

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

27

JULIO - DICIEMBRE

2023

www.cidep.com.ve

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

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

Número 26
Julio – Diciembre 2023
Segunda etapa

Caracas, 2024



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 –quienes conservan su derecho de autor sobre el texto– 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

La REDAV forma parte del Directorio de Latindex y de Ulpiano.

© **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**
Número 27. Julio – Diciembre 2023

Publicación semestral. Segunda etapa

URL DEL EJEMPLAR: <https://cidep.com.ve/ojs/index.php/redav/issue/view/redav-27>

FECHA DE PUBLICACIÓN: 26-07-2024

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

X: @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

X – 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. El 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

LA EFICIENCIA ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL, Hernán Celorrio9

I. Proyección jurídica de la eficiencia.....	9
II. Fundamentos sustanciales	15
III. Parámetros sustanciales a considerar.....	20
IV. Condición de eficiencia en la gestión estatal	26
Reflexiones finales	28

DERECHOS POLÍTICOS, POTESTAD DISCIPLINARIA Y CONVENCIONALIDAD. REFLEXIONES EN TORNO AL CASO COLOMBIANO EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO INTERAMERICANO, Juan Camilo Amado Garzón y Juan Gabriel Rojas López..... 31

Introducción	31
I. Fundamentos de la potestad sancionatoria de la Administración	33
II. Potestad disciplinaria y precedentes interamericanos. La narrativa de una tensión en el Derecho colombiano	35
III. Las vicisitudes de la potestad disciplinaria a partir de la jurisprudencia colombiana.....	38
Conclusiones	48

INHABILITACIONES POLÍTICAS POR VÍA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA: UN MECANISMO INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL EMPLEADO PARA LA DESTRUCCIÓN DEL ESPACIO DEMOCRÁTICO, Roselis Díaz De Freitas..... 49

Introducción	49
I. La inhabilitación política como restricción al derecho de optar a cargos de elección popular, conforme a la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos	51
II. El uso de las inhabilitaciones políticas por vía administrativa como mecanismo de represión a la disidencia política y su inconventionalidad	54
III. La falta de independencia e imparcialidad de los órganos que conforman el Poder Público Nacional, de cara a las inhabilitaciones políticas	62
Conclusión.....	68

¿LOS SERVICIOS DE PUNTOS DE VENTA SON SERVICIO PÚBLICO SEGÚN EL DERECHO VENEZOLANO?, Simón Fernández Bravo 69

Introducción	69
I. La noción, interpretación y alcance de la declaratoria de servicio público en el Derecho venezolano.....	70

II. Condición de las actividades de las instituciones del sector bancario con respecto a la declaratoria de servicio público contenida en la ley	77
Conclusiones	82

EL COMPROMISO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL PREVISTO EN LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, Jesús Villegas..... 83

Introducción	83
I. La responsabilidad social en Venezuela.....	84
II. Naturaleza jurídica del compromiso de responsabilidad social.....	93
III. El compromiso de responsabilidad social y el contencioso administrativo en Venezuela	100
Conclusiones	103

LA CORRECCIÓN MONETARIA EN LOS PROCESOS DE FORMULACIÓN DE REPARO POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL FISCAL, Alonso José Macías Luís 105

Introducción	105
I. El estado de excepción de emergencia económica y las reconversiones monetarias de los años 2008, 2018 y 2021.	109
II. La formulación de reparo impuesta por los órganos de control fiscal	112
III. La corrección monetaria en los procesos de formulación de reparos dictados por los órganos de control fiscal	115
IV. Procedimiento aplicable para hacer efectiva la corrección monetaria en la formulación de reparos realizados por los órganos de control fiscal	117
Conclusiones	123

HISTORIA SOBRE LOS ORÍGENES DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA) Y SU ACTIVIDAD DURANTE EL PERIODO 2019-2021, José Rafael Belandria García125

Introducción	125
I. Historia sobre los orígenes de la AVEDA.....	125
II. Actividad de la AVEDA durante el periodo 2019-2021.....	129
III. Un área por explorar	134
IV. La democracia se construye también en las pequeñas acciones.....	135
V. Final	136

La eficiencia administrativa y su control

Hernán CELORRIO*

REDAV, N° 27, 2023, PP. 9-29

Resumen: El artículo aborda la importancia de la eficiencia como uno de los principios que deben regir a la actividad administrativa, a fin de que la Administración cumpla con las funciones que le asigna la sociedad democrática; especialmente en cuanto a la salvaguarda de los derechos económicos, sociales y culturales.

Palabras clave: Buena administración – Democracia – Eficiencia.

