparo de la Convención, lo cierto es que el desarrollo humano es un parámetro de interpretación de los DESCAs. Por ello, la Corte IDH ha aclarado que la oferta de bienes y servicios orientados a dar satisfacción a los DESCAs pueden ser asumidos por la iniciativa privada, bajo el control y supervisión de los Gobiernos, o sea, de las Administraciones Públicas⁷⁴. De igual manera, la Corte ha

⁷² Sen, Amartya, *Development and freedom*, Anchor Books, Nueva York, 1999, pp. 13 y ss.

⁷³ El principio de subsidiariedad no encuentra expreso reflejo en el ordenamiento jurídico interamericano, pero es posible derivarlo de su interpretación holística. Desde ese plano, la subsidiariedad se traduce en obligaciones de resultado, no de medio, en tanto el ordenamiento jurídico interamericano no emplaza a los Estados a asumir la gestión directa de ninguna actividad.

⁷⁴ Sentencia de 19-11-1999 (fondo) en el caso "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, Serie C N° 63, párrafo 144; sentencia de 04-07-2006, Serie C

señalado que el concepto de democracia es empleado “*en términos interpretativos*” en el marco del artículo 29 de la Convención⁷⁵.

En tal sentido, una norma de fundamental importancia es el artículo 32.2 de la Convención. De acuerdo con él: “*los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”. Tal norma integra todo el acervo que se desprende de la Declaración, al realzar que los derechos inherentes a la persona, incluyendo su dignidad, se realizan a través de la comunidad, todo lo cual justifica la acción del Estado administrativo orientado a atender las justas exigencias del bien común para ponderar derechos individuales. No se asume, por ello, una visión individualista de los derechos humanos, ni tampoco una visión ilimitada de la libertad general del ciudadano. Antes por el contrario, los derechos humanos, inherentes a la persona, se justifican y limitan en el bien común. Como ha afirmado la Corte Interamericana⁷⁶:

Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.

El bien común no equivale a la expansión de los poderes del Estado, ni a una visión estatista de la sociedad. Por el contrario, el bien común se opone a tal expansión, en la medida en que el accionar del Estado no se orienta a promover el florecimiento de la comunidad, sino al beneficio personal de los gobernantes. Por ello, la Corte recientemente ha señalado que “*las exigencias del bien común requieren que se establezcan salvaguardas a la democracia, como lo es la prohibición de la reelección presidencial indefinida*”⁷⁷.

No. 149, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, cuyo párrafo 92; sentencia de 22-11-2019, caso *Hernández vs. Argentina*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C 395, párrafo 77, y sentencia de 06-02-2020, caso *Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 400, párrafo 221. Específicamente sobre la participación público-privada en la garantía del derecho a la salud, desde la perspectiva de la dignidad humana, vid. Delpiazzo, Carlos, *Dignidad humana y Derecho*, Montevideo, 2001, pp. 90 y ss.

⁷⁵ Sentencia de 05-08-2008, caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 82, párrafos 221 y 222.

⁷⁶ Opinión Consultiva OC-5/85 de 13-11-1985, Serie A N° 5, párrafo 66.

⁷⁷ Opinión Consultiva OC-28/21, de 07-06-2021, sobre la figura de la reelección presidencial, párrafo 125.

La interpretación concordada de la Declaración, la Carta de la OEA, la CDI, la CICC y la Convención, permiten concluir que en el ordenamiento jurídico interamericano, la promoción del desarrollo humano y del bien común requiere de Estados, y especial, de Administraciones Públicas. Así, solo las Administraciones Públicas, por medio de la gestión concreta del bien común, pueden promover el desarrollo en el marco de la concepción pluridimensional de la democracia. Las Administraciones Públicas son, así, indispensables para la plena realización del ordenamiento jurídico interamericano. Empero, no se trata de cualquier tipo de Administración, sino de aquella que actúe para la conciliación de los diversos intereses en juego por medio de mecanismos de gobernanza democrática orientados a afianzar la calidad de su actividad servicial.

De allí que los estándares de la buena administración resultan fundamentales en el ordenamiento jurídico interamericano. Ciertamente, y por los momentos, el concepto de la buena administración no se ha reconocido expresamente en ese ordenamiento, pero resulta plenamente compatible con él, si recordamos la importancia de la dignidad humana y el bien común. Así, los Estados, para cumplir con las obligaciones derivadas de la Carta de la OEA, especialmente en lo que corresponde a la promoción del desarrollo, precisan de Administraciones orientadas al servicio efectivo de las personas. Esto es, Administraciones Públicas que, en el marco del Estado garante, aseguren el acceso equitativo a bienes y servicios esenciales, siempre de acuerdo con los principios de subsidiariedad y menor intervención. Solo las Administraciones Públicas pueden cumplir ese rol. Así, al Poder Legislativo le corresponde fijar las reglas dentro de las cuales podrán ejercerse los derechos humanos, mientras que el Poder Judicial debe ofrecer remedios judiciales efectivos para la tutela efectiva de esos derechos. Pero el servicio a los ciudadanos para la plena realización de la dignidad humana es una tarea que únicamente puede alcanzar la Administración Pública.

De esa manera, la Declaración y la Carta de la OEA crean obligaciones en cabeza de los Estados cuyo cumplimiento solo es posible por medio de las Administraciones Públicas, o sea, las organizaciones que por medio de actividades materiales se orientan a la *"creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad"* mediante relaciones jurídicas concretas con las personas. Los estándares de la buena administración realzan, por un lado, que el centro de esa actividad administrativa debe ser el ciudadano y su dignidad; por el otro lado, y conforme al principio de subsidiariedad, la actividad administrativa no puede desplazar a la comunidad, sino que debe orientarse a fortalecer la capacidad de la comunidad para que, por medio de sus propios medios, pueda alcanzar el progreso espiritual y material.

Los estándares de la buena administración, además, condicionan el procedimiento a través del cual las Administraciones Públicas deben cumplir esas tareas, pues en el ordenamiento jurídico interamericano solo se admite la gestión del bien común por medio de la democracia. Esto requiere, así, que la conducción de las Administraciones Públicas –a través del Gobierno– responda a autoridades electas en procesos comiciales justos y libres. Adicionalmente, la actuación de las Administraciones Públicas debe enmarcarse en la separación de poderes y en el principio de legalidad, tal y como se desprende de los artículos 3 y 4 de la CDI. Medidas autoritarias, clientelares o predatorias, no son consistentes con los deberes que los Estados deben cumplir a través de sus Administraciones Públicas.

Ninguno de esos postulados, advertimos, exige Administraciones Públicas reducidas. En realidad, en el ordenamiento jurídico interamericano lo relevante no es el aspecto cuantitativo de las Administraciones Públicas, sino el elemento cualitativo. Pero aun así, lo cierto es que el cumplimiento de los deberes derivados del ordenamiento jurídico precisa de organizaciones administrativas capaces para atender el cúmulo de tareas asociadas a la promoción del desarrollo. Esto quiere decir que el Estado administrativo –la forma de Estado en la cual las Administraciones Públicas desarrollan tareas propias y de relevancia, como instrumentos para la consecución del bien común– es un presupuesto en el ordenamiento jurídico interamericano. Estado administrativo, en todo caso, bajo la fórmula del Estado garante, pues el ordenamiento jurídico interamericano no se opone a que la comunidad libremente organizada asuma la gestión de actividades asociadas a los DESCAs. Por el contrario, el principio de subsidiariedad emplaza a la primacía de la comunidad.

De lo anterior resulta un Derecho Administrativo que no está centrado en el poder sino en el servicio a los ciudadanos, y de nuevo, en su dignidad⁷⁸. Es el ciudadano, como ser racional e integrado a la comunidad, quien debe tener capacidad efectiva para definir su plan de vida, orientado a su plena realización. Ello no significa que la acción humana individual sea ilimitada, pues como recuerda el citado artículo 32 de la Convención, esa acción es legítima en tanto se oriente al bien común. De otro lado, tampoco esa acción puede justificarse para atentar contra la dignidad, debiendo recordar que la persona es un fin en sí mismo. Asimismo, y ante las condiciones de desigualdad imperantes –que son crónicas en América Latina y el Caribe– corresponde a las Administraciones remover los obstáculos que impiden el acceso equitativo a bienes y servicios esenciales, a través de la actividad administrativa llamada a transformar las condiciones socioeconómicas de desigualdad, pero siempre con el propósito último de expandir las capacidades de la persona para

⁷⁸ Rodríguez-Arana, Jaime, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012.

que, con sus propios medios, y de acuerdo con el principio de subsidiariedad, pueda orientarse a promover su plena realización. La centralidad de la persona, bajo estos postulados del ordenamiento jurídico interamericano, permite entonces hablar de “personalismo solidario”⁷⁹.

De esa manera, y en resumen, la dignidad humana y la promoción del bien común, de acuerdo con la Declaración y la Carta –y en mayor medida, la Convención– imponen obligaciones a los Estados parte que solo pueden cumplirse por medio de su actividad administrativa, definida por el método comparado como aquella por medio de la cual el Estado entabla relaciones jurídicas con las personas para la gestión concreta de los cometidos públicos o, mejor aún, para la gestión concreta del bien común. Los Estados parte pueden decidir cómo organizar esa actividad, incluyendo las particularidades de la organización administrativa, los poderes confiados a éstas, el régimen jurídico aplicable y los remedios de las personas frente a la actividad e inactividad administrativa. Pero lo que no pueden decidir es si despliegan o no tal actividad, ni tampoco si la actividad administrativa se conduce por los cauces de la gobernanza democrática. De allí que el método comparado permite identificar rasgos coincidentes en lo que hemos llamado el Estado administrativo interamericano, que solo puede conducir su actividad por medio de la gobernanza democrática o, más específicamente, los estándares de la buena administración.

Conclusiones

Hacia finales del siglo XIX comenzó un proceso de integración americana, impulsado especialmente por la necesidad de replantear las relaciones entre Estados Unidos y América Latina. De manera paulatina, sin embargo, este proceso también sirvió para rescatar el acervo jurídico común en América que, con influencia en el *ius commune* medioeval, reconoció la relevancia de la dignidad humana como un derecho inherente a toda persona, y consecuentemente, el deber de los Gobiernos de orientar su actividad al servicio de esa dignidad. Tal visión quedó muy bien plasmada en la Declaración, y quizás en menor medida, en la Carta de la OEA, aprobadas en 1948.

⁷⁹ Santiago, Alfonso, “El concepto del bien común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución”, en *Colección N° 7(12)*, 2001, pp. 239 y ss., quien señala que “*la persona es inseparable de la sociedad humana en la que vive y se desarrolla*” (261), de lo cual resulta que la persona se realiza en la comunidad por medio del principio de solidaridad. Es por ello que el bien común se opone a dos extremos: el individualismo y el totalitarismo (De Koninck, Charles, *On the primacy of the common good against the personalists and the principle of the new order*, The Aquinas Review, Volume IV, 1997, pp. 64 y ss.).

Tal es el origen inmediato del ordenamiento jurídico interamericano, que ha evolucionado para incorporar otros instrumentos orientados a reforzar la buena gestión del bien común bajo la centralidad de la dignidad humana, como es el caso de la CDI y la CICC. Destaca, asimismo, la creación del BID en 1959, orientado a la promoción del desarrollo humano. Dentro de este ordenamiento, y a partir de 1969, comenzó a formarse otro ordenamiento más específico, basado en la Convención y la tutela judicial de los derechos humanos a cargo de la Corte IDH.

El método comparado del Derecho Administrativo permite identificar, en ese ordenamiento jurídico, normas y principios de Derecho Administrativo, que por tanto inciden en relaciones jurídico-administrativas de los Estados Parte. Empleando la técnica del Derecho Administrativo Global, es posible afirmar que las Administraciones Públicas en América se someten al complejo entramado normativo que deriva del ordenamiento jurídico interamericano.

A través del método inductivo y deductivo, estas normas y principios pueden ser estudiadas, sistemáticamente, como Derecho Administrativo Interamericano. La heterogeneidad y dispersión de esas normas y principios –y en especial, su irregular efecto jurídico– ha afectado el estudio sistemático de tal Derecho, al tiempo que la atención se ha centrado en el estudio del Derecho Común en América Latina. Empero, a partir de la Declaración y la Carta, es posible –y necesario– avanzar en la sistematización del Derecho Administrativo Interamericano empleando para ello el método comparado y el marco teórico del Derecho Administrativo Global.

Esto permite comprender que el Derecho Administrativo Interamericano se forma a partir de un diálogo en doble vía. Por un lado, las normas y principios del ordenamiento jurídico interamericano inciden en la actividad administrativa de los Estados parte. De otro lado, los principios generales del Derecho Administrativo en el continente americano constituyen fuentes supletorias de ese ordenamiento de conformidad con el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esto permite identificar un *ius gentium interamericano*, recogido en la Declaración pero que de hecho le antecede. Estas normas comunes a los Estado Parte abarcan normas y principios de Derecho Administrativo que se basan en el concepto de bien común.

En tal sentido, a través del método comparado, el criterio que permite identificar a las normas y principios de Derecho Administrativo en el ordenamiento jurídico interamericano es la actividad de los Estados parte basada en relaciones jurídicas con las personas para la gestión concreta del bien común. Esto quiere decir que las normas y principios que inciden en esa actividad estatal, conforman –desde un punto de vista subjetivo y objetivo– al Derecho Administrativo Interamericano. El

principio de no-intervención garantiza a cada Estado parte el derecho a diseñar el marco institucional de esa actividad administrativa. Empero, bajo el ordenamiento jurídico interamericano, los Estados Parte deben desplegar una actividad orientada a la gestión concreta del bien común, inspirada en la centralidad de la dignidad humana y los estándares de la buena administración. De allí que el método comparado permite identificar rasgos coincidentes en lo que hemos llamado el Estado administrativo interamericano⁸⁰.

La Declaración realza la centralidad de la dignidad humana inherente a toda persona y, por ello, realza que los Estados deben promover la *“creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”*. Este deber de los Estados solo puede actualizarse a través de sus Administraciones Públicas, en tanto éstas son el instrumento para la gestión concreta de los cometidos públicos. Ello no significa, sin embargo, que las Administraciones Públicas asuman la tarea de crear tales condiciones de manera exclusiva. Antes por el contrario, como se deriva del artículo XI de la Declaración, debe regir aquí el principio de subsidiariedad, en el sentido que la comunidad libre y organizada es quien debe asumir tal tarea, de acuerdo con sus propias capacidades.

Esto quiere decir que la actividad administrativa que se desprende de la Declaración se inspira en la figura del Estado garante, todo lo cual lleva a las Administraciones Públicas a ponderar los distintos intereses en juego de conformidad con las justas exigencias del bien común, según se desprende del artículo XXVIII de la Declaración y 32 de la Convención. El bien común es, de esa manera, la justificación de la actividad administrativa, especialmente, para la promoción del desarrollo humano, como se desprende del artículo 30 de la Carta de la OEA.

El bien común, como justificación primera de la actividad administrativa, conecta con el concepto de gobernanza democrática y con los estándares de la buena administración, materia tratada en especial en la CDI y la CICC. Lo que caracteriza a la actividad administrativa en el Derecho Administrativo Interamericano no es ciertamente los privilegios y prerrogativas, sino el servicio a los ciudadanos mediante la adecuada ponderación de todos los intereses en juego. El Derecho Administrativo Interamericano, por ello, no se preocupa tanto del aspecto cuantitativo de las Administraciones Públicas –materia que en todo caso no le es ajena– sino del aspecto cualitativo.

⁸⁰ La fragilidad estatal ha realzado el rol del principio de no-intervención y la defensa de la doctrina Calvo. Vid.: Grossman, Claudio, “Latin American contribution to International Law”, *Proceedings of the Annual Meeting - American Society of International Law* N° 94, 2000, p. 45.

Con lo cual, bajo el Derecho Administrativo Interamericano, el debate en torno a la pertinencia o necesidad de la intervención administrativa es irrelevante. Así, las Administraciones Públicas son una institución indispensable para el pleno cumplimiento de la Declaración y la Carta de la OEA. No se trata, por supuesto, de cualquier tipo de Administración, sino de aquella organizada desde la centralidad de la persona humana. Esto justifica la configuración del Estado administrativo, bajo el cual la plena realización de la persona humana a la cual alude el artículo 33 de la Carta debe procurarse a través de la actividad administrativa.

Lo anterior no justifica el despliegue de técnicas totalitarias de la actividad administrativa que desconozcan la separación entre el Estado y la sociedad, ni mucho menos técnicas colectivistas que, impulsadas por la retórica populista, justifican una concepción colectivista de la persona. El principio de subsidiariedad y la dignidad humana son las primeras barreras frente al abuso de la actividad administrativa. Empero, el Derecho Administrativo Interamericano no puede limitarse solo a proscribir tales abusos, pues también debe emplazar a las Administraciones Públicas a actuar para la eliminación de la pobreza crítica y la promoción de la distribución equitativa de la riqueza (artículo 34 de la Carta), recordando que *“el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz”* (artículo 45).

La pandemia de la COVID-19 ha demostrado la pertinencia de esta observación. Así, una de las principales lecciones que la pandemia está dejando, especialmente en ALC, es que la inactividad administrativa puede ser mucho más lesiva que los abusos en la actividad administrativa. Inactividad administrativa vinculada, en especial, a la fragilidad de las Administraciones Públicas para cumplir con las ambiciosas tareas que derivan del Derecho Administrativo Interamericano. Uno de los principales retos en la región, a partir de la postpandemia, es atender a esa fragilidad, cerrando las brechas de capacidad estatal que, en buena medida, han promovido que la región sea la más desigual del mundo. Para cumplir esta tarea es necesario avanzar en la sistematización del Derecho Administrativo Interamericano. ■

La cuestión de la eficiencia de la Administración Pública: especial referencia al caso de Venezuela

Simón FERNÁNDEZ BRAVO*

REDAV, N° 24, 2022, pp. 45-66

Resumen: La eficiencia de la Administración Pública es un asunto que interesa de cara a una futura reconstrucción del Estado Venezolano. La problemática consiste en el hecho de que primero deben determinarse los estándares, herramientas y límites disponibles para apreciar si se está actuando eficientemente o no; para ello, es idóneo realizar una comparación de los elementos propios de la actividad empresarial de los particulares y contrastarla con la actividad administrativa, entendiendo que cada una tiene un terreno óptimo para actuar, dado que los linderos del mercado no son ilimitados y, como se verá, los de la gestión pública lo son menos. A partir de este análisis, se pretende realizar un aporte a la conceptualización de la eficiencia de la Administración.

Palabras clave: Administración Pública – Análisis Económico del Derecho – Eficiencia.

Abstract: *The efficiency of the Public Administration is a matter of interest for a future reconstruction of the Venezuelan State. The problem consists in the fact that the standards, tools and limits available must first be determined in order to assess whether one is acting efficiently or not; For this, it is ideal to make a comparison of the elements of the business activity of individuals and contrast it with the administrative activity, understanding that each one has an optimal field to act, since the boundaries of the market are not unlimited and, as will be seen, those of public management are less so. From this analysis, it is intended to make a contribution to the conceptualization of the efficiency of the Administration.*

Keywords: *Public Administration – Economic Analysis of Law – Efficiency.*

Recibido

16-03-2022

Aceptado

04-05-2022

Introducción

El principio de eficiencia puede comprenderse, de un modo simplista, como el mandato, inclusive constitucional, a la Administración Pública de emplear la cantidad de recursos más reducida y racionalizada posible para la consecución de sus fines, pudiendo identificarse con los principios de economía y celeridad¹. En esa misma dirección, el Artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

* Estudiante de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello.

¹ Fraga Pittaluga, Luis, *La defensa del contribuyente* (Caracas: ACIENPOL y EJV, 2021), 71-80.

hace una referencia directa al principio de eficiencia, tratándose de una constitucionalización de este para la Administración Pública.

Haciendo miras a lo anteriormente fijado, implica que la Administración tiene el mandato constitucional de adherirse a los designios de, entre otros, el principio de eficiencia en el ejercicio de la actividad administrativa. En consecuencia, debe valerse exclusivamente de las instancias estrictamente necesarias para atender a sus cometidos; por argumento en contrario, la Administración, a toda costa, ha de eludir aquellas instancias innecesarias que impliquen una inversión inútil de recursos². El problema, como se expondrá en el presente trabajo, es determinar la diferencia entre la gestión de intereses privados y públicos, en donde se observará que hay una complejidad interdisciplinaria de capas que reviste el tema.

Ahora bien, no es desacertado aseverar que la cuestión de la eficiencia de la Administración Pública ostenta elevados grados de contradicción. La razón es que los intereses públicos, cuya gestora es la Administración Pública, gozan de una altísima complejidad y de una gama de herramientas poco convencionales (con respecto a la actividad de los particulares) para ser medidos y optimizados. Estos, dada su naturaleza, requieren ser atendidos con la mayor presteza y operatividad posibles, siendo uno de los fundamentos del Derecho Administrativo³. Sin embargo, la elevada complejidad de este, así como una cantidad de factores económicos, políticos e inclusive psicológicos, hacen que la Administración no tienda hacia la eficiencia.

Entonces, se abordarán estas problemáticas desde la perspectiva de una economía mixta como la venezolana⁴, caracterizada por el reconocimiento de libertad económica con la presencia del Estado para atender a fallos de mercado y a situaciones de justicia social e igualdad⁵. En ese orden se percibe, desde esta piedra angular de la constitución económica, el sempiterno diálogo entre potestades públicas y libertades individuales, tan característico del Derecho Administrativo⁶, con lo cual se afirma una presencia inminente de la Administración, por lo menos en

² Id.

³ Escola, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1989), 249-250.

⁴ José Mejía Betancourt, "Derecho Administrativo y economía de mercado" en *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales* (Caracas: EJV, 2020), 505-527.

⁵ Erhard, Ludwig, *Prosperity through competition* (New York: Frederick A. Praeger, 1958), 117-141.

⁶ Allan R. Brewer-Carías, "Introducción al régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela" en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela. Homenaje del Instituto de Derecho Público al Prof. Moles Caubet* (Caracas: UCV, 1981), 23-43.

el orden actual, lo cual lleva a un entendimiento de los intereses en diálogo (interés general e interés individual).

Para emprender el análisis, primero, se realizará una conceptualización y caracterización de la actividad empresarial de los particulares y la actividad administrativa, considerando los límites de ambas, los mecanismos de cuantificación y la naturaleza de los intereses involucrados. En una segunda parte, se hará referencia a ciertas patologías que, en particular, han representado trabas adicionales en el caso venezolano. Finalmente, se enuncian unas breves propuestas frente al tema. El objetivo: entender los límites y falencias de cada forma de actividad con ánimo de establecer un punto de partida que trascienda al reconocimiento jurídico del principio de eficiencia de la Administración Pública.

I. La empresa y su eficiencia

1. La empresa

La noción de la empresa, no poco tratada en el Derecho Mercantil, puede abordarse desde un abanico variopinto de ópticas. Para efectos del presente, se considera una breve perspectiva económica junto a una perspectiva jurídica de la empresa.

COASE⁷, atribuye la razón de la génesis y persistencia de la empresa a que aquella implica una reducción de los costos de transacción, partiendo de que, existiendo la posibilidad de contratar infinitamente a los mejores especialistas en distintas actividades externamente, la empresa puede incorporarlos dentro de su estructura y eludir estos costos de transacción (tiempo, negociación, contratación, etc.). En un enfoque similar, MORLES, refiriéndose al concepto económico de empresa, indica que se trata de *“la organización de las fuerzas económicas (capital y trabajo) con finalidades de producción de bienes o servicios, dirigida a obtener una ganancia”*⁸.

Atendiendo a ambas notas, pueden identificarse, desde el punto de vista económico, dos características relevantes, a saber, **(i)** la reducción de costos y **(ii)** la generación de un beneficio o lucro a raíz de la actividad de la empresa. Aunque el enfoque económico no satisfaga las necesidades conceptuales, es ilustrativo para dar entrada a la caracterización jurídica de la empresa.

En el plano jurídico, al igual que en el económico, la empresa adolece problemas de polisemia, pudiendo comprenderse como organización, actividad, persona jurídica, entre otros. siendo lo más correcto

⁷ Ronald H. Coase, “The Nature of the Firm”, *Economica* N° 16, Vol. 4 (1937), 388-395.

⁸ Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil: Introducción. La empresa. El Empresario, Tomo I* (Caracas: UCAB, 2010), 213-238.

intentar abarcar una óptima periférica sin reducir el alcance del concepto⁹. Siendo una noción propia del Derecho Mercantil, se puede afirmar que se trata del centro de esta rama del Derecho, de modo que la empresa se convierte en su centro, sustituyendo al comerciante¹⁰, se aclara, en una economía de mercado, tratándose del principal actor de la economía, desde el proceso productivo. Como se quiera, la empresa puede medir su desempeño, en buena parte, de manera objetiva, utilizando una herramienta que quizás sea el elemento más importante para el presente trabajo.

Ahora bien, habiendo presentado algunos esbozos relativos a algunas características de la empresa, es momento de hacer referencia a un instrumento propio de aquella: la contabilidad mercantil. En ese camino, la contabilidad mercantil, afirma MÁRMOL, es útil desde tres puntos de vista, a saber, para el interés público, para los terceros y, la más importante a nuestros efectos, para el propio comerciante, debido a que permite que el comerciante vea si está ganando o perdiendo en sus operaciones, pudiendo saber cuáles ramas de su actividad le son provechosas y cuáles no¹¹, lo cual le permite tomar las medidas correspondientes para optimizar sus recursos. Por lo tanto, de acuerdo con el enfoque provisto con anterioridad, la contabilidad es una herramienta para que el empresario pueda medir su *eficiencia*. Esta idea será fundamental próximamente.

Dicho lo anterior, es especialmente interesante orientar la atención hacia la cuestión de la eficiencia en relación con los fines u objetivos del empresario. Partiendo de ello, como se ha apuntado en algún momento, el empresario con su actividad tiende a un beneficio económico o lucro, hay que considerar que la actividad de la empresa involucra toda clase de tareas, con lo cual, es necesario emplear un criterio que pueda unificar todas esas actividades, esto es, en una economía de mercado, el sistema de precios¹², el cual permitirá realizar las proyecciones correspondientes en la contabilidad mercantil.

Partiendo del supuesto anterior, la empresa puede verificar sus aciertos y desaciertos con la observancia de su contabilidad. Puede determinar los costos y beneficios obtenidos por sus operaciones, determinando si ha percibido excedentes en los balances, lo cual sería un indicador de que está llevando a cabo sus actividades por el camino correcto, teniendo el incentivo de aumentar los beneficios

⁹ Id.

¹⁰ Nasly Ustáriz Forero, "Breve visión evolutiva del papel de la empresa como institución fundamental en la Economía y en el Derecho Mercantil", *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, N° 6 (2021), 57-74.

¹¹ Hugo Mármol Marqués, *Fundamentos de Derecho Mercantil. Parte General* (Caracas: UCAB, 1983), 217-225.

¹² Ludwig Von Mises, *Bureaucracy*, (Connecticut: Yale University Press, 1962), 39-78.

progresivamente, una lógica de motivación por el beneficio¹³, siendo que la empresa procura maximizar la satisfacción de sus intereses particulares de la manera más eficiente. Además, esta motivación también se extiende a las personas físicas que ejecutan las actividades de la empresa, dado que el empresario puede observar su rendimiento, de cierto modo, en términos objetivos, lo cual acarrea consecuencias deseables para el individuo en cuestión.

Aunado a lo anterior, considerando la libertad económica consagrada en el texto constitucional, consideramos que puede destacarse otro elemento que permea constantemente la actividad empresarial: la libre competencia. La libre competencia, comprendida como uno de los elementos esenciales de la libertad económica, según HERNÁNDEZ se puede abordar desde una perspectiva subjetiva, bajo la cual se trata de un derecho subjetivo que ostentan los actores económicos y, de igual modo, desde una perspectiva objetiva, en la cual se contempla como una institución jurídica meritoria de protección¹⁴. El síntoma esencial de la competencia, en una economía de mercado, es que las decisiones económicas de los actores económicos, aisladamente, no afectan el precio, junto al hecho de que existe una libertad de entrada y salida¹⁵, adecuada con parte del concepto fijado de libertad económica anteriormente.

En ese orden, el efecto más valioso de la libre competencia quizás sea el hecho de incentivar a los actores económicos a cumplir con los estándares de los consumidores o, de lo contrario, se verían expulsados de los mercados, lo cual, aunque a largo plazo, acaba generando condiciones deseables de bienestar, en las cuales los consumidores acceden a bienes y servicios de calidad, tienen libertad de elección y pueden, con sus decisiones, transmitir las exigencias al mercado, es lo denominado, soberanía del consumidor¹⁶, y es una de las características más relevantes de la economía social de mercado, en donde no sólo los productores se benefician de sus actividades económicas, sino, incluso en mayor instancia, los consumidores¹⁷. Vemos como, en las economías de mercado, la competencia es un incentivo y una fuente de bienestar de alta importancia. Estos son principios fundamentales del ámbito de desenvolvimiento de la empresa: el mercado.

¹³ Id.

¹⁴ José Ignacio Hernández, "La Ley Antimonopolio y la Constitución económica", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N°7 (2016), 577-610.

¹⁵ Paul Krugman, Robin Wells y Kathryn Graddy, *Fundamentos de Economía*, traducido por Alejandro Estruch Manjón (Barcelona: Reverté, 2013), 261-293.

¹⁶ Von Mises, *Bureaucracy*, 39-78.

¹⁷ Id.

2. Los límites de la actividad empresarial y la competencia: breve referencia a los fallos de mercado

Cambiando de plano, los más observadores, constatando que la actividad de la empresa es llevada a cabo con adecuación a su rendimiento, que la competencia reporta beneficios para la colectividad, que los consumidores se encuentran en una posición de supremacía y, dado que nadie es eminentemente consumidor o eminentemente productor, se puede afirmar que el mercado, las empresas, la contabilidad y la competencia son la alternativa que necesitan las sociedades modernas, con lo cual, lo pertinente sería suprimir absolutamente a las Administraciones Públicas por su notoria innecesaridad y gestionar cada asunto mediante el aparato empresarial. No obstante, quienes tengan este pensamiento no conocen los verdaderos alcances de la economía de mercado, por lo cual, a continuación, se expondrán algunos de sus límites. No se entrará en discusiones sobre si la existencia de fallos de mercado, de plano, justifica la intervención administrativa, solamente se realizará una brevísima enunciación y descripción de las soluciones que da el Derecho venezolano (en muchos casos, la intervención).

A. Bienes públicos

Primeramente, los mercados no funcionan como mecanismo eficiente de asignación de recursos incondicionalmente, con lo cual, la competencia no es posible bajo cualquier condición. Es cierto que los mercados tienen un profundo valor, tanto por su eficiencia como por representar, intrínsecamente, la posibilidad de realizar intercambios libremente¹⁸; no obstante, la teoría económica, al referirse a los tipos de bienes –tratando a los bienes, en este caso, en su acepción económica y no jurídica–, lo hace partiendo de dos características para realizar esta evaluación: que sean excluibles (que el oferente pueda evitar el consumo de quien no pague) y que sean rivales en el consumo (que dos consumidores no pueden, simultáneamente, consumir la misma unidad del bien)¹⁹. Si poseen ambas características se trata de bienes privados que, además, son los que los mercados proveen eficientemente, pudiendo reportar todos los beneficios, en cuanto a eficiencia, otorga la actividad empresarial. Se trata de una cuestión de incentivos.

Ahora bien, en el caso de cambiar la combinación de las dos características, a saber, la posibilidad de ser excluibles para consumir y realización en el consumo, surgen situaciones en las cuales los mercados y la competencia no operan eficientemente. Es el caso de los bienes públicos, caracterizados por carecer de ambos elementos, con lo cual, se

¹⁸ Amartya Sen, *Desarrollo y Libertad*, traducido por Esther Rabasco y Luis Toharia (Barcelona: Planeta, 2000), 54-76. El autor realiza un análisis de la libertad desde un punto de vista constitutivo y desde un punto de vista instrumental, a saber, el valor intrínseco de la misma y los efectos de ella.

¹⁹ Krugman, Wells y Graddy, *Fundamentos de Economía*, 261-293.

trata de bienes que los mercados no tienen razones para proveer, debido a que pueden ser utilizados por todo el mundo simultáneamente y sin pagar por su uso, debido a que no existe una posibilidad material de excluir el consumo (es este el caso de la seguridad nacional o un ecosistema libre de epidemias)²⁰. Los empresarios no se encuentran en una posición en la cual puedan generar su principal objetivo, según hemos referido, el lucro. Esto se debe, principalmente, al hecho de que los consumidores no tienen ningún motivo, más allá de lo ético, de pagar por el uso del bien, debido a que puede ser consumido simultáneamente por todos.

Así, comienzan a materializarse las limitaciones a la libertad económica del propio artículo 112 constitucional. Una de las soluciones que dimanen del texto constitucional es la posibilidad de reservar determinadas actividades mediante ley orgánica, en conjunto con la declaratoria de bienes del dominio público del artículo 539 del Código Civil, contemplada en la Ley Orgánica de Bienes Públicos que, si bien no se adecúa enteramente con la noción de bien público, responde a su problemática; es decir, el ordenamiento jurídico venezolano tiene herramientas para hacer frente a este fallo de mercado, que reposan sobre la actuación estatal.

B. Externalidades

Otra situación en la cual los mercados operan de una manera ineficiente y, por extensión, de poco vale la libre competencia, es el de las externalidades. Las externalidades, comprendidas como costes o beneficios propiciados a actores externos a una actividad económica²¹, representan una problemática desde el punto de vista de los costes, en donde hay una asignación injusta de los costos y beneficios de cada actividad económica, ya porque se produzca un daño y el perjudicado no reciba la respectiva indemnización, ya sea porque se consiga un beneficio y el beneficiario no esté pagando una contraprestación. Hay potenciales afectaciones a la colectividad en estas situaciones.

De hecho, la problemática de las externalidades, pudiese decirse, han dado lugar a uno de los primeros gérmenes del Análisis Económico del Derecho: el problema del costo social, de RONALD COASE. Más allá de este dato curioso, el Derecho Tributario, en particular, a través de la creación de tributos con fines extrafiscales y de ordenación, procura la modificación de conductas a través de la fijación de impuestos indirectos para disuadir ciertas conductas indeseables en los particulares²². De

²⁰ Id.

²¹ Id.

²² Gulberto Atencio Valladares, "Los Impuestos" en *Manual Venezolano de Derecho Tributario* (Caracas: AVDT, 2014), 501-514.

todos modos, se siguen contemplando soluciones que implican intervención pública y no enteramente al mercado.

C. Monopolios y cárteles

La existencia de estas patologías de la competencia, regularmente, son reconocidas como motivaciones para que el Estado, a través de su actividad de policía administrativa, limite la actividad de los particulares por motivos de orden público²³. El propio texto constitucional, en su Artículo 299 hace una referencia expresa a la prohibición de los monopolios. Los monopolios disuaden el bienestar generado por la libre competencia en una economía de mercado, por lo que el Estado interviene a través de la creación de normas de defensa de la competencia²⁴.

D. Sesgos de los consumidores

Quizás, una de las facetas más ignoradas al momento de realizar disquisiciones sobre los fallos de mercado y, probablemente, se trate de la circunstancia que genera una mayor tensión en las leyes de la mano invisible, la oferta y la demanda. La teoría económica señala que la oferta y la demanda son fuerzas independientes y, además, que quienes obtienen un bien son quienes más lo valoran. Sin embargo, esto tendría plena validez en el caso de que los consumidores fuéramos plena y eminentemente racionales, lo cual no es el caso, dada la sempiterna presencia de sesgos en la toma de decisiones²⁵, con lo cual, no necesariamente se estarían asignando recursos a quienes más los valoren en todos los casos²⁶. En estos casos, tanto la Administración Pública como las empresas pueden dar “pequeños empujones” para hacer que los particulares no sean víctimas de sus sesgos²⁷, aunque sea una alternativa apenas explorada en el Derecho Administrativo venezolano, parece interesante llamar a su investigación.

Como nota aclaratoria, nuevamente, se insiste en que no se ha defendido la intervención pública en las situaciones de ineficiencia del mercado, sólo se ha proyectado un breve panorama con respecto a algunas fallas de mercado y las aparentes soluciones que otorga el ordenamiento jurídico venezolano.

Como quiera que sea, no se ha realizado un catálogo detallado de las circunstancias en las cuales los mercados no funcionan de manera eficiente, pero su referencia, más ilustrativa que otra cosa, deja claro que

²³ Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen V*, (Caracas: EJV, 2013), 667-684.

²⁴ José Ignacio Hernández, “La Ley Antimonopolio y la Constitución económica”.

²⁵ Richard Thaler, Cass Sunstein, *Nudge* (New Haven y Londres: Yale University Press, 2008), 17-72.

²⁶ Dan Ariely, *Las Trampas del Deseo*, traducido por Francisco J. Ramos (Ariel, 2008), 71-125, en <https://bit.ly/3iiXib8>

²⁷ Id.

la economía de mercado posee límites patentes. A continuación, se pondrá de manifiesto la relación de la Administración Pública y el principio de eficiencia con todo esto.

II. La Administración Pública y su eficiencia

Ya realizada esta extensa caracterización del problema en cuestión, es preciso abordar la relación entre la Administración Pública, el principio de eficiencia y por qué esto no es comparable con el principio de eficiencia que se aplica a la actividad empresarial, amparado en la contabilidad mercantil como mecanismo de cuantificación de utilidad.

1. La Administración Pública y el interés público

Primero, entendiendo a la Administración Pública, desde el punto de vista orgánico, se trata del conjunto de órganos que conducen y ejecutan las tareas públicas²⁸. Esta no es una definición omnicompreensiva, dado que, como reconoce el profesor LARES MARTÍNEZ, entre otros, el concepto de Administración Pública puede escindirse en un sentido subjetivo (orgánica, Administración como organización) y uno objetivo (material, Administración como actividad)²⁹.

En ese sentido, hay una relación de adecuación entre la administración en su sentido material y el ejercicio de la función administrativa, comprendida como la función a través de la cual la Administración gestiona el interés general y entra en relación con los particulares³⁰. Con lo cual, relacionado ambas acepciones, se puede concluir que la Administración Pública es el complejo orgánico del Estado encargado, en principio, de gestionar los intereses públicos.