Abstract: *The article addresses the importance of efficiency as one of the principles that must govern administrative activity, so that the Administration fulfills the functions assigned to it by democratic society; especially regarding the safeguarding of economic, social and cultural rights.*

Keywords: *Good administration – Democracy – Efficiency.*

Recibido

20-06-2024

Aceptado

12-07-2024

I. Proyección jurídica de la eficiencia

1. Vigencia actual

La nota de eficiencia¹ no ha sido objeto de especial interés en la doctrina administrativista tradicional, la cual ha dedicado su celo máximo a la profundización de los aspectos que hacen a la legitimidad del accionar público y con particular énfasis en la interdicción de arbitrariedad en los procedimientos de la Administración. Dicho enfoque ha constituido un camino virtuoso en cuanto fuere atinente al debido resguardo de los

* Abogado especialista en Derecho Administrativo y aduanero, Derecho Minero y Regímenes de la Inversión Minera, Recursos Naturales e Inversiones Extranjeras. Desde 1997 es Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Derecho Administrativo Económico, Universidad del Museo Social Argentino y Profesor Adjunto Ordinario de la Cátedra de Derecho Administrativo, Universidad de Buenos Aires.

¹ Sin desconocer las diferencias conceptuales que en estricta apreciación terminológica corresponde establecer entre “eficacia” y “eficiencia”, se ha optado por una caracterización global bajo el segundo concepto, en función de lo acotado de esta presentación que impide discriminaciones certeras entre las mismas y por cuanto el planteo básico a desarrollar apunta a la correlación entre Administración Activa, gestión eficiente, control administrativo y Buena Administración como criterios sustantivos y ello no torna indispensable la precisión terminológica antedicha. En líneas generales, el concepto de eficacia apunta a la capacidad de lograr el efecto deseado o prescripto, y la eficiencia a la capacidad de hacerlo optimizando recursos; pero las normativas vigentes constitucionales, legales y reglamentarias carecen de competencia al respecto.

derechos individuales ante el ejercicio indebido de prerrogativas públicas, pero a la vez denota insuficiencia cuando la magnitud de los cometidos estatales involucrados en la extensa difusión de derechos fundamentales inserta en las perspectivas neo constitucionalistas exige compromisos de actuación pública a ser operados en condiciones ordinarias de eficiencia administrativa.

Tradicionalmente no constituía equívoco sustancial descartar mayores referencias a las consideraciones de eficiencia en cuanto la connotación jurídica se limitaba a parámetros de legalidad, evaluables con mayor o menor espectro y dimensión, en tanto que lo atinente a las modalidades operativas, tales como los propios de Ciencias de la Administración, o bien de elaboración de políticas públicas resultaban postergadas. Sin embargo al presente la nota de eficiencia ha sido plenamente incorporada al espectro normativo, y más aún en varios sistemas, con rango constitucional, extremo que obliga, sin dudas, a actualizar aquellas premisas tradicionales, asimilando a condiciones de legitimidad los términos de eficiencia, sin perjuicio de admitir las notorias diferencias que hacen a su sustantividad y naturaleza, y sin desconocer la evolución histórica que condujo a su consagración y reconocimiento constitucional.

En tal sentido, recordaba DESCALZO GONZÁLEZ² que:

...la eficacia requerida en toda actuación administrativa de la Administración Pública constituye un verdadero principio jurídico del que no obstante su carácter ciertamente genérico o indeterminado cabe extraer de manera resuelta, muy claras consecuencias en orden a la entera organización y actividad de la misma.

Planteada y reconocida la formal juridización del concepto de eficiencia, resulta evidente, dada su notoria gravitación, que el control de la actividad administrativa, preventivo o ulterior, plenamente aceptado en notas de legitimidad, debe también contemplar, con perspectivas, diversas acordes con el objeto de la fiscalización. Tal contralor operará con pautas muy diferenciadas de las que habitualmente entendemos connaturales a las propias de legitimidad, lo cual no implica desconocer la gravitante relevancia de la condición de eficiencia. En efecto, debido a la ya apuntada proficua extensión de los cometidos estatales, las condiciones presupuestarias han adquirido muy particular énfasis prioritario, y a nadie escapa la muy directa vinculación entre un proceder eficiente y la calidad de la erogación fiscal involucrada.

La evaluación de la eficiencia supone técnicas muy diversas de aquellas utilizables en el contralor de la legitimidad, más aún cuando se comprende en su real proyección la vinculación sustancial entre la

² Antonio Descalzo Gonzales, "Eficacia administrativa", *Economía* N° 2, 2012, pp. 145-156.

eficiencia y la concreción del interés general involucrado dado que este por definición supone compleja composición dado la heterogeneidad de los intereses públicos, y consecuentemente, supone también visiones integrales y excluye análisis estancos, en dinámica muy diversa a las propias de la revisión de legitimidad.

Lo expuesto no implica en modo alguno que la condición de eficiencia deba excluir o limitar los alcances de las condiciones ordinarias de legitimidad. Lejos de ello, la acción eficaz debe comprenderse en los carriles ordinarios de la juridicidad plena de la cual es parte constitutiva, entendiendo también que la ley no puede por definición y condicionamiento constitucional exigir comportamientos que tornen impracticable una actuación eficaz. Se trata pues de un abordaje conceptual integral con aptitud hermenéutica amplia enmarcada en los Principios Generales de Derecho Público.

La complementación entre las condiciones de legitimidad y eficiencia es hoy definitoria y hace a la esencia de la actividad pública, por cuanto se estructura en función de una doble finalidad: la interdicción de arbitrariedad y la eficacia de la acción administrativa, y como puntualizara VAQUER CABALLERIA³, *“el ordenamiento jurídico no solo goza de validez y eficiencia formal, sino que persigue tener eficacia material efectividad y eficiencia”*, utilizando la terminología más amplia para precisar el concepto propio de accionar eficiente.