En el orden anterior, ha surgido un concepto seminal para el análisis que estamos pretendiendo realizar: el interés público. Con respecto a ello, RIVERO asevera que aquel se trata de la finalidad de la Administración Pública, en el siguiente sentido:

Como ser social, el hombre no puede bastarse a sí mismo: el libre juego de las iniciativas privadas le permiten atender a algunas de sus necesidades, gracias a la división del trabajo y a los intercambios; pero existen otras, de las más esenciales, que no pueden recibir satisfacción por esta vía, sea porque, siendo comunes a todos los miembros de la colectividad, ellas excedan por su amplitud las posibilidades de cualquier particular –como la necesidad de seguridad nacional–, sea porque su satisfacción, no permite, por su naturaleza, obtener ganancias, de tal manera que nadie se ofrecerá a asegurarla. Estas necesidades, a las cuales la iniciativa privada no puede

²⁸ Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, traducido por Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela (Caracas: UCV, 1984), 10-50.

²⁹ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, revisada y puesta al día por la Universidad Central de Venezuela (Caracas: UCV, 1996), 1-16.

³⁰ Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo, Tomo I. Los supuestos fundamentales del Derecho Administrativo*, (Caracas: UCV, 1981), 374-390.

responder, y que son vitales para la comunidad entera y para cada uno de sus miembros, constituyen el dominio propio de la administración; es la esfera del interés público³¹.

Así, sentado el planteamiento, se ha desdicho una de las características más importantes para indagar sobre los estándares de eficiencia para la Administración Pública: la Administración se encarga de gestionar el interés público. La implicación, quizás de mayor trascendencia, de lo anterior, es el hecho de que la Administración, con su actuación, no atiende a una motivación por el beneficio, sino a una motivación fundamentada en el servicio público³². En definitiva, la Administración emplea multiplicidad de recursos, pero no produce una utilidad mensurable, dado a la incompatibilidad de la contabilidad mercantil con el interés público.

Continuando con las cavilaciones anteriores, una idea muy reveladora puede apreciarse en el hecho de que, en cuanto al interés público, no se pueden aplicar mecanismos de contabilidad que reflejen las ganancias y pérdidas de la actividad administrativa; en definitiva, es una actividad en la cual existen desembolsos por parte de la Administración, sin embargo, no hay indicadores objetivos de determinar si la actividad esté representando una inversión eficiente o ineficiente de recursos para la Administración. Esto tiene implicaciones en (i) en cuanto al desempeño de la Administración Pública y (ii) en cuanto al desempeño de los funcionarios públicos, titulares de los órganos de la Administración Pública.

De esa forma, un ejemplo muy ilustrativo reposa en que, dentro de la empresa, es posible determinar si una actividad está generando beneficios o, todo lo contrario, basta con observar la relación del balance³³, si se está ganando más de lo que se está perdiendo, no hay problema. No es ese el caso de la Administración Pública, debido a que no es posible cuantificar si con una inversión mayor en salud pública se salvarán más vidas, como tampoco puede afirmarse que un funcionario es más eficiente porque dicta más actos administrativos que cualquier otro en un menor tiempo, así como el hecho de que los mismos no cuentan con incentivos para llevar a cabo su actividad de manera eficiente³⁴, dado que emplean recursos públicos y no los de un patrono que puede verificar su eficiencia a través de la contabilidad.

Considerando que la Administración Pública venezolana es una que, además de llevar a cabo la conservación del orden público

³¹ Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, 10-11.

³² Ludwig Von Mises, *Bureaucracy*, 39-78.

³³ Id.

³⁴ James Buchanan, Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Liberty Fund, 2011), 17-76 ver en <https://bit.ly/3QfxnO5>

(actividad de policía), a través de la cláusula del Estado Social de Derecho, es decir, los títulos de intervención constitucionalizados que posee (tales como el arquetípico artículo 302 del texto constitucional), se desempeña como generadora de bienestar a través del servicio público, la actividad de fomento e inclusive participa en la economía bajo la figura de la empresa pública, manifestación de la actividad administrativa empresarial o de gestión económica³⁵, la comprensión del principio de eficiencia de la Administración Pública no es precisamente angosto, por su amplísima actividad, es necesario. A continuación, se expondrán una serie de características propias de la Administración Pública y su actuación, las cuales, impiden cualquier forma de comparación con la eficiencia de los particulares.

A su vez, los funcionarios, al llevar a cabo sus actividades con recursos que no les son propios, sin tener estándares precisos de eficiencia y una motivación de ascenso jerárquico en la organización que no necesariamente se adecúa a su rendimiento, carecen de incentivos para gestionar sus tareas de manera eficiente, lo cual, siendo titulares de los órganos de la Administración, afecta de manera directa al desempeño de la misma por una cuestión de carencia de incentivos para llevar a cabo el ejercicio de sus funciones, lejos de ello, no se benefician individualmente por un incremento de eficiencia de la organización administrativa³⁶. Esto no implica que los funcionarios obren, necesariamente, con mala fe, sino que las personas, como se expone, actúan distinto con respecto a los incentivos presentados.

2. Algunos principios característicos del Derecho Administrativo y su relación con la eficiencia de la Administración Pública

A. El principio de competencia

Esto sí se trata de una carencia de la actividad empresarial, dado que se apaña al principio de capacidad que rige a los particulares, que implica que la actuación sea la regla. Es preciso recordar que, tratándose de una rama del Derecho Público, uno de sus principios fundamentales es el principio de la competencia, extendido al principio de legalidad administrativa. En ese enfoque, puede observarse que la Administración no actúa, en principio, de manera facultativa, dado que se encuentra

³⁵ Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen V*, 787-817.

³⁶ Jesús Huerta de Soto, *Estudios de Economía Política*, (Madrid: Unión, 2004), 229-250.

sometida a las Leyes y al Derecho, quizá uno de los mayores logros de la Revolución Francesa, la sumisión del Poder al Derecho³⁷.

Ahora bien, a pesar de que esta sumisión de la Administración al Derecho sea un hito indubitadamente fundamental para el Derecho Administrativo, el crecimiento del Estado de Derecho y su mutación al Estado Social ha representado una distorsión del principio de legalidad³⁸, en donde el mismo, más allá de someter la Administración al Derecho, se ha orientado a la justificación para crear Derecho a favor de la Administración, generando leyes y otros actos normativos para que la Administración pueda actuar con mayor libertad, desencadenando procesos de hiperinflación legislativa³⁹.

Considerando este proceso de dilatación de la Administración Pública y la creciente existencia de títulos de habilitación para su actuación, de todos modos, el principio de legalidad está ideado para someter a la Administración a Derecho y aunque existan muchas leyes que habiliten su actuación, las mismas deben de cumplir esa función. El *quid* del asunto viene a observarse cuando se cae en cuenta que la Administración Pública es objeto de la función de control por parte de otros órganos del Poder Público, con lo cual, la misma se encuentra supeditada a un idealmente constante control judicial, legislativo, presupuestario, etc.⁴⁰. Esto tiene una consecuencia en particular, a saber, la burocracia y muchas veces torpeza bajo la cual se desarrolla la actividad administrativa, debido a la prolija existencia de límites pensados para procurar su adecuación al Derecho y, en especial, a los principios de transparencia y rendición de cuentas. Esto no permite que la Administración, a diferencia del empresario, pueda llevar a cabo innovaciones constantes y dinámicas para ajustarse a las nuevas circunstancias, lo cual hace que muchas veces quede rezagada con respecto a las realidades materiales, a pesar de que la Administración haya sido pensada para la atención de lo inmediato y concreto⁴¹.

³⁷ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, (Madrid: Real Academia Española, 1994), 201-218.

³⁸ Gaspar Ariño, *Principios de Derecho Público Económico*, (Comares & Fundación de Estudios de Regulación, 1999), 138-160.

³⁹ Bruno Leoni, *La Libertad y la Ley* (Unión Editorial, 2010), 26-40, ver en <https://bit.ly/3vH4TU0>

⁴⁰ Allan R. Brewer-Carías, *El control de la Actividad Administrativa*, ver en <https://bit.ly/3jRvoUO>

⁴¹ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, refiriéndose a los postulados de la escuela italiana, en particular, a GUIDO ZANOBINI del siguiente modo: "*la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata, los intereses públicos que toma a su cargo para el cumplimiento de sus fines*", 1-16.

B. El principio de jerarquía

Otra de las improntas de la Administración Pública es el principio de jerarquía. Resumidamente, se trata de un principio encargado de disciplinar y comprender las relaciones entre los órganos de un mismo ente público, de modo que la voluntad del superior jerárquico prevalecerá sobre sus subordinados y, en consecuencia, los últimos se ven en la obligación de atender a esta voluntad del superior, dimanado de esta relación una serie de potestades organizativas, disciplinarias, de control y de otras categorías⁴².

Ahora bien, estableciendo un nexo comparativo, el principio de jerarquía, tal como es contemplado en el Derecho Público suscita una problemática en particular con respecto a la actividad empresarial. La imposibilidad de los subordinados de innovar y llevar a cabo acciones dinámicas frente a los cambios agresivos de la realidad, dadas las capas de control existentes para la actividad administrativa de las cuales se hizo referencia en el punto anterior (siendo la jerarquía uno de estos controles, más no el único, pero sí el más típico), junto al hecho de que los mismos se ven anclados a los dictámenes del superior jerárquico, no permiten que los mismos puedan adaptarse a las circunstancias de la manera más ideal, con lo cual, se muestran claras falencias para la eficiencia en sus cometidos, a pesar del margen de discrecionalidad que ostentan los funcionarios públicos en cuanto al ejercicio de determinadas potestades. Quizás, la propuesta pudiese orientarse hacia una mayor descentralización administrativa.

C. El procedimiento administrativo

Otra de las notas características de la Administración Pública y, probablemente una de las más elementales, se halla en el procedimiento administrativo. Aquel se trata de una sucesión de actos orientados a producir una manifestación de voluntad, juicio o conocimiento por parte de los órganos de la Administración Pública, produciendo un acto administrativo⁴³.

Asimismo, el procedimiento administrativo, quizá sea una de las más afianzadas manifestaciones del diálogo entre potestades públicas del que se habla en la dogmática, debido a que el mismo posee una doble finalidad: la de alcanzar una mejor gestión de los intereses generales, misión clave de la Administración y, además, garantizar las garantías materiales y procedimentales de los particulares frente a la actividad administrativa. Se comprenden tanto la vertiente autoritaria como la vertiente garantista. No obstante, el procedimiento administrativo, indubitablemente, representa una nota distintiva de la actividad de los

⁴² Allan R. Brewer-Carías, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, (Caracas: EJV, 1991).

⁴³ Luis Fraga Pittaluga, *La defensa del contribuyente*, 71-80.

particulares, debido a que se encuentra supeditado a los vastos principios generales del Derecho Administrativo, principalmente, el principio de la legalidad, como se ha señalado. La problemática que ello evoca frente a la cuestión de la eficiencia es patente, debido a que, en condiciones ideales, se procura la óptima protección de las libertades individuales (derecho a la defensa, de petición, a ser oído, etc.), lo cual, inclusive en los sistemas jurídicos de mayor avanzada, ralentiza, aunque sea ínfimamente, la celeridad y eficiencia.

Como se quiera, esto se contrapone con el mandato del artículo 51 de la Carta Magna, cuando constitucionaliza el derecho de los particulares a obtener una oportuna y adecuada respuesta (en el mismo orden de los artículos 2-4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). La tendencia, en todo caso, habría de centrarse en remover las instancias innecesarias que entorpezcan a la actividad administrativa, para alcanzar la doble finalidad del procedimiento administrativo, en el mismo orden de suprimir el proceso de expansión normativa y, por consiguiente, de burocracia indeseable, lo cual contraviene a las libertades individuales y a las garantías procedimentales en todo caso.

D. A manera de resumen

Hasta este punto, se ha realizado un contraste teórico entre las notas esenciales de la actividad de los particulares (en especial, la actividad empresarial) y la actividad administrativa. Primero, se hace referencia a ambas formas de organización y actividad, los intereses que persigue cada una, los mecanismos empleados para medir la eficiencia y la pauta que debe seguirse en torno a ellos, así como las agudas instituciones propias de la actividad administrativa que no permean la actividad de los particulares. La Administración está pensada para atender al interés público, por lo cual, esta atención debe ser inmediata y efectiva, sin embargo, su propia naturaleza muchas veces, como se expresó, hace que no se permita esta gestión celera del interés general. Ahora, se abandonará este enfoque comparativo y, en medida de lo posible, científico, para abordar una sección crítica.

Nuevamente, se afirma que estas notas son mencionadas para describir y diferenciar radicalmente la actividad de la Administración de la de los particulares, sin indicar valoraciones sobre la propia idea de Administración Pública.

III. Las patologías de la eficiencia de la Administración Pública en el contexto de Venezuela en el siglo XXI

Ya superada la primera sección, orientada a la caracterización de ambos sistemas y, en especial, del de la Administración Pública, es preciso tomar un breve espacio para disertar en torno a problemáticas un poco más empíricas que han exhibido la incorrecta aplicación del

principio de eficiencia de la Administración Pública contexto venezolano de los últimos 20 años. Esto se orientará, principalmente en una breve referencia a dos apéndices: (i) la existencia de medidas irracionales, de corte populista y de corto plazo por parte de la Administración Pública, (ii) el modelo rentista y el colapso de la empresa petrolera.

1. Las medidas irracionales, de corte populista y de corto plazo y su patente ineficiencia

Hay dos rasgos, si se quiere, negativos, que expone cualquier democracia constitucional por su propia esencia. La democracia constitucional, como una de las características fundamentales del Estado de Derecho, se destaca por la existencia de períodos limitados para el ejercicio del Poder Público por parte de los gobernantes, períodos limitados a los cuales se accede a través de un proceso electoral consistente en atender a los dictámenes de las mayorías. Esto implica que los actores públicos, entre otras cosas, tengan una tendencia a actuar para satisfacer intereses de corto plazo, debido a que, es necesario generar el apoyo de los votantes actuales⁴⁴. Ahora, la problemática que se erige en torno a este aspecto es fundamental, debido a que tienden a abordarse medidas de corte populista que satisfacen al corto plazo, tales como los controles de precios o la financiación a través de endeudamiento público, las cuales, en algún momento alcanzan su punto de ebullición, desatendiendo a los principios de racionalidad y buena administración⁴⁵.

Además, esta concentración en el corto plazo, de igual forma, se enlaza con el hecho de que los votantes carecen de incentivos para informarse de cara a procesos electorales, debido a que representa un costo altísimo que no reporta alguna utilidad real para los votantes, dada la poca influencia del voto individual⁴⁶ y, frente a esta carencia de incentivos, los actores políticos acentúan sus campañas en “argumentos” de corte pasional y emocional⁴⁷ para captar grupos de votantes más dilataados. Junto a todo ello, opera una circunstancia esencial, y es que los seres humanos tienen la tendencia a tomar decisiones que reporten beneficios que no se encuentren segmentados en el tiempo, sino que sean percibidos de manera inmediata⁴⁸, lo cual inclina las tendencias de los votantes de una democracia constitucional hacia estos cortes populistas, irracionales y cortoplacistas.

⁴⁴ Jesús Huerta de Soto, *Estudios de Economía Política*, 229-250.

⁴⁵ José Ignacio Hernández, “A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del derecho mercantil y constitucional”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, N° 6 (2021), 105-133.

⁴⁶ Jesús Huerta de Soto, *Estudios de Economía Política*, 229-250.

⁴⁷ James Buchanan, Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, 17-76.

⁴⁸ Richard Thaler, Cass Sunstein, *Nudge*, 17-72.

En sinergia con lo anterior, en cuanto al propio ejercicio democrático del Poder, las problemáticas enunciadas son perennes, en vista de que lo ideal es generar una percepción de bienestar, más allá de auténticas condiciones de bienestar. El modo en el que se controlen estas eventualidades puede marcar eminentemente el destino de un Estado, debido a que puede socavar las bases de la democracia constitucional, del Estado de Derecho y de principios básicos del Derecho Administrativo, tales como los de transparencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas, racionalidad, proporcionalidad y, por supuesto, eficiencia; todo debido al hecho de que los actores políticos responden a una mayor captación de votantes con pocas razones para informarse, pero que, como se quiere, tienen emociones que pueden ser moldeadas por su propia naturaleza humana.

Ahora bien, de modo ilustrativo, se pretende exponer una de estas medidas populistas pensadas para el corto plazo, hartamente conocida por los habitantes de Venezuela durante el Siglo XXI: el control de precios. Con la motivación de atender a la insatisfacción del derecho fundamental de acceder a bienes y servicios de calidad que comenzaba a dispersarse en la población, la Administración Central, en el año 2003, comenzó con una política de precios máximos⁴⁹, junto a una normativa criminalizadora del sector privado manifestada en el actual Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Estas medidas tuvieron muchos efectos, pero uno de ellos no fue alcanzar la satisfacción del derecho fundamental de acceso a bienes y servicios de calidad, aunque al corto plazo daban una ilusión de satisfacción, lejos de ello, produjeron los efectos que han acompañado a los controles de precios desde Mesopotamia, una contracción en la producción de bienes y servicios, altos niveles de inflación y la generación de actividades informales de comercio, como mercados negros⁵⁰. En suma, una dilatación del aparato funcional, traducida en un mucho mayor gasto público siendo, además, ineficaz para resolver la problemática del acceso a bienes y servicios de calidad por las personas, representaron una indubitablemente ineficiente inversión de recursos por parte de la Administración económica que, por razones como la economía informal en auge, no alcanzaban a un rango de control absoluto, lo cual, se terminó viendo de una manera más patente con el colapso de la capacidad estatal y de los controles centralizados⁵¹.

⁴⁹ Anabella Abadi y Carlos García Soto, "14 años del actual control de precios en Venezuela: una regulación perversa", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 10 (2016), 17-40.

⁵⁰ Robert Shuttinger y Eamonn Buttler, *4.000 años de controles de precios y salarios*, (Buenos Aires: Atlántida, 1979), 211-221.

⁵¹ José Ignacio Hernández, *Control de cambio y control de precio en Venezuela: Auge y Colapso Institucional: Del modelo socialista a la dolarización de facto* (Caracas: EJV, 2021).

Así, lo que se pretende demostrar con esta alusión, es que la Administración puede optar por medidas en las cuales no se está haciendo una administración óptima de los recursos disponibles, incluso entorpeciendo la actividad de los particulares (dado que la ineficiencia de la Administración incide en la eficiencia de los administrados), a costas de dar la apariencia de satisfacción a los intereses y necesidades de los votantes disponibles, a costas, en este caso, de hacer que Venezuela alcance tasas de inflación excedentes al 2.000%⁵². Este es uno de los problemas frente al hecho de que no exista una contabilidad revisable con frecuencia por parte de los administrados, donde jugarían una especial posición los principios de transparencia y rendición de cuentas, insatisfechos por la omisión constante de cifras macroeconómicas por parte del Banco Central de Venezuela en los últimos años, creando una indudable emergencia humanitaria compleja⁵³.

Después de ello, habiéndose creado un contexto de populismo autoritario entre los años 2003-2015⁵⁴, el cual se asentó y agudizó hasta la actualidad, Venezuela se topó con una realidad, se había corroído la democracia constitucional. Esto, obviamente, no implicó el abandono de medidas que atendieran al corto plazo por parte de las Administraciones Públicas de Venezuela. De hecho, perfiló un afianzamiento para el ejercicio del Poder Público sin ningún estándar de control, una corrupción sistemática por parte de los funcionarios venezolanos que ya venía cultivada y una profunda irracionalidad. Estas circunstancias, principalmente la ausencia de necesidad de racionalidad, hacen que la Administración no tenga mayores incentivos para llevar a cabo sus tareas eficientemente, con lo cual se ha llevado a cabo una actividad marcada por la adecuación al Derecho Administrativo, situación que, claramente, empeoró con el colapso de la industria petrolera y el modelo rentista que había servido de base al financiamiento del Estado venezolano.

2. El modelo rentista y sus implicaciones para la eficiente administración de recursos

Desde el Siglo anterior, la principal fuente de ingresos del Estado Venezolano, después de la década de los 70, han sido los ingresos obtenidos de la industria petrolera venezolana, principalmente manifestada en Petróleos de Venezuela, S.A. En resumen, se trataba de un Estado que podía prescindir de la recaudación tributaria, captando ingentes ingresos a través de esta industria. Ahora, la cuestión en la que desembocó tal captación de ingresos se manifestó en unos excelsos niveles de gasto

⁵² Ver en <https://bit.ly/3GmTldg>

⁵³ José Ignacio Hernández, "Buena administración, capacidad estatal y desarrollo: un estudio práctico a través del caso venezolano", *Revista de Derecho Público*, N° 155/156 (2018), 70-87.

⁵⁴ Manuel Rachadell, *Evolución del Estado Venezolano. 1958-2015* (Caracas: EJV, 2015), 435-470.

público que se orientaban a soportar las políticas populistas de las Administraciones de Chávez y Maduro, sin algún motivo para realizar una Administración de recursos eficiente. Tarde o temprano, la sensación de opulencia empujaba hacia el afianzamiento de una economía mono-productora, eminentemente dependiente del petróleo y sin una diversificación clara.

Con todo ello, la industria petrolera venezolana alcanzó un punto de colapso, bajo el cual se hacía necesaria alguna respuesta por parte del Estado, iniciando un proceso de endeudamiento crónico que se enfrentaba a dos situaciones: la de un Estado sin capacidad⁵⁵ y que tenía que gastar cada vez más por la burocracia en aumento y la práctica de medidas populistas que, de algún modo, debían ser financiadas. En suma, la venezolana alcanza uno de los ratios de deuda pública más altos del mundo⁵⁶ reflejado en títulos valores públicos, reclamaciones extranjeras y demás, en donde el Estado venezolano se encuentra en cesación de pagos desde el año 2014, acumulando un déficit abismal y desesperanzador para el próximo Gobierno que se encargue de la gestión de la emergencia humanitaria compleja y la crisis de deuda venezolana.

En ese sentido, la Administración Pública inclusive persiste en la asunción de medidas irracionales de corto plazo, tales como la emisión de los Bonos PDVSA 2020, que no han dejado de evocar polémica en cuanto al tema. De todos modos, las mayores implicaciones son que Venezuela, en cualquier caso, es un Estado con una bajísima aptitud para llevar a cabo sus cometidos públicos, estando en la brecha entre Estado débil y Estado fallido, basado en categorías como el bajo control sobre el territorio, la insuficiente provisión de bienes públicos y los bajos estándares de seguridad⁵⁷, siendo que un estado incapaz, de ninguna manera puede ser un Estado eficiente.

No obstante, sí será necesario, a futuro, atender a adecuados estándares de eficiencia y racionalidad por parte de la Administración Pública para enfrentar la reconstrucción del Estado venezolano, siendo que estos estándares de eficiencia no pueden cumplirse por sí mismos, es imperativa una conjugación de la actividad administrativa con los principios generales de buena fe, buena administración y mínima intervención, debido a que el hecho de que la gestión administrativa cuente con características y falencias que no son típicas del sector privado, no quiere decir que la Administración Pública sea innecesaria, de hecho, puede plantearse como un adecuado instrumento para el desarrollo, comprendiendo siempre que el aumento de la eficiencia de la Administración,

⁵⁵ José Ignacio Hernández, *La regulación de los Hidrocarburos en Venezuela: situación actual y propuestas de reforma*, (Caracas: UCAB, 2016-2017), 1-39.

⁵⁶ Ver en <https://bit.ly/3vDRuft>

⁵⁷ Robert Rotberg, *When States Fail. Causes and Consequences*, (New Jersey: Princeton University Press, 2004), 1-10.

dentro del plano dialógico entre las potestades públicas y las libertades individuales, representa una mejor gestión del interés público y una expansión de libertades de manera integral, lo cual, conduce al desarrollo de una civilización⁵⁸.

IV. Breves propuestas para la adecuación de la actividad administrativa con el principio de eficiencia de la Administración Pública

Como se ha visto, hay factores influyentes en la actividad administrativa que se extrapolan de los linderos del Derecho Administrativo y del Derecho en general, observando que hay elementos de corte económico, político e inclusive psicológico por parte de los particulares, en tanto los mismos son simultáneamente votantes, consumidores y productores. Esto lleva consigo al hecho de que es necesaria una temprana comprensión de las dificultades disponibles para lograr la eficiencia de la Administración Pública y del contexto venezolano.

Quizás, una de las mayores orientaciones debería centrarse en medidas que, aunque impopulares, puedan prescindir del bienestar a corto plazo, considerando las expectativas a largo plazo de estas decisiones por parte de la Administración Pública, se ha observado que funciona para rescatar naciones que han sido víctimas de las más agresivas crisis de los últimos dos siglos, como la República Federal Alemana⁵⁹ o el Sudeste Asiático⁶⁰.

No obstante, se ha observado que la política y la economía no están configurados necesariamente para incentivar a estos, con lo cual, se presentan las siguientes propuestas, incluso para cuando se pretende restituir la democracia constitucional en Venezuela, dado que la misma se encuentra sujeta a las condiciones descritas.

1. Principio de mínima intervención

En este caso, ninguna tarea que la sociedad civil pueda llevar a cabo debería residir en los linderos del Poder Público por dos razones: la primera es que se desperdicia la auténtica posibilidad de llevar a cabo estas actividades bajo los estándares de eficiencia del sector privado, los cuales, como se ha expuesto, parten de consideraciones más objetivas e inmediatas. Esto no significa que el sector público deba ser suprimido en absoluto, sino que sus mecanismos para determinar la eficiencia están revestidos de una mayor abstracción, imprecisión y complejidad, lo cual supone dotar de mayores dificultades a problemáticas que pueden atenderse de manera más sencilla y, por lo tanto, eficiente.

⁵⁸ Amartya Sen, *Desarrollo y Libertad*, 29-54.

⁵⁹ Ludwig Erhard, *Prosperity through competition*, 81-100.

⁶⁰ Amartya Sen, *Desarrollo y Libertad*, 183-199.

Por otro lado, la ciencia económica ha realizado un aporte integral, de manera que ciertas problemáticas que, en primer momento se pensó que debían ser gestionadas por la Administración Pública, tales como las externalidades, la administración de recursos naturales y los bienes públicos, podrían ser llevadas a cabo, incluso de una manera más eficiente, bajo ciertas condiciones, por los particulares. Es este el caso de las externalidades, tratadas con la debida asignación de derechos de propiedad en un mundo con ínfimos costes de transacción (o Teorema de Coase)⁶¹ o la administración de recursos naturales por parte de los propios usuarios de aquellos, bajo condiciones contractuales y reglas fijadas de manera autónoma⁶², junto a muchas otras propuestas que pueden ser llevadas a cabo en torno a la libertad del ciudadano.

Asimismo, la aguda merma de la capacidad estatal hace que la propia Administración carezca de recursos para administrar, *a priori*. Esto implica que un desplazamiento de altísima carga de actividades que reposan en el sector público hacia los particulares se traduciría en un alivio para la Administración, la cual pudiese limitarse a la actividad de policía. En esta línea, frente a una eventual reforma constitucional, debería suprimirse la figura de la reserva, debido a que se produce una concentración en una gestión irracional y cortoplacista en actividades de importantísima índole, tales como las concebidas como servicio público, inclusive llevando al cuestionar qué tan necesarias son las figuras del servicio público y el contrato administrativo para el desarrollo a largo plazo.

2. Abandono del modelo rentista

El Estado venezolano, habiéndose financiado a través de la renta petrolera durante décadas, ha vislumbrado una interesante experiencia frente a ello. La Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones (incluida la empresa pública) se encuentra sujeta a exhibir una miopía ante el beneficio a largo plazo. En el caso de Venezuela, esta es una de las mayores problemáticas, dada la politización de PDVSA y su consecuente falta de autonomía, la misma ha servido como instrumento a la Administración Pública populista e irracional. Esto implica dos cosas: primero, la necesidad de recuperar la autonomía de PDVSA y la industria petrolera venezolana en general⁶³ y segundo, la necesidad de no reposar las finanzas públicas sobre una única fuente de recursos. En ese sentido, se ha observado cómo la industria petrolera en Venezuela se ha convertido en uno de los cauces para llevar a cabo el tipo de medidas criticadas en el presente, con sus respectivas motivaciones.

⁶¹ Ronald H. Coase, "The Problem of the Social Cost", *The Journal of Law and Economics*. Vol. III (1960), 2-44.

⁶² Elinor Ostrom, *The Government of the Commons* (Massachusetts: Cambridge University Press, 1990).

⁶³ Allan R. Brewer-Carías, *Estudios sobre Petróleos de Venezuela, S.A. y la Industria Petrolera Nacionalizada*, (Caracas: EJV, 2021), 303-320.

3. Integración del Derecho Administrativo con otras disciplinas

Es claro que no todas las soluciones de los problemas humanos se encuentran en el Derecho. Por lo tanto, es necesario que el Derecho coopere con la ciencia económica, la ciencia política y otras para una mejor comprensión de las problemáticas sociales y una mejor atención a las mismas, prescindiendo del hermetismo dogmático que no causa más que daño en el abordaje de estas problemáticas, procurando alcanzar el proceso de expansión de libertades deseado para el desarrollo a través de un enfoque interdisciplinar.

Conclusiones

Se ha observado el contraste entre la actividad de los particulares, principalmente la actividad empresarial de los mismos, sus instrumentos para medir a la eficiencia y determinar el rumbo de las futuras decisiones que han de tomarse con ánimo de optimizar los recursos empleados y los resultados obtenidos, con la actividad de la Administración Pública, sus claras distinciones y particularidades, la complejidad que reviste la cuantificación de la satisfacción de los intereses públicos, junto a los principios propios del Derecho Administrativo que, de plano, hacen que la Administración Pública se encuentre eminentemente distinguida de la actividad de la de los particulares. Esta contextualización se ha realizado con un objetivo: comprender que no se pueden examinar los estándares de eficiencia de la Administración Pública con la de los particulares en su actividad empresarial, lo cual hace necesario comprender la finalidad de la actividad administrativa y cómo determinar su correcta ejecución.

Asimismo, en aras de exponer el hecho de que la actividad empresarial y las instituciones del mercado no son omnipotentes, se han señalado circunstancias en las cuales los mercados no operan de manera eficiente. No se ha afirmado que la alternativa necesaria a estas situaciones sea la intervención pública, ni que la mera existencia de fallos de mercado justifique la intervención pública, de hecho, se ha hecho referencia a otros modos de tratarlos. No obstante, lo que sí se ha hecho es hacer referencia a la forma en la que están concebidas en el Derecho venezolano, entendiendo que, en muchos casos, la alternativa tomada por el mismo es la intervención pública, lo cual, de plano, genera un *statu quo* en el cual hay que prestarle a la Administración en la asunción de estos cometidos, más allá de ir en detrimento de la existencia de esta (lo cual no ha de descartarse en ningún momento).

En último término, se han realizado unas consideraciones relevantes en torno al desarrollo de la elección pública, es decir, el comportamiento de los actores políticos y las motivaciones e incentivos con los

que han contado dentro del contexto de Venezuela del siglo XXI, dentro de lo que denominamos las patologías del principio de eficiencia de la Administración Pública, debido a que tales disquisiciones políticas inciden directamente en la actividad administrativa y en la forma de llevar a cabo la misma, inclusive remarcando que se trata de problemáticas que adolecen a cualquier democracia constitucional, como la que existió aquí y que degenera en regímenes autoritarios con Administraciones Públicas carentes de incentivos para ser eficientes, en donde los funcionarios públicos no están poniendo en juego sus propios intereses, sino los del Estado y careciendo de motivaciones para llevar a cabo un rendimiento destacable⁶⁴.

Finalmente, habiendo dibujado toda la conceptualización y encuadres necesarios, se han planteado unas posibles propuestas para la reconstrucción de la Administración Pública venezolana, en donde, pensamos, es necesario comprender cuáles son las limitaciones para comprender su naturaleza y, de ahí, partir hacia la correcta gestión de los intereses públicos. Ello debe hacerse a través de la comprensión de la naturaleza de la Administración y su finalidad, así como una alternancia cooperativa entre los sectores público y privado, de la mano del principio de mínima intervención como aporte para la comprensión del problema de la eficiencia, debido a que es inminentemente necesario valorar los espacios de libertad no sólo por la eficiencia que los mismos puedan proveer⁶⁵, sino por la propia posibilidad de participar libremente en la política, la economía, la Administración y demás asuntos de interés general. ■

⁶⁴ James Buchanan, Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, 17-76.

⁶⁵ Amartya Sen, *Libertad y Desarrollo*, 54-76.

Consideraciones sobre la evolución y actualidad del control de las abstenciones en el Contencioso Administrativo venezolano

Jean Louis NATERA DUQUE*

REDAV, N° 24, 2022, pp. 67-79

Resumen: El control de las abstenciones sentó sus cimientos en Venezuela –al menos a nivel legislativo– en 1925, por lo que está próximo a cumplirse un centenar de años de dicho hito. Aunque esta área tuvo una evolución bastante paulatina durante todo el siglo veinte, algo que no pocos juristas destacan, fue la riqueza de la jurisprudencia mediante la cual, a lo largo de ese tiempo, se fue desarrollando; esto salvo algunas excepciones que se precisarán próximamente. Actualmente, habiendo iniciado el siglo veintiuno hace poco más de un veintenar de años, y en el *momentum* tan determinante que atraviesa hoy el Derecho en nuestra Nación, lo que pretende el presente artículo científico es analizar el camino a través del cual, de forma positiva o negativa, los tribunales patrios han llevado a la acción de carencia.

Palabras clave: Acción de carencia – Control de abstenciones – Demanda por abstención.

Abstract: *Control of abstentions laid its foundations in Venezuela –at least at the legislative level– in 1925, so it is close to a hundred years since this milestone. Although this area had a fairly gradual evolution throughout the twentieth century, something that not a few highlights, was the wealth of jurisprudence through which, throughout that time, it was developed; this with some exceptions that will be specified soon. Today, having entered the twenty-first century just over twenty years ago, and at the decisive momentum that today the Law is crossing in our Nation, what this scientific article intends is to analyze the path through which, positively or negatively, the national courts have taken the action of lack.*

Keywords: *Action of lack – Control of abstentions – Lawsuit for abstention.*

Recibido

17-05-2022

Aceptado

30-06-2022

I. Contexto histórico

En Venezuela –y en el mundo, pues esta fue pionera en la materia–, se introdujo por primera vez algo similar a lo que hoy se conoce como acción por abstención, en la Ley Orgánica de la Corte Federal de julio de 1925; más específicamente en su artículo 11, referente a las competencias de la Corte, donde, en su ordinal 19, se le otorgó a esta la competencia

* Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2021). Diplomado en Derecho Procesal de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2016).

"de conocer de la negativa de los funcionarios federales a cumplir determinados actos a que estuvieren obligados por leyes federales"¹. Es este el primer antecedente del tema nuclear del presente trabajo.

Este concepto fue nuevamente acogido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia², donde se desarrolla un poco más; quedando redactado, al establecerse las competencias de la Corte, en el artículo 42, numeral 23, de la siguiente forma:

Artículo 42. Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:

(...)

23. Conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas.

Estas fueron las bases legales sobre las que comenzó a cimentarse la acción de carencia, nombre del que algunos hallan origen en el *Recours en Carence* del Derecho Francés³. Sin embargo, en este punto, la mal llamada en la actualidad demanda por abstención, no contaba con un riel procesal establecido por Ley –algo que se mantuvo por unos treinta y cuatro años, hasta la promulgación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa–; esto condujo a que la doctrina y jurisprudencia de la época se abocaran a la tarea de desarrollar esta arista, lo que trajo como consecuencia la evolución que posteriormente será desarrollada, con un enfoque donde preponderará el enfoque jurisprudencial del mismo.

II. Determinación conceptual

Antes de llegar al análisis de la jurisprudencia en la materia, es necesario destacar algunas definiciones fundamentales que existen dentro de la doctrina venezolana sobre la acción de carencia; este apartado se dedicará a exponer algunas de ellas, a manera de introducción al tema, pues no es hallar una definición novedosa el objeto del presente estudio.

Mucci establece que esta acción "*Constituye un útil mecanismo procesal para el control de las infracciones de orden jurídico*

¹ Nicolás Badell Benítez: *Demanda contra vías de hecho y abstenciones de la Administración Pública*, <https://bit.ly/3ikes8f>

² G.O. 1.893 Extraordinario de 30-07-1976.

³ Marie Picard de Orsini y Judith Useche, "Consideraciones acerca del recurso por carencia y abstención en Venezuela", en *Anuario*, N° 29 (Universidad de Carabobo, 2006).

consumadas por la pasividad Administrativa”⁴. Por otro lado, para BADELL, la acción de carencia “Constituye la vía procesal para controlar la ilegalidad que se deriva del incumplimiento o negativa de la Administración en realizar una actuación concreta que le corresponde por estar definida en forma concreta y precisa por la Ley”⁵.

En el mismo sentido, BREWER-CARÍAS la percibe como “un incumplimiento por parte de la administración de una obligación concreta al decidir o cumplir determinados actos que se manifiesta en un sujeto de derecho a que la Administración cumpla los actos a que está obligada”⁶.

Así, podemos extraer como elementos fundamentales de la acción por carencia, que (i) Es una vía o mecanismo procesal; (ii) contentiva de una pretensión de condena contra la Administración Pública; (iii) cuyo objeto es controlar un incumplimiento en las obligaciones que la ley –o incluso normas sub-legales, como se verá más adelante– le impone frente a un determinado supuesto de hecho.

Posteriormente, esto fue ampliado de forma totalmente errada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, más, para este apartado, se presenta más conducente –e incluso más productivo en términos académicos– el exponer la acepción más acorde a la naturaleza jurídica de esta institución.

III. Repaso cronológico de las decisiones claves en la evolución jurisprudencial de la acción por abstención o carencia

La Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, dictada en el año 1985 (caso: *Eusebio Igor Vizcaya Paz contra la Universidad del Zulia*), fue un hito en este sentido, ya que le dio un carril procesal por el cual transitar a esta acción; específicamente, el riel que establecía la Ley para la nulidad de actos administrativos de efectos particulares⁷. Esto marcó un gran precedente, aún con las reservas que puedan realizarse –y que efectivamente la doctrina realizó– sobre la aplicación de un procedimiento en el que se pretende anular un acto revestido de ciertas prerrogativas, a una acción cuya pretensión es solventar una abstención o carencia por parte del funcionario público en el cumplimiento de sus funciones.