Las aseveraciones precedentes, de notoria evidencia, en cuanto precisan la ineluctable necesidad de una adecuada composición de legitimidad y eficacia, no han sido, sin embargo, tradicionalmente así comprendidas, a punto tal que en varias ocasiones han sido planteadas en condiciones antagónicas. Es del caso referenciar la acotación de NIETO⁴ quien señalara que muchas veces la Administración desquicia su funcionamiento en las vías del Derecho. Las prescripciones constitucionales vigentes revitalizan la juridicidad ínsita en la concepción de eficacia administrativa y por ende sería absurdo desconocer la exigibilidad de su contralor interno, más allá de eventuales revisiones judiciales que plantean disquisiciones jurídicas más complejas.

Así la operativa del contralor de eficiencia deberá contemplar esencialmente factores propios de los regímenes de Políticas Públicas y de Ciencias de la Administración, a diferencia del control de legitimidad, que ha de mantenerse en sus vías tradicionales, pero sustancialmente deberá instrumentarse en el marco de una visión integral de los

³ Marcos Vaquer Caballería, “El criterio de la eficacia en el Derecho Administrativo”, *RAP* N° 186, 2011, pp. 91-135.

⁴ Alejandro Nieto, *La nueva organización del desgobierno*, Ed. Ariel, 2003, Cap. I, pág. 21-42.

intereses generales a cuya consecución se proyecta la acción administrativa evaluada.

2. Aspectos básicos

La consagración constitucional amplia del Estado Social de Derecho acarrea un replanteo sustancial de las consideraciones jurídicas tradicionales aplicables a la gestión pública. En efecto dicha definición constitucional trae aparejadas proyecciones relevantes de activismo estatal, y en especial de dinámica regulatoria, inconcebibles en épocas en las cuales la retracción de la acción estatal se constituía en piedra basal y más aún si se evalúa paralelamente la interacción de los sectores públicos y privados en lugar de la caracterización antagónica anterior.

Consecuente a esa ampliación de la órbita de acción directa estatal, corolario de la expansión de los cometidos estatales y de la exigibilidad directa de una extensa gama de derechos fundamentales, surge gravitante la obligación de un desempeño eficiente en consonancia con las pautas razonablemente exigibles para la consecución de tales objetivos y con adecuado encuadre en las condiciones presupuestarias arbitradas. En tal contexto, el recaudo de eficiencia es equiparable al requerimiento de legalidad⁵ pero dada su naturaleza y sus modalidades no caben a su respecto rígidas posiciones de responsabilidad estatal, de plena aplicabilidad en cuanto a legitimidad forma atañe.

La exigencia de eficiencia debe ser evaluada en parámetros de apreciación integral de la actividad y por ende, no es adaptable a los criterios ordinarios de contralor de legitimidad formal, en las cuales la referencia analítica excluye la visión integral, todo ello por cuanto el objeto último de la estimación es la realización del interés general. Estas dificultades también se agigantan en cuanto las pautas propias, constituidas por los criterios reconocidos en Ciencias de la Administración son de aplicación relativa, dado que mucho difieren los *targets* de la empresa privada y las finalidades propias de los entes públicos, además de las limitantes propias de los esquemas procedimentales públicos.

Se ha señalado con acierto que la ampliación constitucional de los derechos fundamentales ha forzado a un activismo estatal con significativos recaudos eficientistas pero abundando en tal conceptos se visualiza como factor determinante el reconocimiento constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que se constituyen en el centro inequívoco de tal activismo, por su exigibilidad.

⁵ Recuerda VAQUER CABALLERÍA que la eficacia es un concepto final y la eficiencia una noción modal, y como principio jurídico la eficacia es un mandato de optimización mientras que la eficiencia es un conjunto complejo y tecnificado de criterios para dicha optimización. Las nociones de eficacia y eficiencia de la Administración son diferentes pero inescindibles pues la eficacia global pasa por la eficiencia (ob. cit. p. 103).

En efecto, la tendencia tradicional de limitar la prescripción constitucional de los DESC a una condición programática ha sido superada a través de una firme evolución internacional y asimismo en función de la doctrina a favor de plena normatividad intrínseca inherente a toda disposición constitucional.

Lo expuesto no inhibe la debilitación operativa de los DESC, en los supuestos en que el mismo texto constitucional condiciona su vigencia a una definición legislativa previa, no implicando desmedro a su operatividad natural, sino condición constitucional de implementación⁶; siendo del caso poner de relieve que la afirmación de operatividad del derecho, no supone de por sí la efectividad de su tutela judicial, en una visión pragmática, pero sí apunta a la posibilidad real de requerirlo, aun cuando no se hayan previsto las vías procedimentales hábiles, en una normativa específica.

Así, en el régimen constitucional argentino, todos los derechos reconocidos por la Constitución son operativos, y en el caso de los DESC, aun sin jurisprudencia consolidada al respecto, es procedente entender que no existe limitante constitucional que derive la efectividad de su tutela a legislación ulterior especial, en lo atinente a aquellos DESC estatuidos por prescripción constitucional directa. Por el contrario aquellos integrados a la Constitución por prescripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de DESC, reconocen dicho condicionamiento (art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 2 de la Parte II de dicho Pacto Internacional), en función de la denominada “cláusula de progresividad”.

3. Los DESC y la condición de eficiencia

La tutela judicial efectiva hace a la plena exigibilidad de los DESC; y obviamente, su consideración solo puede analizarse cuanto revistan condición operativa directa. A este respecto deben analizarse en segmentos diversos, tres situaciones: **(i)** la exigibilidad de conducta negativas, **(ii)** la procedencia del requerimiento de prestaciones positivas y **(iii)** la problemática especial de la “dependencia legislativa”.

La exigibilidad de conductas negativas, de “no interferencia” es propia de los derechos civiles y políticos (DCP), pero no exclusiva, pues también en numerosos supuestos la adecuada protección de los DESC así se configura (p. ej.: los derechos al medio ambiente y algunos casos de derecho a la salud). Cuando así acaece el tratamiento de DESC y DCP en cuanto a su protección es absolutamente similar, lo cual demuestra que la plena operatividad de los mismos y su cabal tutela judicial no difieren

⁶ Ampliar en Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en *Neo Constitucionalismo*, Ed. Trotta, 2009, pp. 31-47.

de los DCP en su naturaleza, sino en la modalidad de implementación, según fuere la conducta debida exigible.

Por todo ello, ante la exigibilidad de conductas negativas se hace presente el principio establecido en la Opinión General N° 9 del comité de DESC del Pacto, precisando que *"la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe por definición fuera del ámbito de los tribunales, sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes"*.

El principio expuesto no queda desvirtuado por el dispar tratamiento judicial de DCP y DESC cuando se trata de las denominadas "prestaciones positivas", diversidad exclusivamente motivada en las condiciones prácticas de su concreción, pues en general los DCP no requieren conductas debidas positivas.

En cuanto a "prestaciones positivas" debe deslindarse los casos en que las mismas se encuentran predeterminadas por legislación formal o bien por disposiciones reglamentarias que carecen de tal soporte. En el primer supuesto, la tutela judicial efectiva procede cabal en cuanto se trata de exigir conductas debidas, ya estatuidas por normas vigentes, cuya implementación corresponde a órganos ejecutivos. Como es notorio, la exigibilidad se proyecta a la Administración, y la calidad positiva de la prestación no limita su obligatoriedad ordinaria, pues se encuentra predeterminada; salvo el supuesto de que la misma quede condicionada a una habilitación presupuestaria inexistente. Por ello, en estos casos la tutela judicial efectiva, opera en términos ordinario, sin diferencia con los DCP.

Situación diversa surge en el tercer supuesto cuando la habilitación constitucional del DESC está condicionando a la emisión de normativa previa. Dos casos diferentes se presentan en este contexto: (i) aquellos cuya existencia efectiva queda condicionada por definición constitucional, al dictado de una norma legislativa específica; y (ii) aquellos cuya existencia efectiva surge del mismo texto constitucional, y la legislación ulterior ha de precisar la modalidad y funcionamiento de su materialización.

En el primer caso, no cabe exigibilidad por cuanto el DESC en cuestión carece de efectividad directa por el condicionante emergente de la misma Constitución, lo cual impide la configuración de una exigencia efectiva, en su sentido propio, al carecer de precisa conformación del derecho y correlativa conducta debida. Ello no excluye la posibilidad de que la Justicia declare la ilegitimidad de la omisión estatal, aunque no disponga de facultades para compeler a la reparación adecuada, extremo ajeno a una tutela efectiva de valor jurídico cierto.

Por el contrario, en el segundo supuesto, se verifica la existencia de un derecho acabado desde su prescripción constitucional,

constituyendo la omisión legislativa o reglamentaria un obstáculo anti-jurídico para su correcta implementación. En estos casos, ante la configuración de un derecho operativo, proceden las vías procesales para su protección, aunque su exigibilidad correcta, suele limitarse por una eventual autorrestricción judicial en materias que exigen específicos requerimientos dependiente de definiciones legislativas formales.

En síntesis, la operatividad congénita de los DESC puede ver opacada en grado sumo la efectividad de su protección, por limitantes judiciales basada en la ineficacia de las vías procesales idóneas para su satisfacción y en la ausencia de un esquema normativo hábil para suplir las omisiones legislativas; todo lo cual torna de específica gravitación la exigibilidad de conductas administrativas eficientes, con contralor interno preciso.

II. Fundamentos sustanciales

1. Planteo

Entre las notas fundamentales del Derecho Administrativo luce el constante proceso de transformación de su contenido, así como la velocidad y la persistencia de dicho proceso, afirmación de innegable realidad, cuyas consecuencias directas conducen a la configuración de estructuras teóricas de máxima flexibilidad para acompasar sus alcances, preservando al máximo la certera proyección de los Principios Generales de Derecho que arbitran el plexo vertebral del derecho público liberal aplicable⁷.