⁴ Humberto Mucci, Rafael Badell Madrid y Allan Brewer-Carias, citados en: Víctor Díaz, “Avances doctrinales y jurisprudenciales de los supuestos de procedencia de la pretensión de carencia o abstención en Venezuela”, en *Revista E-Derecho Administrativo (e-DeA) N° 10* (España, 2003).

⁵ Id.

⁶ Id.

⁷ Nicolás Badell Benítez. Op. cit.

La decisión prenombrada contribuyó, además, junto a otra sentencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte (caso: *Iván Pulido Mora* contra la *Contraloría General de la República*), a delimitar el objeto sobre el cual recaía la acción por abstención⁸, lo cual se mantuvo hasta que fue desdibujado por la Sala Constitucional en sentencia del 2004, sobre la cual se hará mención *infra*. Vale acotar, además, que este criterio ya venía siendo propuesto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia que dictó en fecha 06-12-1984 (caso: *Teresita Aguilera*).

Estas sentencias redujeron el ámbito de aplicación de la acción objeto de este trabajo –que se podía haber malentendido como todas las omisiones de la Administración Pública– a aquellas situaciones donde el funcionario o la Administración como abstracción, están expresamente obligados por Ley a producir un acto administrativo y, aun así, omiten o se niegan a emanarlo. Esto como contraposición al amparo constitucional, al cual se le comenzó a dar cabida como acción idónea para impugnar la obligación general de dar respuesta por parte de la Administración, cuando esta no esté regulada de forma específica en alguna Ley, sino que derive directamente de una violación a los derechos y garantías que ya para entonces venía disponiendo la Constitución⁹; específicamente respecto al derecho de petición y el derecho a obtener una oportuna respuesta, haciendo énfasis en que la obligación de la Administración no se agota al recibir una petición de cualquier ciudadano, sino que debe además darle una respuesta –y además ser esta oportuna–, para que su función en ese caso específico se vea agotada.

Volviendo a la aplicación del procedimiento de anulación de actos administrativos de efectos particulares para el trámite de la acción de carencia, y a las reservas que se podrían tener sobre ello, el 13-06-1991 surgieron dos sentencias –paradójicamente, ambas en la misma fecha– de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, las cuales, en resumidas cuentas, establecen que, considerando que el artículo 102 de la Ley de la Corte dispone que, a falta de procedimiento especial, se podrá aplicar el que se juzgue más conveniente; que la SPA había venido aplicando hasta esa fecha el procedimiento establecido en los artículos 121 *eiusdem* y siguientes; que dentro este procedimiento, el artículo 134, en conjunción con el artículo 84, ordinal tercero, de la misma Ley, impone una caducidad de 6 meses para accionar contra el acto que se pretenda impugnar; consideran ambos ponentes, en sus respectivas decisiones, que estas regulaciones deben ser trasladadas también a los procedimientos que, contra las abstenciones de la Administración, se tramiten.

⁸ Marie Picard de Orsini y Judith Useche. Op. cit., 15.

⁹ C.O. 662 Extraordinario de 23-01-1961.

Para ello, quizá el más craso error de estos célebres juristas, fue el pretender equiparar el acto administrativo a la abstención, queriendo fundamentarse en que, si es aplicable dicho lapso para la anulación de actos de efectos particulares, siendo ambas acciones “*un medio de control de la legalidad y de restablecimiento de intereses legítimos violados*”, este es perfectamente aplicable también para la acción por abstención.

Es necesario insistir en recalcar la magnitud de este desacierto, pues afirmar lo expuesto es, básicamente, revestir a una omisión de la Administración Pública con las prerrogativas propias de los actos administrativos, como lo es el principio de estabilidad que arropa a estos por la presunción de legalidad que este acarrea, fundamentada en la buena fe que imprime el funcionario público en las actuaciones que de él emanan y en la necesidad de seguridad jurídica y de continuidad de la Administración Pública; siendo estas características el fundamento que hacen necesario el establecimiento de un término de caducidad para las acciones que pretendan anularlo.

Haciéndolo breve, estas decisiones de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte, pretenden dar este carácter de solemnidad y necesidad de protección a una conducta ilícita de la Administración, que más que protección debería acarrear sanciones por parte de la Ley, como lo es la omisión de los funcionarios en el cumplimiento de sus funciones; lo más grave entorno a este tema es que la Ley Orgánica de lo Contencioso Administrativo recogió este criterio, y revistiéndolo de carácter legal y de aplicación *erga omnes*¹⁰.

Otra decisión importante, dentro de esta evolución jurisprudencial que tuvo el objeto de este estudio durante la segunda mitad del siglo pasado, fue la reinterpretación de la distribución de competencias que establecía la derogada Ley de la Corte Suprema de Justicia, donde correspondía a este máxime Tribunal el conocer de las abstenciones o negativas en que incurrieran los funcionarios nacionales¹¹, y a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo, tramitar las acciones por abstención que se intenten contra las autoridades estatales o municipales¹².

La decisión a la que se hace referencia, es la dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema Justicia, en fecha 02-05-1995 (caso: *Horacio Velásquez Ferrer contra el Ministerio de Justicia*), donde se trifurcó el sistema bipartito que venía rigiendo, dándole una nueva

¹⁰ Sobre el tema, puede consultar: Carlos Luis Carrillo. “Revisión crítica de la implementación jurisprudencial y legislativa de la caducidad procesal en el Contencioso Administrativo del Control de las Omisiones”, *V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013*. (Caracas: EJV, 2013).

¹¹ Artículo 42, numeral 23 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

¹² Artículo 182, numeral 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

definición a la expresión de “Funcionarios Nacionales”, incluida en la Ley de la Corte, y estableciendo así que el artículo 42 lo que otorga a la misma Sala es el conocimiento de las decisiones dictadas por los órganos “*ubicados jerárquicamente en los niveles más altos del poder Ejecutivo Nacional*”, quedando lo correspondiente a las demás autoridades nacionales –las de baja jerarquía– encuadrado como una competencia de carácter residual a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, haciendo analogía de la regulación que para el momento ya regía en cuanto a la distribución de competencias en las acciones de nulidad por ilegalidad¹³, quedando así dispuesto el sistema tripartito de competencias en esta materia, tal como lo ha recogido la hoy vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁴.

Agotadas todas, o al menos la mayoría de las decisiones más importantes que se dictaron en el siglo XX respecto a la acción por abstención, se hace menester ahora realizar un repaso de algunas sentencias sobre este mismo tema, cuyos criterios, para bien o para mal, han sido resalantes en el lapso transcurrido entre la promulgación de la Constitución de 1999¹⁵ y la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁶.

Lo primero es comentar una sentencia de la Sala Político Administrativa del –para entonces ya– Tribunal Supremo de Justicia que, en el año 2000, confirmaba la aplicabilidad aun del criterio sobre el ámbito de aplicación del mal llamado recurso por abstención, que se había sentado ya hace quince años por la propia Sala en el caso de Eusebio Igor Vizcaya Paz.

Esta decisión, la N° 1527 de fecha 29-06-2000¹⁷, reafirma el prenombrado criterio, haciendo mención a las siguientes precisiones que su antecesora había realizado sobre la acción por abstención, en los siguientes términos: (i) que, como venía manejándose, el mismo estaba dirigido a controlar conductas omisivas cuando estas provinieran de una obligación legal concreta y precisa, siendo el objeto de esta la abstención o negativa del funcionario público a cumplir con determinado acto cuando, bajo el cumplimiento de un supuesto de hecho establecido en la Ley, esta autoridad se abstuvo de realizar la consecuencia jurídica que esta norma le impone y; (ii) que todo esto conduce, necesariamente, a un pronunciamiento del Tribunal “*sobre la obligatoriedad para la Administración de producir un determinado acto*” que se niega a cumplir.

¹³ Artículo 185, numeral 3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁴ Carlos Luis Carrillo, “El derecho de petición y la oportuna y adecuada respuesta en la Constitución de 1999”, en *Libro en Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*. (Caracas: TSJ y UCV, 2001).

¹⁵ G.O. 36.860, enmienda 5.908 Extraordinario de 19-02-2009.

¹⁶ G.O. 39.447 de 16-06-2010.

¹⁷ <https://bit.ly/3WS7ZAC>

En este punto, vale hacer mención, sobre uno de los requisitos dentro de la acción de carencia como lo era que la obligación estuviera dispuesta en una Ley, al hecho de que se comenzó a manejar por los órganos competentes en lo Contencioso Administrativo –primero la Sala Político Administrativa¹⁸ y posteriormente la Corte Primera¹⁹– el criterio según el cual, el fin que se controla no es solamente la obligación contenida en una disposición legal, sino que además esto se extiende a obligaciones específicas que estén dispuestas en actos de rango sub-legal, como lo son los actos administrativos de efectos generales o particulares.

Según lo expuesto *ut supra*, se evidencia cómo la bifurcación entre la acción por abstención y la acción de amparo, según el origen legal o constitucional de la obligación de decidir, era un criterio pacífico dentro de la Sala Político Administrativa, que se había mantenido ya por quince años y que se seguiría manteniendo hasta el desafortunado pronunciamiento de la Sala Constitucional, cuando en el año 2004 se liberó de tener que conocer las acciones por amparo constitucional contra conductas omisivas, donde no haya una regulación específica, como la anteriormente descrita, sobre la actuación que la Administración debe tener respecto a determinada solicitud.

En este punto se hace referencia, por supuesto, a la sentencia N° 547, de fecha 06-04-2004, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (caso: *Ana Beatriz Madrid Agelvis* contra el *Fiscal General de la República*)²⁰.

Se trató de una acción de amparo, por violación del derecho de petición y a obtener una oportuna respuesta, producido en el marco de la solicitud de nulidad absoluta de un acto administrativo, dirigida al Fiscal General de la República, y que nunca tuvo resolución, o siquiera sustanciación.

La fundamentación sobre la cual pretendió escudarse la Sala Constitucional fue que, según su criterio, toda obligación jurídica es específica; esto aunado al argumento de que, en cada relación jurídico-administrativa, el deber de dar respuesta se concreta e individualiza. Además, agrega que la regulación que le da la Constitución vigente al derecho constitucional a dirigir peticiones a funcionarios públicos, supone un cumplimiento concreto y que así, bajo esa vaga argumentación lógica, el deber de dar esa respuesta oportuna y adecuada viene siendo “una obligación específica”, frente a un “sujeto determinado”, donde se

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Político Administrativa. Sentencia N° 1065 del 23.07.99. Caso Aidee Isabel Campos Pérez.

¹⁹ Sentencia N° 2002-55 del 31-01-2002, en <https://bit.ly/3lvhwZR>

²⁰ <https://bit.ly/3VMmep5>

excluye cualquier apreciación genérica de la misma, ya que siempre será una “obligación objetiva y subjetivamente específica”.

Es así como, en una decisión, la Sala Constitucional desechó casi veinte años de uniforme doctrina jurisprudencial sobre el tema, para arrojar a la Sala Político Administrativa la labor de conocer de acciones de carencia que se produzcan, tanto en el marco de abstención por parte de la Administración Pública, de actuar en casos puntuales donde la Ley, ante un supuesto de hecho verificado, le exige una respuesta específica, como en cuanto a la omisión de esta cuando, a falta de regulación expresa, se fundamenta en el marco del derecho constitucional de petición y a recibir oportuna respuesta de la solicitud que se le plantee.

Lamentablemente, el anterior criterio se asentó en la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional, siendo confirmado esto en reiteradas ocasiones, como en la sentencia N° 470, de fecha 13-06-2016 (caso: *Kamel Salame Ajami*)²¹, donde se niega la acción de amparo constitucional intentada contra el Consejo Moral Republicano, con razón de que este no se hubiera pronunciado ni dado trámite a la “denuncia por disminución de la perspectiva de vida del privado de libertad”, por violaciones graves a sus Derechos Humanos.

En este caso, la Sala fundamentó su decisión en lo dictado en la sentencia de Ana Beatriz Agelvis, y se agregó, citando el artículo 259 de la Constitución vigente, que este “conduce a afirmar que los derechos o garantías constitucionales que resulten lesionados por (...) omisiones o abstenciones (...) se encuentran tutelados, en virtud de la potestad que la Constitución otorga”²² por los órganos con competencia en lo Contencioso Administrativo.

Lo más lamentable en este caso es que, los propios órganos de lo Contencioso Administrativo han aceptado esta nueva tendencia, que les obliga a conocer de las acciones de abstención independientemente de la fuente de donde emane la obligación de emitir ese acto que, el funcionario, se negó u omitió producir.

En este sentido, narra BADELL, cómo la Sala Político Administrativa aceptó, en el año 2009 que, tanto las omisiones relativas al cumplimiento de una obligación específica, como las producidas frente a una solicitud cuyo fundamento no es una Ley específica, sino directamente la Constitución, “pueden impugnarse, mediante acción por abstención o carencia”²³.

En el mismo sentido se expresó la entonces Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en su decisión N° 2012-0168, de fecha 13-02-

²¹ <https://bit.ly/3Z8xdMF>

²² Id.

²³ Nicolás Badell Benítez, Op. Cit.

2012 (caso: *Abdon Rafael Arreaza Rondón*), donde sentencia, citando a la Sala Político Administrativa, que la acción por abstención se produce no solo contra conductas omisivas de la Administración, cuando la realización de dicha conducta o acto está expresamente determinada en la Ley, "sino también respecto a la inactividad en relación a las actuaciones que jurídicamente le sean exigibles, sin que sea necesaria una previsión concreta de la Ley"²⁴.

Ya bajo la vigencia de la actual Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, hay otro tema que se ha hecho controversial y es el de la posibilidad de acumular en un mismo procedimiento, la acción por abstención o carencia con alguna pretensión de contenido patrimonial o indemnizatorio, lo cual, en cuanto al procedimiento breve, que este cuerpo normativo regula en los artículos 62 y siguientes, está prohibido por disposición expresa de dichos preceptos.

Ahora, poco ha sido este tema desarrollado jurisprudencialmente, salvo alguna sentencia de la Sala Político Administrativa que estableció –en un caso cuya abstención en la que había incurrido el accionado, era el pago de unos montos por concepto de aportes patronales a la Caja de Ahorros que correspondía (CAFUNDACO), estando esta obligación que recaía sobre la Fundación para el Desarrollo y Promoción del Poder Comunal, regulada por el Artículo 66 de la Ley de Cajas de Ahorro– que, por el hecho de reclamar el pago de unas cantidades de dinero adeudadas, donde se solicita, además, que estos montos sean indexados mediante experticia complementaria del fallo; no se trata de una acción por abstención, sino que más bien encaja bajo los supuestos del procedimiento establecido para las demandas de contenido patrimonial, por lo que es mediante ese riel procesal que se debe tramitar dicha causa²⁵. Posteriormente, se remitió al Juzgado de Sustanciación de la Sala para que se pronunciara sobre la admisibilidad de la acción, y este la admitió como una demanda "por cobro de bolívares e intereses moratorios"²⁶.

Otra decisión que, aunque no es lo suficientemente contundente en cuanto a su criterio, puede traerse a colación en este tema, es la dictada por la Sala Político Administrativa en fecha 29-10-2014, donde se estableció una condenatoria de pago de dinero en el marco de una acción por abstención. Esto lo hace citando, entre varias, una sentencia de la Sala Constitucional del año 2004, donde se establece que, dentro del "recurso por abstención" se debe dar cabida a la pretensión de condena que se fundamente en una obligación administrativa incumplida.

²⁴ Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13-02-2012. Op. cit.

²⁵ Sala Político Administrativa. Sentencia N° 499 del 28-05-2013, en <https://bit.ly/3WNMwZz>

²⁶ Sala Político Administrativa en su Juzgado de Sustanciación. Sentencia interlocutoria N° 314 del 09-07-2013, en <https://bit.ly/3jRuhni>

Con base en esto, sin mucho más desarrollo, se procedió a ordenar el cumplimiento por parte de la Dirección General del Servicio Autónomo de Registros y Notarías, de su obligación de restituir la cantidad adeudada a la compañía accionante. Lo paradójico de esta decisión –y el motivo por el cual se presentan serias dudas para considerarla como un antecedente jurisprudencial prominente– es que esto se dispone luego de que, un párrafo antes, se declara sin lugar la apelación ejercida contra la sentencia que era objeto de ese proceso, y que declara “*el decaimiento del objeto en el recurso por Abstención o Carencia interpuesto*”²⁷.

Como se evidencia de la anterior síntesis, poco esclarecen dichos fallos sobre la posibilidad de acumular la pretensión de condena de una acción por abstención con un reclamo de contenido patrimonial en un procedimiento distinto al breve, como podría ser propiamente, el procedimiento para demandas de contenido patrimonial establecido en la LOJCA, el cual cuenta con todos los privilegios procesales necesarios para defender los intereses del Estado, lo cual acaba con la inquietud que tiene parte de la doctrina, entre otros, ROJAS²⁸, sobre la incompatibilidad del procedimiento breve con estas prerrogativas, además de superar el cerco legal que establece el artículo 65 de la LOJCA²⁹.

Es por ello menester, pronunciarse en contra de la propuesta doctrinal de que, en estos casos, se tramite por el procedimiento breve la acción por abstención, para conocer posteriormente de la pretensión patrimonial que se acumule a esta mediante el procedimiento para demandas patrimoniales³⁰.

Al contrario, este trabajo de investigación respalda la postura defendida por grandes juristas como TORREALBA, donde se propone que, en casos de acumulación de una pretensión de condena a la Administración Pública de remediar su conducta omisiva con una de condena al pago de tipo indemnizatorio por concepto de esta inactividad, ambas sean plenamente tramitables en el mismo procedimiento, con la única distinción de que no será el breve sino el destinado a las demandas de

²⁷ Sala Político Administrativa. Sentencia N° 1478 del 29-10-2014, en <https://bit.ly/3X51U3i>

²⁸ Nicolás Badell Benítez, Op. cit.

²⁹ “Artículo 65: Se tramitarán por el procedimiento regulado en esta sección, cuando no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio, las demandas relacionadas con: 1. Reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos. (...) La inclusión de peticiones de contenido patrimonial, no impedirá que el tribunal dé curso exclusivamente a las acciones mencionadas”.

³⁰ Nicolás Badell Benítez, Op. cit.

contenido patrimonial el aplicable³¹, tal cual ya se había adelantado en párrafos pasados.

Hay otro aspecto a resaltar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia bajo la vigencia de la LOJCA y es que, desde una decisión dictada el 24-11-2010 –escasos cinco meses después de la entrada en vigencia de la Ley– la Sala Político Administrativa interpretó, en un recurso contra el entonces presidente Hugo Chávez, que el fin del legislador al disponer el procedimiento breve, fue establecer un trámite expedito que sea cónsono con la naturaleza de las pretensiones que en él se tramitan –donde encuadra la acción por abstención– por lo que dicta la Sala, que cuando se siga este riel en tribunales colegiados, todo el trámite deberá realizarse directamente ante el Juez de mérito, quien deberá instruir el expediente salvo aquellos casos en los que las partes manifiesten su voluntad de presentar elementos probatorios que deban ser evacuados, caso en el cual sí procederá, por vía de excepción, la remisión al Juzgado de Sustanciación para que realice lo propio³².

Habría que evaluar si, en efecto, esto realmente da celeridad al proceso o si servirá como una herramienta más para aquellos abogados que viven su día a día en la dilatación de procedimientos, donde, con fundamento en esto, podrán manifestar cuando se tenga en bien, la voluntad de presentar pruebas que necesitan ser evacuadas, haciendo necesario el engorroso trámite de remitir el expediente al Juzgado de Sustanciación y, posteriormente, de vuelta al Juez de mérito.

Otro tema relevante, que se ha desarrollado en la jurisprudencia patria, es respecto a qué acción cabe en contra de un silencio administrativo, haciendo la Sala Político Administrativa una distinción según la cual, para que sea admisible una acción de nulidad en virtud de esta figura, se necesita la existencia de un acto administrativo expreso previo, siendo un ejemplo cuando la Administración realiza una actuación, la misma es recurrida por la vía administrativa y dicho recurso no obtiene trámite o respuesta por parte de esta³³.

Por interpretación en contrario, corresponderá como vehículo ideal, la acción por carencia, cuando no medie acto previo, sino que sea en la fase constitutiva del procedimiento administrativo donde se produce la inactividad o abstención, por ser esta el medio idóneo contra el cumplimiento de una obligación específica. La naturaleza de esta decisión encuentra cimientos en el efecto que tendría el silencio administrativo en cada caso, siendo que cuando se da en segundo grado, básicamente

³¹ Miguel Ángel Torrealba. *Estudios de Derecho Procesal Administrativo*. (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2021).

³² Sala Político Administrativa. Sentencia N° 1177 del 24-11-2010, en <https://bit.ly/3IvEjVo>

³³ Sala Político Administrativa. Sentencia N° 1256 del 06-12-2018, en <https://bit.ly/3Gj2RhJ>

quedaría firme el acto y se iría a la vía jurisdiccional a recurrir el mismo; mientras que, cuando opera el silencio administrativo en primer grado, no existe un acto del cual pedir anulación, sino que corresponderá la acción por abstención de la Administración en el cumplimiento de sus funciones³⁴.

Otra situación controvertida sobre la jurisprudencia venezolana dictada en el tema, es la cabida que tienen las medidas cautelares en la acción por abstención, esto aun cuando la LOJCA establece esta posibilidad en su artículo 69³⁵, e incluso existe una figura, propia del Contencioso Administrativo, como lo es el amparo cautelar³⁶, que es también completamente compatible con esta acción.

A pesar de lo anterior, la Sala Constitucional puso en duda la cabida de las medidas cautelares en el trámite de estas acciones aún antes de la entrada en vigencia de la Ley, cuando en el año 2003, en el caso *José Alberto Díaz Peña*, estableció que, cuando se solicite una medida cautelar de amparo en conjunto con la acción de abstención, si se declarase con lugar y se acordare que la Administración actúe o dicte un acto administrativo, no se estaría restableciendo de forma provisional un derecho o garantía constitucional, sino que se constituiría una nueva situación, invariable e inmutable, a favor del recurrente³⁷. En el mismo sentido se pronuncia la Sala Político Administrativa cuando establece –ya entrada en vigencia la LOJCA– que, como la medida cautelar que se solicita pretende la realización de un acto en específico, como es la transferencia de un monto de dinero a la Alcaldía del Distrito del Alto Apure, y la pretensión principal está dirigida es a obtener respuesta del Ministro del Poder Popular para la Banca y Finanzas, sobre el motivo del porqué dicho monto fue retenido, no puede la Sala dictar dicha medida; el mismo proceder de la decisión anterior de la Sala Constitucional, tratando de camuflarse como un criterio con otra fundamentación³⁸.

³⁴ Id.

³⁵ “Artículo 69: Medidas cautelares. Admitida la demanda, el tribunal podrá de oficio o a instancia de parte, realizar las actuaciones que estime procedentes para constatar la situación denunciada y dictar medidas cautelares. La oposición a la medida cautelar será resuelta a la mayor brevedad”.

³⁶ “Artículo 5. (...) PARÁGRAFO ÚNICO: Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa”. Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (C.O. 34.060 de 27-09-1988).

³⁷ Sala Constitucional. Sentencia N° 1508 del 06-06-2003, en <https://bit.ly/3Qkggut>

³⁸ Sala Político Administrativa. Sentencia N° 1188 del 31-01-2016, en <https://bit.ly/3jV8Xgy>

Algunas consideraciones finales

De la revisión exhaustiva de otras decisiones dictadas en la materia con fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la único que, lamentablemente, puede destacarse, es la facilidad con que los Tribunales con competencia en el área, y especialmente la Sala Político Administrativa, desdibujan la Ley para salvaguardar a la Administración a capa y espada, actuando con igual o más diligencia que la exhibida por los abogados que el Estado contrata para este fin propio de la defensa privada. Basta acceder al sitio web del Tribunal Supremo de Justicia³⁹ y colocar en el buscador “demanda por abstención”, como incorrectamente es llamada, para darse cuenta de la cantidad de atrocidades que cometen estos órganos contra los particulares.

Otra observación necesaria, es recalcar cómo cambió la evolución jurisprudencial en la materia desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la reconfiguración de la antigua Corte en el Tribunal Supremo de justicia y la creación de su Sala Constitucional; transmutando de una evolución constante que, aún sin tener un contenido normativo suficientemente desarrollado que sirviera de sustento y con alguno que otro traspiés –como las decisiones que extrapolan la caducidad a estos procedimientos– se puede manifestar que tuvo un balance general muy positivo, a un retroceso de pasos agigantados, con decisiones como la del caso de Ana Beatriz Madrid, por solo poner un ejemplo. Esto aunado a una Ley como la que rige la materia, que llegó casi cuarenta años tarde y con grandes deficiencias, bajo la vigencia de la cual, por su propia indeterminación en algunas cuestiones relevantes del área y, por el incorrecto criterio del legislador en otras, se continúa retrocediendo y se continuará hasta que, en algún momento, todas estas aristas puedan reestructurarse por completo, no necesariamente para volver al pasado, sino para, con base en él, construir un futuro más iluminado en este tópico, así como para el Contencioso Administrativo y la Administración de Justicia en general. ■

³⁹ <http://www.tsj.gob.ve>

Gobierno electrónico y su amenaza a través de los delitos informáticos

José Gregorio PUMAREJO LUCHÓN*

REDAV, N° 24, 2022, pp. 81-89

Resumen: El mal manejo de las tecnologías de información puede poner en peligro al gobierno electrónico y todas las funciones que este apareja, consecuencias fatales para una gobernanza que al pasar del tiempo busca la interacción máquina-humano. La inteligencia artificial y la descentralización de información a través de nuevos paradigmas como lo es el Blockchain, aparejado con sanciones penales, pueden reprimir las conductas dañinas a través de las tecnologías, en pro de un mundo con tramites automatizados.

Palabras clave: Delitos informáticos – Gobierno electrónico – Inteligencia artificial.

Abstract: *The mismanagement of information technologies can endanger electronic government and all the functions that it entails, fatal consequences for a governance that over time seeks human-machine interaction. Artificial intelligence and the decentralization of information through new paradigms such as Blockchain, coupled with criminal sanctions, can repress harmful behaviors through technologies, in favor of a world with automated procedures.*

Keywords: *Computer crimes – Electronic government – Artificial intelligence.*

Recibido

01-03-2022

Aceptado

24-08-2022

Introducción

Las nuevas tecnologías han llegado para coadyuvar o facilitar el trabajo, estas formas tecnológicas han evolucionado a través del tiempo, anteriormente desde una computadora personal (PC), ahora existen infinitudes de herramientas, PC, laptop, tabletas, teléfonos inteligentes, todas estas modalidades de tecnología son utilizadas para llevar a cabo el gobierno telemático, a través de la interconexión de las diversas herramientas.

Este trabajo no versará sobre lo que muchos autores ya han abordado sobre el gobierno electrónico y su implementación o su fundamentación jurídica, queremos enfocarnos en cómo puede verse afectado o atacado mediante el uso indebido de las tecnología y en lo que afecta a la administración a través de sus diversas formas. Afectación a

* Abogado de la Universidad Central de Venezuela.

la hora de la prestación de un servicio, el uso indebido de las herramientas tecnológicas, para su cabal funcionamiento, la implementación de leyes para una gobernanza electrónica o e-government, que busca regular la interoperabilidad, pero que, en la práctica, han sido leyes de cajón, dada que no se han puesto a la obra con personal especializado en la materia.

I. Gobierno electrónico

El gobierno electrónico ha estado en constante innovación, muchos son los autores que han abordado el tema, una concepción amplísima es el gobierno que mediante el uso de las TIC realiza las actividades esenciales para los fines del Estado. Encontramos una definición en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico:

A los efectos de la presente Carta Iberoamericana se entienden las expresiones de “Gobierno Electrónico” y de “Administración Electrónica” como sinónimas, ambas consideradas como el uso de las TIC en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos. Todo ello, sin perjuicio de las denominaciones establecidas en las legislaciones nacionales.

De la presente carta iberoamericana, destacamos que establecen como sinónimo Gobierno y Administración, en el campo electrónico. No obstante, consideramos que el concepto de gobierno es mucho más amplio que el de administración, pero para los fines del presente trabajo, estableceremos tales conceptos como sinónimo.

Una precisión terminológica, preferimos llamarlo Gobierno Telemático que abarcaría más las funcionalidades que están previstas en las leyes, dado que la telemática, según la RAE, es “*Aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada*”¹. En cuanto que lo electrónico refiere más al uso de instrumento electrónicos y su interconexión, un gobierno telemático sería ese en el que se utilizan las herramientas informáticas y las telecomunicaciones para dar respuestas a las peticiones de los administrados, así como brindar las actividades que realiza la administración telemática, esto es, fomento, prestación de servicios y la actividad policial, pero todo desde el ámbito telemático, a los fines del trabajo nos referiremos como gobierno telemático y administración telemática, a lo que los autores denominan gobierno electrónico.

En nuestro ordenamiento jurídico el marco normativo para la implementación del gobierno telemático se encuentra en una serie de

¹ Consulte en <https://bit.ly/3psdCqx>

leyes: Ley de Infogobierno², Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado (Ley de interoperabilidad)³, Ley del Registro y Notariado⁴, Ley Orgánica del Registro Civil⁵ y el Decreto, Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁶, así como el decreto 825 que declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela⁷. La Ley de Infogobierno y la ley de interoperabilidad en el ámbito de su aplicación establecen: los órganos y entes del Poder Público, tanto Nacional, Estatal como Municipal, los Distritos metropolitanos, el Banco Central de Venezuela, las universidades públicas, las sociedades de cualquier tipo, en el que el Estado tenga más del 50% de participación decisiva, etc.

Con la Ley de interoperabilidad y la ley de infogobierno se busca las relaciones entre las diversas formas del Poder Público Nacional, a través de las tecnologías de Información y Comunicación (TIC), comunicación sin que los particulares deban estar dirigiéndose a las oficinas de la administración. Esta interoperabilidad entre las administraciones, particulares con la mismas administración, encuentra vinculación con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firma Electrónica (LMDF), vale acotar que tal ley aplica tanto para el ámbito público, en el que pueden estar inmersos los órganos y entes del Estado, y el ámbito privado, en las relaciones entre particulares. Tal ley regula el valor probatorio de los documentos electrónicos, los mensajes de datos y las firmas electrónicas, para así brindar una adecuada comunicación a la hora de suscribir contratos, entre particulares o entre la administración y estos, pero la interoperabilidad también implica la accesibilidad a los datos e información, así como brindar la oportuna respuesta a través de los medios tecnológicos.

El Gobierno telemático se rige por una serie de principios para su cabal funcionamiento a través de las TIC, principios que no se diferencian muchos de los principios que rigen a la administración:

(i) Principio de legalidad⁸. Toda actuación del Poder Público debe estar prevista previamente en la Constitución o la ley, encuentra fundamento en el artículo 137 constitucional y en el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de la Administración Pública. En el caso del Gobierno

² Gaceta Oficial N° 40.274, 17-10-2013.

³ Gaceta Oficial N° 39.945, 15-06-2012.

⁴ Gaceta Oficial N° 6.668 Extraordinario, 16-12-2021.

⁵ Gaceta Oficial N° 39.264, 15-09-2009.

⁶ Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario, 17-11-2014.

⁷ Gaceta Oficial N° 36.955, 22-05-2000.

⁸ Véase a José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, y Allan Brewer Carías, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo* (Caracas, EJV, 2005).

telemático, debe estar previamente en ley, el ámbito de aplicación en cuanto a la suscripción y elaboración de documentos, la sistematización de respuesta de la administración a través de los medios tecnológicos, así como la competencia del funcionario.

(ii) Principio de juridicidad⁹. La actuación administrativa debe estar subordinada no solo a la constitución y ley, sino a todo el ordenamiento jurídico, determinado por Constitución, leyes, reglamentos, providencias y decretos, superpone la sujeción de la administración también a las normas de rango sublegal, una concepción un poco más amplia que el principio de legalidad.

(iii) Principio de participación. La administración debe permitir a los ciudadanos intervengan en los asuntos de interés públicos, contraloría pública, la participación ciudadana en la participación, y gestión pública, como plantea ARAUJO-JUÁREZ. En el gobierno telemático, a través de las páginas web, y el uso de mensaje de datos, y de las tecnologías de información, para así velar establecer la intervención de la participación ciudadana, encuentra su sustento dentro del artículo 7 de la ley de interoperabilidad.

(iv) Principio de interoperabilidad. La interoperabilidad es fundamental para hacer posible la comunicación electrónica y el intercambio de información entre la administración y entre los particulares con la idea de un gobierno telemático eficaz. Lo mencionamos como un principio con el auge de las TIC, el cual sirve como forma de interpretación y alcance en el gobierno telemático.

(v) Principio de conservación. Las comunicaciones deben almacenarse tal y como se haría con los documentos en soporte en papel.

(vi) Principio de transparencia y accesibilidad. Garantiza los mensajes, y comunicaciones se hagan en forma comprensible y por medios tecnológicos, según el perfil del usuario, y en igual condiciones el acceso y el conocimiento tecnológico. Encuentra su sustento en el artículo 14 de la ley de infogobierno.

(vii) Principio de adecuación tecnológica. Las administraciones elegirán las tecnologías más adecuadas para satisfacer sus necesidades. La recomendación es el uso de software libre, encuentra sustento en nuestra ley de infogobierno y de interoperabilidad.

Todos estos principios y adecuaciones tecnológica, sirven como un plan de gestión pública, para adiestrar al personal en las nuevas tecnologías, pues de nada sirve el hardware y el software sin personas capacitadas que puedan ejercer el gobierno telemático, y las medidas para la

⁹ En relación a este principio véase, Rolando Bauza, "Principio de Juridicidad", *Revista de Derecho Público*, N° 62, (2000).

adecuada seguridad a estos sistemas, dado que puede ser afectado, tanto el sistema como los componentes, a través de los denominados delitos informáticos.

II. Ventajas y adecuación del gobierno telemático

Como se dijo anteriormente, el Gobierno Telemático, encuentra sustento en el ordenamiento jurídico, a través de las diversas leyes que se mencionaron, algunas ventajas que trae el gobierno telemático al particular y a la administración son:

(i) Reducción de costo operacional: Menos gasto de papel, puesto que, desde la interoperabilidad de las administraciones y particulares, todo se realizaría por la web y portales inteligentes.

(ii) Transparencia de la Gestión Pública y auditabilidad: El uso del gobierno electrónico apunta a promover la cercanía entre el Estado y los ciudadanos, generando transparencia y eficacia en las actividades de los servicios públicos. Un medio de hacer transparente el gasto es a través de la licitación y publicación de las compras públicas a través de medios como el Internet. Asimismo, al automatizarse y hacerse públicos los procesos dentro la administración pública, se aminora el grado de discrecionalidad del funcionario público, lo que genera transparencia dentro de la gestión y mejora la capacidad de controlar la misma por parte de los ciudadanos¹⁰.

(iii) Acceso y flujo de información entre los ciudadanos y la administración: Con las TIC, se acerca más la administración con el ciudadano, y es que, desde el Internet, la comunicación puede ser más efectiva, dada que se puede dar desde cualquier parte del mundo. A través de los portales inteligentes y la interacción máquina-humano, ya sea con la Inteligencia Artificial o por el portal web.

(iv) Eficiencia y Eficacia: Gracias a las TIC, puede brindarse un mejor servicio, reduce la burocratización dentro de la administración y les da más transparencia a los actos públicos.

III. Delitos informáticos y su afectación al gobierno telemático con el uso de las nuevas tecnologías

El derecho penal reprime las conductas nocivas para la sociedad, pero no todas, solo las más grave, por ello se habla del carácter fragmentario del derecho penal, las nuevas tecnologías trajeron formas para coadyuvar o facilitar el trabajo, por lo que se consiguieron nuevos métodos para afectar bienes jurídicos vitales para la convivencia social, de

¹⁰ En <https://bit.ly/3VR1wnU>

estas nuevas formas nacen los delitos informáticos, cuyos medios comi-sivos son las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC).

Diversas son las formas en que se conocen estas clases de hechos delictivos, Delitos Informáticos, Cibercrimitos, Delitos Electrónicos, por su parte, el profesor JULIO TÉLLEZ, catedrático de la Universidad Autónoma de México, los define como "*actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tiene a las computadoras como instrumento o fin (Concepto típico)*"¹¹. El profesor TÉLLEZ, hace una conceptualización de los delitos informáticos, dividiendo su concepto, en dos, una primera parte como un concepto típico, y la segunda en su concepto atípico.

Por su parte, LIMA, al referirse a los Delitos Informáticos, que ella denomina "Delitos Electrónicos" indica:

...delito electrónico en un sentido amplio es cualquier conducta criminógena o criminal que en su realización hace uso de la tecnología electrónica ya sea como método, medio o fin y que, en un sentido estricto, el delito informático, es cualquier acto ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñan un papel ya sea como método, medio o fin¹².

DAVARA RODRÍGUEZ los entiende como: "*La realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software*"¹³. DEL PINO los define como:

Todas aquellas acciones u omisiones típicas, antijurídicas y dolosas, trátense de hechos aislados o de una serie de ellos, cometidos contra personas naturales o jurídicas, realizadas en uso de un sistema de tratamiento de la información y destinadas a producir un perjuicio en la víctima a través de atentados a la sana técnica informática, lo cual, generalmente, producirá de manera colateral lesiones a distintos valores jurídicos, reportándose, muchas veces, un beneficio ilícito en el agente, sea o no de carácter patrimonial, ac-túe con o sin ánimo de lucro¹⁴.

Ya leídas algunas definiciones de algunos doctrinarios especializados en la materia, podemos dar una aproximación conceptual de esta clase de delitos: Acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible, que empleando como medios los sistemas que utilizan tecnologías de información y comunicación, hacen un uso indebido que lesionan y

¹¹ Julio Téllez Valdez, *Derecho Informático* (México, UNAM, 2009), 105.

¹² María de la Luz Lima Malvido, *Delitos Electrónicos* (México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1983), 100.

¹³ Davara, *Manual de Derecho Informático* (Madrid, Ad hoc, 2000), 48.

¹⁴ Santiago Del Pino, *Derecho Penal Informático, Una visión general del Derecho Informático en el Ecuador con énfasis en las infracciones informáticas, la informática forense y la evidencia digital* (2015), 48.

comprometen los componentes, así como sus funcionalidades de confidencialidad, disponibilidad, integridad y valores vitales para la vida en colectividad.