En sentido equivalente, GARRIDO FALLA en su obra “Las Transformaciones del Régimen Administrativo”, publicada en la década de 1950 sostenía, a partir del análisis del desarrollo de ciertos institutos, que las constantes modificaciones del accionar estatal, tanto en lo que se refiere a su estructura como a sus alcances, obligaba necesariamente a la adecuación de las mismas, a las exigencias de las nuevas realidades, habilitando su continuidad en un contexto de severa movilidad.

Tales aseveraciones de estos calificados juristas son terminantes en evidenciar la relevancia de este fenómeno evolutivo que hace a la esencia del Derecho Administrativo, pese a lo cual en líneas generales, no ha sido comprendido en su debida magnitud en su tratamiento doctrinario específico y menos en su gravitación real sobre los institutos y figuras del Régimen Administrativo.

Ya en 1897 el profesor VITTORIO ORLANDO señalaba que *“ninguna rama del Derecho se ocupa tanto del mundo moderno como el*

⁷ Javier Barnes, “El Derecho Administrativo como el verdadero Derecho de la Sociedad”, *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo* N° 1, 2016, pp. 45-48.

Derecho Administrativo", y esa aseveración del Maestro del Derecho Administrativo italiano, la corrobora el profesor CASSESE quien afirma que el "*Derecho Administrativo posee una enorme extensión que no es paragonable a la de cualquier otra rama del Derecho*", pues dirige las Administraciones Públicas y la vida social, constituyéndose en el Derecho de la Sociedad Organizada, ambos en nítida deferencia a la proyección normativa ordenadora del Régimen Administrativo, sobre un amplio espectro de la vida social definida básicamente a través de las acciones de la Administración⁸.

Indudablemente, algunas precisiones, con más de una centuria de diferencia entre ambas, presentan un Derecho de tal dinamismo, que pese a la vertiginosa calidad y profundidad de los cambios sociales acaecidos en el siglo, mantiene la vigencia de su supremacía, fundamentalmente por su directa conectividad con el actor principal de la evolución social: el Estado, y primordialmente en su espectro, la Administración; pero claro está, el Estado, no solo por acción directa sino a consecuencia de los requerimientos sociales, como receptor de los mismos, y con la integración y participación activa del sector privado.

He aquí un aspecto crucial, de aquel Derecho Administrativo finisecular, afincado en la acción directa estatal, en el régimen de los servicios públicos, en la preocupación por la delimitación correcta del intervencionismo público, y en clarificaciones sobre la contextura dicotómica (Autoridad ante Libertad) del régimen publicístico; mientras que hoy nos enfrentamos a un contexto en el cual el dinamismo del sector privado lo convierte en actor complementario inexcusable de las políticas públicas, en un titular de derechos fundamentales exigibles de conductas públicas activas, y en un responsable directo de la consecución de cometidos estatales de interés general, triple rol en el cual no es excepcional que en sí confluyan a la vez derechos y obligaciones con visos de contradicción.

Así, en la fraseología de los distinguidos profesores italianos referidos, evolucionamos del Derecho de la Administración al Derecho de la Sociedad, pero su trascendencia jurídica en la normatividad social se mantiene incólume.

2. La necesaria adecuación de cometidos y su proyección sobre la condición de eficiencia

Las premisas expuestas conducen ineluctablemente a contemplar la necesidad de adecuar el valioso instrumental jurídico tradicional a las nuevas realidades sociales y constitucionales a afrontar, y ello de por sí,

⁸ Sabino Cassese, *Derecho Administrativo: Historia y futuro*, Global Law Press, 2014, pp. 447-459.

obliga al reconocimiento previo de los cometidos públicos a satisfacer, y en su función perfilar correctamente su utilización.

Algunos de estos aspectos se presentan como singularmente novedosos. Así cabe destacar como tales a la expansión de derechos fundamentales de exigibilidad directa de acciones públicas positivas eficientes o bien, la concatenación del accionar público-privado, con derivaciones normativas al sector privado; pero, todo ello bien puede enmarcarse en los carriles doctrinarios tradicionales, a condición de que fortalezcamos una visión realista, y no confundamos lo instrumental con lo sustancial.

Considerando la naturaleza instrumental que ostenta el orden jurídico, como elemento básico en toda técnica de organización social, surge con evidencia, esencialmente, la consecuente necesidad de una constante readaptación acompasada con las transformaciones sociopolíticas, incluido el vector económico, que cada sociedad exige en función de su desarrollo histórico; y esta connotación propia del plexo jurídico en plenitud, se exagera en el Derecho Administrativo, sea cual fuere la definición o caracterización sustancial que se pretenda, pues conforma básicamente el régimen jurídico de la Administración, brazo ejecutivo del Estado, y por ende aquel debe operar con continuidad y eficiencia, para la debida satisfacción de los cometidos estatales que la sociedad civil en instancias diversas determina. Y es desde ya imperioso preferenciar la nota de eficiencia en sentido lato, históricamente delegada en los análisis jurídicos administrativistas y hoy reconocida con nivel constitucional.