La relación estrecha entre los delitos informáticos y el gobierno telemático, es debido al medio que utilizan para la realización de sus fines, mientras que en el gobierno telemático a través del uso del internet y de máquinas tecnológicas interactúa con los ciudadanos y lleva a cabo sus diversas funciones (verbigracia, actividad de fomento, policial, servicio público, etc.), en los delitos informáticos se utilizan para generar daños.

De este modo, la tecnología de información (la cual abarca los equipos electrónicos y las funcionalidades inteligentes de las páginas web) puede verse afectada por los delitos informáticos, en sus diferentes modalidades, ya sea, por acceso indebido, sabotaje o daños a sistemas, fraude, etc. La Ley Especial Contra los Delitos Informáticos (LECDI) tipifica una variedad de hechos que atentan contra los sistemas e información en ella contenida, dentro de los cuales podemos encontrar, acceso indebido, sabotaje a sistemas, espionaje informático, falsificación, fraude, entre otros. El gobierno telemático puede verse afectado por la concurrencia de los diversos tipos penales tipificados en la ley especial, así como por otros tipificados en otras leyes.

Destacamos la vital relación entre los régimen normativos entre LMDF, la Ley de Interoperabilidad y la de Infogobierno, en el que se impulsan y se le da validez a los negocios jurídicos realizados a través de las tecnologías de información, así como en la LECDI donde se busca reprimir y sancionar los hechos que busquen desestabilizar el uso correcto de las tecnologías de información, al igual que las falsificaciones en soporte en papel, en la que se lesiona un bien a través de la alteración, ya sea creando, modificando o eliminando un documento, en el documento electrónico, se ve más esta afectación, ya que el cracker está ingresando a un sistema y si bien pudiera cometer solo el hecho de la falsificación para beneficio persona o procurarse alguna ventaja económica, también podría haber un concurso de delitos, con otros tipos tipificados en la LECDI como lo es el acceso indebido, fraude o sabotaje a sistema.

Cabe acotar, si bien, nuestro país ha dispuesto leyes que regulan la interoperabilidad y el funcionamiento del gobierno telemático, en la práctica ha sido casi nulo, para no decir nulo en su totalidad, no se han implementado capacitación al personal de la administración ni adecuado las máquinas para el funcionamiento del gobierno telemático, las herramientas jurídicas están a disposición de una implementación práctica a través de los expertos en la materia.

Para el cabal funcionamiento creemos necesario ir a la par con las leyes que regulan la gobernanza telemática y las leyes prevén sanciones a conductas reprochables a través de las nuevas tecnologías.

IV. Solución a la afectación del gobierno telemático

Además de la utilización de software (i.e, antivirus, Malware cifrados, compuertas lógicas, *Domain shadowing*) para evitar la intromisión de Malware malicioso, ya que los Crackers, pueden utilizar diferentes métodos¹⁵, para acceder o corromper un sistema, otra alternativa que creemos eficaz y poco estudiada en el ámbito de los gobiernos telemáticos, es el uso de la tecnología Blockchain.

Si bien como comentamos hay leyes para regular el uso del internet, así como la interoperabilidad entre administración y ciudadanos, con el Blockchain, estaríamos dentro de los tipos de redes descentralizadas en contraposición de las centralizadas. La tecnología Blockchain, se trabaja bloque a bloque, es decir, el nodo siguiente conecta con el anterior, basado en el uso de técnicas criptográficas.

Los tipos de Blockchain son¹⁶: **(i)** Pública: Aquellas en la que todos pueden participar, no se requiere algún permiso especial para participar, ejemplo de las Blockchain públicas, Bitcoin y Ethereum; **(ii)** Privadas o permissionadas: En contraposición de las Públicas, se requiere de un permiso para que los usuarios puedan acceder, suele realizarse en un grupo cerrado; **(iii)** Híbridas o federadas: Son aquellas que son públicas y privadas, la participación en la red es privada, pero el libro contable es de acceso a todo público, es decir, cualquier persona puede ver bloque a bloque lo que sucede en el Blockchain.

El Blockchain, puede ser una gran herramienta, en cuanto el registro de documentos, mediante su modalidad híbrida, un libro de Blockchain puede crear un libro de documentos, para su autenticación, sin el temor de las falsificaciones, también en cuanto al registro médico, se puede crear un libro Blockchain para la automatización electrónica, pero siendo privada, debido a la privacidad de la información, las administraciones pueden interoperar a través del Blockchain, sin que esto parezca descontrolado o no regulado, creemos que mediante las leyes *ut supra* mencionada, se puede llevar acabo el gobierno telemático en el país a través de los recursos tecnológicos y el Blockchain.

¹⁵ Algunos que podemos mencionar que utilizan para la realización de intromisión de datos o información, hacking o acceso indebido, Keylogger, caballo de troya, puertas falsas, entre otros.

¹⁶ Véase David Amado Monrroy, "Entendiendo el Blockchain, su aplicación y sus implicaciones legales y técnicas", *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, N° 8 (2020), en <https://bit.ly/3lyGCV3>

Conclusión

A manera de terminar el presente trabajo, queremos dejar de relieve, las bondades de un gobierno telemático, aplicado a la práctica, menos corrupción, sistematización del trabajo, simplificación de trámites, pero ello requiere capacitación del personal, gastos operacionales para el funcionamiento adecuado de las máquinas, etc.

La LECDI regula una variedad de conductas dañosas utilizando como medio las tecnologías de información o como fin, por lo que bondades tecnológicas como el Blockchain, que permiten una descentralización de la data o información, hace más infranqueable los sistemas, permite mejor resguardo de datos, comunicación efectiva y eficiente con los ciudadanos.

El Blockchain no escaparía de las leyes ya dispuesta a regular la interoperabilidad y la gobernanza telemática, dado que se aplica a través de los medios tecnológicos ya dispuesto, utiliza nodos secuenciales, a través de bloques, de igual a igual, en la que la autogestión lo es todo. ■

Actos de contenido tributario. ¿De quién es la competencia para conocer actos de policía tributaria?

Jonás E. APONTE A.*

REDAV, N° 24, 2022, PP. 91-104

Resumen: El presente artículo desarrolla algunas dificultades existentes para distinguir entre ciertos actos administrativos y actos tributarios, puesto que sin una delimitación clara en virtud de su contenido pueden difuminarse eventualmente los actos que son competencia de cada materia. No obstante, la tributación en virtud de los principios que la rigen debe ser muy clara y específica para los particulares, ya que de lo contrario podría suponer un perjuicio para el contribuyente al igual que en la Administración Pública con el administrado, tomando en cuenta que ambos deben regirse por el principio de legalidad. En consecuencia, mediante un análisis jurisprudencial se intentará detectar en dónde se origina la confusión en cuanto a la determinación de la competencia y la jurisdicción de cada una de las materias en cuestión.

Palabras clave: Actos administrativos – Actos tributarios – Competencia.

Abstract: *This article develops some existing difficulties to distinguish between certain administrative acts and tax acts, since without a clear delimitation by virtue of its content, the acts that fall under the competence of each matter may eventually be blurred. However, taxation by virtue of the principles that govern it must be very clear and specific for the individuals, since otherwise it could mean a prejudice for the taxpayer as well as in the Public Administration with the administered, taking into account that both must be governed by the principle of legality. Consequently, by means of a jurisprudential analysis we will try to detect where the confusion originates regarding the determination of the competence and jurisdiction of each of the matters in question.*

Keywords: *Administrative acts – Tax acts – Competence.*

Recibido

26-03-2022

Aceptado

19-05-2022

Prolegómeno

La diatriba entre la autonomía del derecho tributario con otras disciplinas, adquiere nuevos ribetes en lo que se refiere a las técnicas de limitación u ordenación, por cuanto al resultar su génesis, florecimiento y sistematización una construcción producida desde el derecho administrativo, se ha pretendido diseccionar de forma absoluta los temas de

* Universidad Central de Venezuela, Abogado; Especialista en Derecho Tributario. Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública, Licenciado en Ciencias Fiscales mención Rentas; Director del portal web: www.vitrinalegal.com.ve

imposición, determinación, base y hecho imponible con cualquier otra materia que no se compadezca con esas características muy particulares¹.

Un ejemplo de lo preludiado se observa en las autorizaciones administrativas en materia tributaria o aduanera, las cuales son exigidas a los contribuyentes y que, eventualmente, podrían ser revocadas. Ello así, las razones para otorgar la autorización como aquellas para revocarlas han supuesto un gran problema al momento de determinar la competencia para conocer los recursos de nulidad en esa materia. No obstante lo anterior, lo que realmente subyace a dicha situación es la supuesta autonomía del derecho tributario frente al derecho administrativo. En efecto, las autorizaciones parecen nadar en medio de dos aguas: el derecho administrativo y el derecho tributario de cara a las técnicas de limitación y ordenación.

Es preciso destacar que conceptos como el de policía administrativa tienen su par en el área tributaria, vale decir, aquellas técnicas de limitación y ordenación que nacieron desde el derecho administrativo como lo son las inspecciones, autorizaciones y registros pero que han sido reguladas en las leyes o normas de naturaleza fiscal². En ese sentido, que el derecho tributario contemple sus propias normas de policía implica que, frente a un eventual control de las actividades de los entes y órganos con competencia tributaria, por actos que produzcan una posible vulneración a ciertos derechos y garantías de los ciudadanos o contribuyentes, deberán ser sometidas a examen de tribunales tributarios.

Señala ROMERO que amén de los actos determinativos de tributos y sancionatorios, existen otros actos que también son recurribles en la jurisdicción contencioso-tributaria, en la medida que afecten los derechos

¹ Señala RUAN SANTOS que aquellos que proclaman celosamente la llamada autonomía del derecho tributario, con detrimento de su integración en un sistema contencioso administrativo, "que la especificidad de la rama tributaria se contrae esencialmente a los aspectos sustantivos de ella, es decir, a la concepción y regulación de la 'obligación tributaria', que engloba aspectos tales como el principio de la realidad económica, el carácter patrimonial del vínculo obligacional, la configuración de los sujetos pasivos de la obligación, el hecho generador, la base imponible", pero las que refiere a la determinación y recaudación de los tributos, es una rama jurídica que se alimenta de los conceptos del derecho administrativo, porque se trata, precisamente, del ejercicio de potestades administrativas. Cfr. Gabriel Ruan Santos, "El contencioso Tributario", *Revista de Derechos Público*, N° 21, EJV, Caracas, 1985, p. 15.

² Sobre el particular, hemos señalado que en el derecho tributario el término policía adquiere nuevos matices, no tanto porque afecte derechos de libertad y propiedad de los ciudadanos, ya bastante limitados por la carga tributaria, y que se incrementan por la restricción que escapan del hecho tributario. Jonás E. Aponte A., *La Actividad de Policía en el Derecho Tributario. Especial Referencia a la Potestad Inspectoral y las Garantías del Contribuyente*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021, p. 66.

de los administrados, derivados de peticiones formuladas y relacionadas con “denegaciones de licencias, permisos, autorizaciones, solvencias o constancias; negativas de calificación y registro de exoneraciones; no concesión de exoneraciones o revocación de la previamente otorgadas”³, entre otras.

El problema para determinar si una controversia es tributaria lejos del análisis de los tributos, a veces resulta una operación muy compleja. Una de las causas más visibles es la proliferación de una serie de contribuciones parafiscales, con el agravante que muchas de ellas aun cuando descansan en una evidente carga impositiva y, por lo tanto, debiendo estar sometidas al principio de legalidad tributaria, se han vinculado a otras formas jurídicas para que definitivamente su control resulte más laxo. En este punto la competencia pasa a un segundo plano, muchas veces lo importante es crear una estratagema que permita eludir los estrictos controles que debieran descansar en el derecho tributario, entre ellos, como se dijo, el principio de legalidad tributaria.

La ola de críticas que caen sobre las contribuciones parafiscales pasa porque no responden miméticamente a los fines de la tributación clásica, así como tampoco están compuestas de la misma estructura, no están bien definidos los sujetos y existen en algunos casos una deslegalización que desquebraja el principio de legalidad. Un ejemplo de cómo la huida del derecho tributario se completó y quedó al aire la institucionalidad, es ostensible en la sentencia N° 1771, de fecha 29-11-2011, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se resuelve un recurso de revisión de la sentencia N° 1202 del 25-11-2010 de la Sala Político-Administrativa, mediante el cual determina que las contribuciones al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda y Hábitat (FAOV) no tiene naturaleza tributaria, sino que es un servicio público.

Para la Sala Constitucional el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda despliega actividades de servicio público y el hecho que sus recursos no están, ni han estado destinados al financiamiento de las instituciones públicas responsables de su administración, ni tampoco sus recursos están o han estado dirigidos a individuos o grupos sociales, implica que sus aportes son un ahorro de carácter obligatorio, tal como lo calificó el legislador, por lo que, no es posible su catalogación como una contribución parafiscal y tampoco tributaria.

No nos detendremos en establecer si las contribuciones al Fondo realizadas por las personas tienen o no naturaleza tributaria o si las actividades del Fondo tienen forma de servicio público que implique excluir

³ Darío Romero, “Consideraciones en torno al objeto del recurso contencioso tributario”, VI Jornadas Aníbal Domínguez, Derecho Tributario, Homenaje Dr. Oswaldo Anzola. FUNEDA. Caracas, 2014, p. 132.

a las contribuciones realizadas por las personas como tributarias; lo importante para los fines del presente artículo es dejar constancia de las dificultades para definir los linderos que dividen una actividad tributaria de otra. Es preciso destacar que la referida contribución al dejar de ser tributaria, su competencia, por lo tanto, es ahora administrativa.

El Centro Interamericano de Administraciones Tributarias a propósito de la competencia *ratione materiae* de los once tribunales tributarios administrativos de Iberoamérica, indicó que todos tienen injerencia en los temas impositivos y diez de ellos en temas aduaneros. El trabajo del organismo revela que Panamá es el único país cuyo tribunal no trata estos asuntos. En ese sentido, “*solo seis de ellos incursionan en asuntos relacionados con la recaudación de los recursos de la seguridad social, y en menor proporción tratan tributos subnacionales (cuatro) y parafiscales (solo México)*”⁴.

La conclusión a la que se llega sobre el particular demuestra que en la mayoría de los países:

...las competencias de los tribunales administrativos no están ligados estrictamente a las competencias de las administraciones tributarias, al tener estos un espectro más amplio. La excepción sería el tribunal de Argentina, donde a pesar de que la administración tributaria tiene competencia sobre impuestos, aduanas y la recaudación de las contribuciones de la seguridad social; su tribunal tributario administrativo no posea competencia en materia de recaudación de los recursos de la seguridad social⁵.

Aun cuando el trabajo realizado por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias resulta muy ilustrativo en términos comparativos, tampoco hace mención expresa a las técnicas de limitación y ordenación que orbitan alrededor de los tributos y por lo tanto a la competencia de los Tribunales contenciosos tributarios para conocer de las vulneraciones a los derechos producidas por aquéllas.

La estricta limitación de la materia tributaria se debe a los elementos básicos del tributo, vale decir, hecho imponible, base imponible y alícuotas; es por ello que para algunos juzgadores cuando determinada controversia se escapa de esa singularidad, su competencia es más administrativa (servicios públicos) sin importar que orbite en una actividad realizada por el Fisco en cualquiera de sus divisiones político territoriales. Para RAMÍREZ el proceso contencioso tributario abre la vía jurisdiccional “*para la impugnación de aquellos actos emanados de la Administración tributaria que determinen tributos, apliquen intereses, impongan sanciones o afecten de cualquier manera los derechos de los*

⁴ Centro Interamericano de Administraciones, *Análisis Comparado de los Tribunales Tributarios de Iberoamérica*, (Coordinador: Isaác Gonzalo Arias Esteban), disponible en: <https://bit.ly/3jXLw6h>, p. 48.

⁵ Id.

*administrados en lo que su esfera jurídico tributaria se refiere*⁶. La orientación que brinda RAMÍREZ desde el proceso tributario sobre las materias que se discuten es muy amplia pero ayuda a establecer la competencia, bajo la enjundia de afectar los derechos de los contribuyentes en la esfera jurídica tributaria.

Es típico que al hacer mención a la jurisdicción tributaria se haga alusión a actos de contenido tributario. Señala ITURRE que los actos de contenido tributario son los que *“constituyen los tributos, multas, intereses y demás accesorios que estén vinculados con la obligación tributaria”*⁷. Pueden entenderse que siempre que el acto lesione los derechos e intereses de los contribuyentes la competencia será tributaria y, es a esta expresión a la que podemos llamar como contenido tributario. En ese sentido, estamos hablando del tributo, sus elementos esenciales y de aquellas actividades que permiten que la relación jurídica tributaria se perfeccione de alguna manera. Es preciso acotar que los tributos deben ir progresivamente cediendo espacio frente inversión privada y también sus regulaciones deben ser lo menos restrictivas a la libertad.

BADELL, citado por FRAGA-PITTALUGA, señala que el proceso contencioso tributario es una subespecie del proceso contencioso administrativo *“de allí que se encuentre enmarcado en el ámbito especial de su competencia gozando de todas las características de aquél”*⁸. Esta particularidad que destaca BADELL es de suma importancia para entender que las formas típicas del contencioso administrativo se traslucirán en el contencioso tributario, siempre que el acto recurrido sea de contenido tributario, vale decir, que descansa en aspectos de imposición directa o indirecta, imponga sanciones, cualquiera sea su forma o naturaleza y en la que se desplieguen todas las facetas de la policía tributaria, en atención a la actividad inspectora, autorizadora y de registros.

Es sobre este punto que se tratará el presente trabajo, esto es, se analizarán algunos fallos de los tribunales y se intentará descubrir de dónde viene la confusión a la hora de determinar la competencia y la razón que justifica que en algunos casos se decanten por la jurisdicción contencioso administrativa.

I. Problemas de competencia

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo⁹ en una controversia en virtud de la cual a una empresa le fue revocada una

⁶ Alejandro Ramírez V., “La Especial Naturaleza Jurídica del Contencioso Tributario”, en: <https://bit.ly/3igWhAr>, p. 175.

⁷ Manuel A. Iturre A., “La competencia en la Jurisdicción Contencioso Tributaria”, VII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, AVDT, Caracas, 2004, p. 88.

⁸ Luis Fraga-Pittaluga, *La Defensa del Contribuyente*, EJV, Caracas, 2021, p. 396.

⁹ TSJ/CSCA, sent. N° 2013-1362 del 27-06-2013.

autorización para actuar como agente aduanal y poder realizar operaciones de importación, exportación y tránsito con carácter permanente ante las aduanas en las cuales se encuentra habilitado para operar, realizó interesantes precisiones que merecen la pena ser revisadas.

El acto impugnado fue recurrido ante el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, el cual lo declinó a las Cortes de lo Contencioso Administrativo y previa distribución le correspondió el conocimiento a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

Para definir el ámbito competencial, el referido órgano jurisdiccional citó una sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 61 del 20-01-2011, en la que en un caso similar se estableció que la autorización para actuar como agente aduanal es un acto administrativo sujeto para su otorgamiento y revocatoria a los requisitos y formalidades establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA). Indica el fallo que dicho instrumento normativo regula todo lo relativo al procedimiento administrativo ordinario, así como de los recursos otorgados por dicha Ley a los administrados para la revisión de los actos en sede administrativa; en oposición a los recursos previstos en el Código Orgánico Tributario (COT), dirigidos a impugnar los actos emanados de la Administración tributaria que guardan relación con tributos y con las relaciones jurídicas tributarias derivadas de esos tributos.