Al respecto cabe recordar que el profesor Scmuck⁹ señalaba, en un severo análisis sobre la necesidad de la legitimación política de las agencias públicas, es decir de la Administración, que, sin perjuicio de que su legitimidad constitucional resulte cabalmente consolidada, es necesario apuntalar su legitimación política, extremo urgente en la actualidad, con mayor rigor aún que en los tiempos del New Deal; y en tal sentido, puntualizó que aunque tradicionalmente la conformación política de Estados Unidos no se había sentido proclive al "Administrative State", la condición de eficiencia como elemento definitorio de legitimación, se proyectó como uno de los principales sustentos del "New Deal".

Es relevante el aspecto evolutivo hacia la eficiencia de la actuación de la Administración y, por tanto, a una configuración de un Derecho Administrativo que le da sustancial basamento esbozando un tratamiento normativo en el cual la condición de legitimidad formal no sea la única variable a controlar y precisar sino que también la eficiencia sea

⁹ *Foundations of Administrative Law*, Peter Scmuck Foundation Press, New York, 2004, pp. 7-14. James Landis, *The Administrative Process*, Yale University Press, 1938.

objeto de un adecuado contralor administrativo más aun cuando tradicionalmente ha sido ajena a una pertinente revisión judicial ulterior.

Perfilada así, a grandes trazos, la relevancia superior de esta connotación evolutiva corresponde precisar que sus alcances no apuntan sólo y exclusivamente a un análisis individualizado de sus principales figuras jurídicas, sino que lejos de ello, alude a los aspectos vertebrales de su estructuración.

Por ello, es imperioso enfocar correctamente el objetivo final a cuya consecución tienden los instrumentos jurídicos esenciales del Régimen administrativo, pues precisamente tal vector finalista constituirá el epicentro interpretativo que facilitará la integración contextual de dichos instrumentos, los cuales en reiteradas ocasiones, presentan individualmente grados de evolución diversos, y por ende, requieren, como se señalara, de una fuerte interpretación contextual integral, para evitar contradicciones soslayables. Es relevante puntualizar que la condición de eficiencia supone de por sí la conformación de una visión integral del accionar administrativo.

Así pues, sin riesgo de equívocos, cabe sostener que, en una maraña de institutos dispersos, la alternativa válida excluyente es la debida apreciación de los cometidos a cumplimentar, y en su consecuencia, precisar con algún grado de certeza y precisión los alcances de los instrumentos jurídicos que el Régimen administrativo habilita para su consecución. Tal es una primera aproximación clave para la valoración de una gestión eficiente y se constituye en el parámetro central de una correcta configuración de un control administrativo de la Administración, que también debe adentrarse en la apreciación de su actividad reglamentaria involucrada.

En el campo específico de los esquemas regulatorios y su análisis sobre su condición de eficiencia, el profesor OFFE insiste en la consideración de la condición del ciudadano, que sin perjuicio de ser el generador primario de la autoridad estatal, queda potencialmente amenazado por la coerción pública y dependiente de los servicios y provisiones organizadas por el Estado; y al respecto apunta a la composición de un modelo estable, en la comunión de los principios básicos del *rule of law* y del *welfare state*, en el marco de una *representative democracy*, con pautas de eficiencia en la conformación práctica de los cometidos estatales, derivados de dichos principios¹⁰.

En esta proyección analítica, tampoco cabe obviar que la generación de nuevos cometidos estatales, propios del *Welfare State*, y más aún del Estado Social de Derecho y sus sucedáneos, no implica exclusión

¹⁰ Claus Offe, *Modernity and the State*, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, 1996, pp. 72-74, 81-85 y 147-157.

de objetivos anteriores ni mera yuxtaposición, sino muy por el contrario, como liminarmente se refería *ut supra*, supone ampliación y consecuente prelación de finalidades o cometidos no excluyentes, en continua expansión como bien recuerda CASS SUSTEIN en la configuración de los llamados nuevos *Bill of Rights*¹¹.

Este parámetro, que si bien, en muchas ocasiones, no ha sido objeto del debido reconocimiento en numerosos textos constitucionales clásicos, se evidencia en forma expresa en los desarrollos constitucionales modernos donde la vasta ampliación de derechos fundamentales con protección constitucional conduce a serias dificultades interpretativas, para evitar colisión indiscriminada de derechos; forzando clasificaciones heterodoxas al constitucionalismo tradicional, con derechos de distinta generación justificativos de prelación en sus alcances, en pos de interpretaciones integrativas que eviten demerito constitucional. Aunque en correcta hermenéutica, la única distinción relativa relevante, debe originarse de la diversidad del régimen de garantías (v.gr. Constitución Española de 1978)¹².

Esa ampliación del espectro de los derechos fundamentales se configura básicamente por la incorporación de los DESC en un proceso de constitucionalización de los mismos, precedido por un amplio reconocimiento internacional formalizado en diversos tratados. La tendencia internacional apunta a su interpretación cabal en un plexo normativo unitario, abarcativo del conjunto de los DESC, sin perjuicio de su enumeración específica; y paralelamente, en contraposición a los DESC, se difunde también un espectro unitario de los derechos civiles y políticos (DCP), lo cual se proyecta en regímenes diferenciales de garantías entre DESC y DCP. Como se expusiera en parágrafos anteriores, en principio, los DCP gozan de reconocimiento constitucional directo, mientras que la normativa internacional prefiere un esquema de "progresividad", condicionado a aspectos técnicos y económicos, para la plena vigencia de los DESC.

Históricamente, la doctrina tradicional postula que el Derecho Administrativo se configuró en función de la dicotomía antagónica entre la autoridad estatal y la protección de los derechos de los administrados, apuntando sustancialmente a la conformación de un régimen jurídico protector que impidiera o limitara significativamente la posibilidad de abusos de la preeminencia estatal, fundada en la preferencia jurídica que la consecución de intereses público habilita; pero como bien ha sostenido PAREJO ALFONSO, la evolución se proyecta en un panorama del

¹¹ Cass R. Sunstein, *La revolución en los Derechos*, Ed. Universidad Ramón Areces, 1990, pp. XV a XIX.

¹² Silvio Basile, "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", *Estudio sistemático de la Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 263 y 55.

Derecho Administrativo no monopolizado ni siquiera protagonizado por la clásica relación bilateral Administración-administrado singularizada por lo cual “*la construcción de la relación jurídico-administrativa como establecida entre dos sujetos con status bien definido y único es insuficiente para explicar el conjunto de relaciones de la Administración*”¹³.

De esta forma, sin invalidar en modo alguno esta concepción tradicional, de plena y muy justificada vigencia, no es procedente desconocer que nuevos aspectos que también hacen a la esencia de la acción administrativa, deben serle integrados; y entre ellos, cabe especial énfasis en el principio de eficiencia en la gestión de los cometidos estatales y en particular en la prestación de servicios públicos en sentido amplio, como hoy se reconoce con amplia recepción constitucional.

Tal condición de “eficiencia”, en líneas generales, exige la consideración de derivados que conjugan con la acción estatal para satisfacer cometidos de mayor complejidad, por configurarse con elementos económico sociales de apreciación internacional, respecto a las cuales los alcances de la soberanía tradicional ha quedado severamente limitada, y en algunos supuestos, cercenada¹⁴. Y, obviamente, tratándose de conductas exigibles a la Administración, mal podríamos excluir consideraciones amplias de control administrativo a su respecto.

III. Parámetros sustanciales a considerar

En sumario análisis de muy limitada extensión, y por ende susceptible de objeciones por no integrar suficientemente a otros factores influyentes, cabe sostener la prioridad de composición de dos parámetros sustanciales: la debida protección de los derechos de los administrados, y la eficiente consecución de los cometidos estatales. En cuanto a estos últimos, si bien alguna doctrina pretende enmarcarlos en una amplia

¹³ Luciano Parejo Alfonso, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, pp. 12-30.

¹⁴ Juan Alli Aranguren, *Derecho Administrativo y Globalización*, Cívitas Ediciones, Madrid, 2004, pp. 247-272. Es interesante verificar que en el orden jurídico europeo la primacía de la ética de los derechos humanos constituye una clave de interpretación y de legitimación del orden jurídico que conduce necesariamente a una aproximación de los sistemas jurídicos nacionales al aplicar las mismas normas y jurisprudencia. En el mismo sentido, RICARDO FALK, de Princeton University, señala que debe contemplarse junto con una globalización de alto nivel (“globalization from above”) basada en Estados líderes, una globalización “de abajo” (“globalization from below”) que apunta a la configuración de una comunidad universal (“one world community”) animada, entre otras, por preocupaciones ambientales, derechos humanos y proyecciones sociales, que infunden contenido especial a las relaciones jurídicas administrativas, al conjuro de proyecciones universales, que tienden a normativizarse, en detrimento de parámetros tradicionales de soberanía. *Global Visions, Beyond The New World Order*, Southend Press, Boston, pp. IX-XVII y 39-48.

concepción del servicio público, su constante expansión y complejidad de realización, torna inocuo y poco certero su integración en conceptualizaciones unitarias¹⁵.

Tampoco se adicionarían mayores clarificaciones enmarcando el segundo término de la ecuación bajo un concepto amplio de interés público, pues su mutabilidad en términos espaciales y temporales, es manifiesta. Así, solíamos ejemplificar la nota diferencial sustancial entre la relación de derecho público y la relación jurídica privada, conforme a su mayor o menor distancia al interés público comprometido, simbolizando a este como una llama cuyo calor irradiado dotaba de tono publicístico las relaciones jurídicas en función de su cercanía, con la grave dificultad adicional, de no tratarse de una llama inmóvil, sino por el contrario de alta movilidad espacio temporal.

El esquema sustancial del régimen jurídico administrativo debe elucidarse bajo la condición básica de generar el instrumental jurídico adecuado para habilitar a la Administración la eficiente prestación de los servicios inherentes a los cometidos estatales mutables, con debida protección de los derechos constitucionales de los administrados, en coherente prelación interpretativa, conforme a la generación de los derechos que se trate, y con el necesario ajuste entre derechos individuales y de acción colectiva, de habitual conflictividad intrínseca.