En orden a lo anterior, señaló la sentencia que la relación nacida del ejercicio de una potestad reglada de la Administración, como es el otorgamiento de una autorización para actuar como agente aduanal, hace que el acto sea administrativo y por lo tanto sujeto al procedimiento administrativo ordinario.

Por último, indicó la Sala Político-Administrativa que al haber sido dictado un acto por el Intendente Nacional de Aduanas (E) del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), ente público-administrativo, de nivel nacional, adscrito al para entonces denominado Ministerio de Finanzas, hoy Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas, le correspondió el conocimiento a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, en virtud del criterio residual de competencia.

Con fundamento en el referido criterio, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo se declaró competente para conocer de la causa, en los términos que se citan a continuación:

Ello así, visto que Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), es una autoridad administrativa que no se encuentra dentro de las mencionadas en los numerales 5 del artículo 23 y 3 del artículo 25 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y sumado al

hecho de que el presente acto no versa directamente sobre materias cuya competencia esté atribuida a jurisdicción contencioso tributaria, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo acepta la competencia que le fuere declinada para conocer y decidir, en primer grado de jurisdicción, de la presente demanda de nulidad. Así se decide.

Ahora bien, examinada la sentencia citada, la primera observación que pudiera formularse a los criterios competenciales establecidos en ambos fallos es que a pesar de que el otorgamiento, revocación, requisitos y formalidades de las autorizaciones puedan, en algunos casos, regularse con fundamento en la LOPA, ello no supone que la competencia *per se* sea de naturaleza exclusivamente administrativa, ya que consideraciones de ese tipo descubren una grosera ignorancia de aquellos elementos que componen el tributo. Otras circunstancias que se inadvierten de las sentencias es que el artículo 158 del COT establece que las disposiciones de la LOPA se aplicarán de forma supletoria en caso de situaciones que no puedan resolverse conforme a las disposiciones de la Ley¹⁰.

El derecho no debe atomizarse por pura arbitrariedad, en su lugar, y bajo las reglas de la física cuántica, una partícula puede ser honda y partícula al mismo tiempo, es decir, que el Derecho tributario se anide en la obligación tributaria (artículo 13 del COT) no niega que en torno a la misma se estructuren un conjunto de medidas de contenido policiaco para pretender ofrecer seguridad jurídica a la relación jurídico tributaria, limitar la acción de la administración a un espectro acotado de actuaciones y poder darle forma a todas esas actividades de limitación y ordenación que sobre la misma orbitan.

En abundamiento a lo anterior, resulta oportuno señalar que el Derecho tributario no se compone exclusivamente de tributos, sino que al mismo tiempo debería estar enmarcado en un conjunto de normas de tipo regulatorio con el propósito de acrisolar el camino y ofrecer garantías al contribuyente de cara a los voraces fines recaudatorios del Estado. Reglar el comportamiento de la Administración tributaria bajo normas propias del Derecho administrativo y por ende, someter su control a la jurisdicción contencioso administrativa cuando los actos que estas dicten sean de policía, como lo es la autorización (técnica de limitación u ordenación), es un error, máxime si en el fondo se estructura desde los fines recaudatorios.

Asimismo, la sentencia comentada destaca que la atribución de la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa se genera porque la autorización es ingénita a la potestad reglada y porque es un acto administrativo sujeto al procedimiento administrativo ordinario. Sin embargo, en el campo procesal, el principio de especialidad es esencial para

¹⁰ G.O. N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020, dictado por la espuria Asamblea Nacional Constituyente.

definir la competencia, por lo que al tratarse de una situación que se produce dentro del derecho aduanero y siendo la autorización un eslabón dentro del sistema impositivo, se convierte por lo tanto un elemento a examinar al momento de definir a quien se le atribuye el conocimiento de la causa.

En efecto, los actos autorizatorios y la producción del hecho punible comporta, como es evidente, criterios teleológicos plenamente diferenciados, mas no son oponibles. Por poner un ejemplo, si el Servicio Nacional Integrado de administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) autoriza a una empresa para servir como imprenta para la elaboración de las facturas y otros documentos¹¹ y, posteriormente, se dicta un acto que afecte los derechos e intereses de la imprenta, como puede ser la revocatoria de la autorización, deben ser los tribunales tributarios los competentes para conocer, fiscalizar y contralar ese acto administrativo, toda vez que los elementos que descansan en la factura son indispensables para calcular la base imponible del impuesto al valor agregado. En efecto, autorización y tributos no se individualizan al punto de excluir la competencia.

Otro ejemplo de lo explicitado *ut supra* se aprecia en la sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo¹², en la cual el aludido órgano jurisdiccional conoció en primera instancia un asunto a través del cual se revocó la autorización a una empresa para operar como agente de aduanas en las operaciones de importación, exportación y tránsito. En consecuencia se trató el tema como netamente administrativo.

Merece la pena señalar que, como regla general y en función de las características que comprometen a las autorizaciones, éstas no pueden concebirse como meros actos de ejecución inmediata que producen sus efectos instantáneamente, carentes de implicaciones futuras; por el contrario, son actos que perduran en la medida que, como se ha dicho, se garanticen las condiciones en virtud de las cuales fueron otorgadas¹³. Por tal motivo, las razones empleadas para conocer o atribuir competencia a la jurisdicción contencioso administrativa producto de un acto revocatorio de la autorización, deben ser las mismas empleadas si se analiza un acto sancionatorio dictado con ocasión a las conductas punibles producidas en medio de la habilitación.

¹¹ Providencia SNAT/2018/0141. Normas Relativas a Imprentas y Máquinas Fiscales para la Elaboración de Facturas y Otros Documentos.

¹² CSCA/TSJ, sent. N° 2013-2729 del 19-12-2013.

¹³ Jonás E. Aponte A., "Algunos problemas de las licencias, autorizaciones y habilitaciones en el Derecho Tributario venezolano", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 16, en: <https://bit.ly/3VLOFDv>, pp. 113 y ss.

Lo arriba explicado es ostensible en sentencia de la Sala Político Administrativa¹⁴ en la cual la jurisdicción contencioso tributaria conoció de una controversia que se originó producto de la sanción impuesta a una empresa almacenista que no cumplió con las condiciones, normas y procedimientos exigidos en las leyes especiales, relacionados con la seguridad e higiene necesarios para la conservación de las mercancías en los almacenes generales de depósito, obligación prevista en el aludido artículo 74 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales de 1996, y que dio lugar a la aplicación de la sanción de multa por parte de la Administración aduanera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121, numeral 6 de la Ley Orgánica de Aduanas de 2008.

Según se evidencia del fallo analizado, la empresa de almacenamiento fue sancionada producto de un procedimiento de inspección (actividad de policía), en el cual se dejó constancia de las fallas apreciadas en los mecanismos de conservación de las mercancías y específicamente acerca de las condiciones, normas y procedimientos de seguridad e higiene de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros.

Indicaría la sentencia examinada que tales facultades legales están dirigidas a supervisar bienes inmuebles cuando razones de interés y control fiscal lo justifiquen: *“ingresando a los almacenes, patios, oficinas, vehículos y demás lugares sujetos a potestad aduanera, incluso sin necesidad de autorización especial, ello conforme lo disponen los artículos 7 y 8 del citado texto orgánico”*.

La Sala Político Administrativa anuló el fallo y advirtió que las irregularidades observadas en el galpón no fueron las únicas, sino que la sanción también fue producida por incumplimientos de deberes formales relativos a no llevar actualizado el sistema de control de inventario y además al permitir el ingreso y almacenamiento de sustancias químicas y peligrosas sin contar con la autorización del Registro de Actividades Susceptibles de Degradar el Ambiente (RASDA), por lo que al haber sido anulado todo el reparo por el tribunal *a quo* conoció en consulta aquellos punto inadvertidos en la decisión de primera instancia.

Ahora bien, es claro de la lectura de la sentencia analizada que la controversia órbita alrededor de la potestad de inspección con la cual cuenta la Administración aduanera para verificar el cumplimiento de los deberes nacidos del acto autorizatorio. Por tal motivo, si la justificación usada para atribuir competencias a la jurisdicción Administrativa es la regulación en la LOPA del acto autorizatorio, el mismo argumento debe

¹⁴ SPA/TSJ, sent. N° 1218 del 30-10-2013.

aplicarse para los procedimientos de control posterior que nacen de la licencia.

Pero como se dijo anteriormente, la cognición del contencioso tributario no está limitada a casos de naturaleza impositiva, por cuanto, tal materia se compone de múltiples aspectos que canalizan la actuación del universo de contribuyentes, empresas, imprentas, agentes, auxiliares, etc., antes, durante y después de producido el hecho tributario. Dividir las jurisdicciones por la naturaleza propia del acto implicaría dejar sin competencias a los juzgados tributarios, salvo las impositivas como se dijo previamente, aunado al hecho que genera una desconfianza en la seguridad jurídica de los administrados al desconocer o no tener precisión del tribunal competente para conocer de determinado recurso.

En el sentido anterior, la jurisdicción contencioso tributaria conoció de un recurso incoado contra una resolución en virtud de la cual se sancionó a una almacenadora por no cumplir *“con las normas de seguridad ya que posee solo 4 extintores pequeños para un área muy amplia además no posee sistemas de seguridad para el resguardo de personal ni las mercancías”* y *“cabe destacar que se observaron varios charcos de agua la cual es de conocimiento las fuertes lluvias de esta época, no había muchas mercancías almacenadas”*, incumpliendo así con las condiciones de seguridad e higiene previstas en el artículo 74 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas Sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y Otros Regímenes Especiales de 1996, al tiempo que no tenía suscrita póliza de seguro con cobertura de hurtos¹⁵.

La sentencia arriba citada añadió que el incumplimiento de las condiciones de funcionamiento del almacén o depósito aunado a la sanción impuesta es susceptible de una clausura del establecimiento temporalmente, hasta tanto se regularice su situación, advirtiendo que: *“tal suspensión no es una pena accesoria o sanción, sino la consecuencia por el incumplimiento de las exigencias para operar”*.

La confusión que se viene reproduciendo a propósito de la competencia para conocer esa categoría de actos tiene otro ejemplo en la sentencia de la Sala Político Administrativa¹⁶, en la cual se determinó que la competencia para conocer un acto en el cual un municipio imponga sanción del multa y cierre temporal del establecimiento, generada por el otorgamiento de la licencia de actividades económicas, le corresponde a la jurisdicción contencioso tributaria, al señalar que:

Ahora bien, evidencia esta Alzada que el asunto discutido en la presente causa no se trata simplemente de una solicitud de licencia de actividades económicas, sino que versa sobre la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por la recurrente, la cual debe ser analizada bajo la óptica de la

¹⁵ SPA/TSJ, sent. N° 253 del 18-03-2015.

¹⁶ SPA/TSJ, sent. N° 542 del 9-06-2010.

Ordenanza que establece el impuesto sobre actividades económicas, y quiénes son los sujetos gravables. En efecto, la referida Ordenanza es el cuerpo normativo que consagra cuáles son las actividades que tienen naturaleza económica para el legislador municipal cuyo conocimiento, inexorablemente, le corresponde a los Tribunales Contencioso Tributarios, pues son éstos los que tienen atribuida la competencia para conocer los recursos o las acciones que se interpongan ante la Administración Tributaria, bien sea Nacional, Estatal o Municipal relativos a la imposición o el pago de un tributo, tal como lo señaló el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital en su decisión interlocutoria del 22 de marzo de 2009. Así se declara.

En el sentido anterior, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo¹⁷, se declaró incompetente para conocer y decidir un recurso contencioso administrativo de nulidad contra una sanción de multa y la clausura temporal del establecimiento por el ejercicio de actividades económicas llevadas a cabo en la jurisdicción del aludido municipio sin estar autorizada en la licencia de actividades económicas.

Las razones aducidas por la Corte Segunda para declarar su incompetencia tienen fundamento en el hecho que las licencias de actividades económicas no son meros permisos formales, sino que las mismas deben ser estudiadas y analizadas en apego a las ordenanzas, pues: *“son ambas en conjunto las que definen y clasifican las distintas actividades económicas que desarrollan en un determinado municipio, que a su vez, determina los tributos asociados a cada una de ellas”*.

En el mismo orden de ideas, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo¹⁸ se declaró incompetente para conocer de un recurso ejercido contra una sanción de multa y cierre temporal del establecimiento, impuesta por haber transgredido la Ordenanza sobre Actividades Económicas, por el ejercicio de las mismas sin haber obtenido previamente la licencia respectiva.

Es oportuno destacar, conforme a las sentencias citadas que, bien sea que se niegue, revoque o sancione a una persona natural o jurídica como consecuencia de un acto autorizatorio, en la medida que el acto recurrido tenga una relación consustancial con el hecho tributario, la competencia siempre será tributaria. Parte del embrollo se produce en virtud que el COT no dispone un catálogo medianamente detallado de las competencias de la jurisdicción tributaria, situación que complica aún más las cosas, porque si ya es difícil distinguir la naturaleza jurídica de algunas exacciones producto de lo que cierto sector de la doctrina

¹⁷ CSCA/TSJ, sent. N° 2012-1367 del 11-07-2012.

¹⁸ CSCA/TSJ, sent. N° 2014-1283 del 14-08-2014.

denomina la huida del Derecho tributario¹⁹, imaginemos de los actos regulatorios que alrededor de estas giran.

Que las licencias de actividades económicas no se comporten como autorizaciones de funcionamiento u operativas, no significa que no exista un obstáculo para el administrado para poder realizar la actividad dentro de la jurisdicción o espacio territorial y que limite en cierto punto su libertad económica. Por tal motivo, que se relacione el otorgamiento de la licencia de actividades económicas con el pago de tributos es un corolario que puede generalizarse a todas aquellas habilitaciones que tengan o mantengan relación con el tributo.

En tal sentido, si a una imprenta le es revocada por el SENIAT la autorización para la elaboración de facturas, motivado en el hecho que en medio del procedimiento de inspección se determinó que no llevaba el RIF en un lugar visible, nace la siguiente interrogante: ¿ante qué tribunales debe incoarse la demanda o recurso, siendo que las condiciones exigidas en las facturas fueron establecidas por la Administración tributaria? La pura lógica indica que lo razonable es que esa clase de pretensiones de nulidad sean conocidas por los juzgados tributarios, habida cuenta que dicho supuesto en específico está estrictamente vinculado con el hecho tributario y son exigencias determinadas por un acto reglamentario dictado por el Fisco.

Distinto es el caso en el que la referida empresa es sancionada por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) por un procedimiento que le fuera sustanciado por, paradójicamente, no entregar facturas en las operaciones que realice. En ese caso, al relacionarse la denuncia con los derechos al consumidor y protección al usuario, el recurso de nulidad debe ser presentado ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En sentencia de la Sala Político Administrativa²⁰ se conoció un recurso contencioso administrativo de nulidad contra la Providencia Administrativa N° SNAT/2002/1455, emanada del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)²¹, por medio de la cual se designan como agentes de retención del impuesto al valor agregado (IVA) a los denominados contribuyentes especiales. En tal sentido, se formularon ciertas apreciaciones a propósito de la competencia de la jurisdicción contencioso-tributaria para conocer de actos

¹⁹ Humberto Romero-Muci, "Deconstruccionismo y la huida del derecho tributario: el caso de las contribuciones previstas en las leyes orgánicas de ciencia, tecnología e innovación y contra el tráfico ilícito y el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas", *VIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Obras Colectivas, AVDT, Caracas, 2006, pp. 215-265. Gabriel Ruan S., *El Impacto Institucional de las Exacciones Parafiscales*, Ediciones Liber, Caracas, 2008.

²⁰ TSJ/SPA, sent. N° 3682 del 02-06-2005.

²¹ G.O. N° 37.585 del 05-12-2002.

normativos de carácter general y por sus directas implicaciones en dicho campo. Entre las ideas principales que se extraen del fallo en mención tenemos las siguientes:

Es así como a partir de tal razonamiento pudo concluir este Alto Tribunal, desde el punto de vista formal, que al ser el SENIAT un servicio autónomo sin personalidad jurídica, vale decir, un órgano desconcentrado de la Administración Pública Nacional (Administración Central a través de su ente de adscripción, en este caso el Ministerio de Finanzas), carecía de personalidad jurídica propia, y por tanto sus actos, así como los efectos de éstos, se imputaban a la personalidad jurídica pública de la cual forma parte; motivo por el cual pudiera pensarse, en forma errónea, que la competencia para conocer y decidir los recursos ejercidos contra las providencias administrativas dictadas por dicho servicio para designar como agentes de retención del impuesto al valor agregado a los Contribuyentes Especiales, resultaba de la entonces Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, vistos los supuestos de competencia residual atribuida a dicha Corte, en virtud del numeral 3 del artículo 185 de la Ley que regía las funciones de este Alto Tribunal. No obstante ello, la Sala en dichas oportunidades no pudo dejar de advertir el alcance normativo que ostentan las referidas providencias administrativas, normas cuyo contenido estrictamente tributario imponen obligaciones fiscales no sólo para los denominados Entes Públicos Nacionales y Contribuyentes Especiales, sino que establecen un procedimiento para la retención del aludido tributo, aunado a las sanciones por incumplimiento que contemplan.

En tal sentido, fue observado por este Alto Tribunal que de la aplicación de las mismas surgen verdaderas relaciones jurídicas subjetivas en el ámbito del derecho tributario, cuyo conocimiento resultaría, en principio, atribuido a la jurisdicción contencioso-tributaria, al consagrar ésta un fuero especial exclusivo y excluyente, por lo que no podría otorgársele competencia para conocer de las mismas a otra jurisdicción ni a otros tribunales de distinta naturaleza, según lo dispuesto en el artículo 330 del Código Orgánico Tributario. Asimismo, fue advertido que los actos impugnados eran actos generales, cuyos efectos se presentaban de igual forma generales, motivos por los cuales escapaban del ámbito de la jurisdicción contencioso tributaria en su primer grado de conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 259 del citado Código Orgánico Tributario.

La sentencia arriba citada hace mención a “*normas cuyo contenido estrictamente tributario imponen obligaciones fiscales*” para poder atribuir la competencia a la jurisdicción tributaria, con lo cual a ello debemos sumar a los actos de contenido tributario y los actos que afecten los derechos de los contribuyentes enmarcados en relaciones jurídico tributarias.

Reflexión final

En orden a lo anterior, finalizaremos señalando que hasta tanto no se comprenda la independencia del Derecho tributario con respecto a otras áreas (Derecho administrativo) seguirán presentándose conflictos de competencia que generan retrasos innecesarios en la tramitación de

las causas. Entiéndase que esta independencia nunca será absoluta como nada puede ser totalmente independiente, pero es necesario que se comprenda que las muy discutidas técnicas de limitación u ordenación cuya teorización se produjo en el Derecho administrativo también existen en el Derecho tributario, y será esta jurisdicción la que deba velar porque se respeten los derechos y garantías de los contribuyentes y los particulares.

No tener certeza de la competencia para conocer de una controversia tributaria, fundamentalmente cuando esa incertidumbre proviene del órgano jurisdiccional, puede comportar una serie de lesiones para los justiciables, entre ellas, el derecho a juez natural y una justicia expedita. ■



**REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO
ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

Número 24, Enero – Junio 2022
Segunda etapa

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)



www.cidep.com.ve

www.cidep.online



contacto@cidep.com.ve



[@cidepVE](https://twitter.com/cidepVE)