Constituye un aspecto decisivo entender el régimen jurídico administrativo en este marco, lo cual de por sí, libera de equívocos, que en muchas ocasiones, han impedido o bien dificultado seriamente el desarrollo pleno de figuras jurídicas de cuño administrativista. Típico ejemplo

¹⁵ Paula Ilveskivi, "Fundamental Social Rights in the Finnish Constitution" *The Welfare State and Constitutionalism in the Nordic Countries*, Copenhagen, Denmark, 2001, pp. 219-245. Revela particular interés la conformación de la concepción de los derechos fundamentales en la doctrina legal finlandesa, en la cual se plantean en una dicotomía calificable como status negativo o status positivo. La dimensión negativa de los derechos fundamentales se enfatizaba por décadas hasta la reforma constitucional de 1993, pues hasta entonces los derechos fundamentales apuntaban a la protección individual frente a los poderes públicos, especialmente por la legislatura. Por el contrario, la prevalencia de la perspectiva positiva debe ser comprendida no solo como protección contra la violación de derechos individuales, sino como justificativo de requerimiento de medidas activas, a través de las cuales las autoridades públicas deben garantizar derechos. AGUST THOR ARNASON refiere que en la generación de las constituciones escritas se proyectaba esencialmente la lucha por el reconocimiento de derechos políticos, y en general de los DC y P, por lo cual no es extraño ver en el nacimiento del constitucionalismo escrito, la ausencia de principios de *social welfare*, lo cual no excluye la visión presente de que tanto DC y P como DESC, se encuentran en el centro del concepto de derechos humanos, avalado por la Comunidad Internacional (A.T. Arnason, *Constitutionalism: Popular Legitimacy of the State en Welfare State and Constitutionalism-Nordic Perspectives*). Y, es precisamente para la debida exigibilidad de los derechos sociales, cuando la eficiencia se constituye en valor determinante de la acción estatal.

de tales limitantes, han sido las consabidas forzadas relaciones con institutos de Derecho Civil; extremo lógicamente inapropiado, pues siendo de absoluta evidencia las proyecciones y finalidades diversas entre ambos regímenes jurídicos, se hace indispensable un muy prudente tratamiento de semejanzas que habiliten esquemas de analogía, o bien interpretaciones integrativas.

Así, ya un principio básico de lógica aristotélica indica que las cosas se diferencian en función de una cualidad común, lo cual no es una referencia paradójica, sino un nítido elemento lógico que facilita entre otras, la clasificación entre género y especies; y precisamente, la diferencia no se estructura *in se*, sino sobre las bases de un criterio selector exterior a las cosas diferenciales, que se concreta en relación a la finalidad pretendida y en cuyo análisis, las consideraciones que hagan procedente la cumplimentación eficiente de los cometidos exigibles se perfilan en un papel relevante.

Por ello, si se apunta a asimilaciones o diferencias jurídicas, el criterio selector debe ser el régimen jurídico aplicable, y dado el carácter instrumental que reviste la normativa, la distinción opera en función de la finalidad que hace a la esencia del régimen. Consecuentemente, siendo indubitable la cabal distinción de la naturaleza de la relación de derecho público ante aquella de cuño civilista, no caben asimilaciones amplias, lo cual no excluye la existencia de institutos con notas comunes, o bien de figuras que por razón histórica surgen del tenor de las prescripciones del Código Civil, extremo que como anteriormente se señalara, no justifica de por sí, arbitrarias asimilaciones.

En esta perspectiva, muchos son los ejemplos que podrían precisarse, y quizás el tema del régimen de la responsabilidad del Estado reviste un carácter claramente representativo por su muy especial significado respecto de los alcances de la conectividad entre institutos de derecho público y aquellos de cuño privado; y a cuyo respecto es gravitante el análisis integral, que la condición de eficiencia, exige.

La concepción jurídica de la responsabilidad no es exclusiva del régimen público o bien del derecho privado, sino que los excede, configurándose a un orden superior a ambos comprensivo, lo cual no impide observar, que se implementa a través de modalidades y alcances diferentes. En el campo de la responsabilidad del Estado, el efecto presupuestario contingente asume un rol relevante ausente en el régimen privado, mientras en éste, las transformaciones acaecidas en décadas pasadas respecto al factor de atribución han sido reflejadas con mayor intensidad que en el régimen público.

Es de sumo interés, evaluar la evolución de la responsabilidad civil, en cuyo origen y concepción tradicional el aspecto subjetivo de la culpabilidad asumía función relevante y primigenia; y por el contrario, al

presente, la calidad del daño configurado y la capacidad económica de asumirlo determina el criterio sustancial para apreciar la responsabilidad emergente, transformándose el régimen ancestral de responsabilidad en el llamado “derecho de daños”.

Por el contrario, el análisis de la responsabilidad del Estado, instituto propio del Derecho Público, obliga a precisar su real dimensión en el contexto del esquema global de cometidos estatales a cumplimentar, de modo tal de no conformar un régimen de responsabilidad de corte faraónico cuya gravitación presupuestaria actué en el detrimento del eficiente cumplimiento de los cometidos antedichos¹⁶. Esta nota peculiar del régimen público, es muy ajena a consideraciones propias de derecho privado, dado que el análisis de los institutos de Derecho Administrativos carece de sentido sin su contextualización y valoración de conjunto, en función de un vector final: habilidad instrumental para la eficiente satisfacción de cometidos estatales, sin agravio de derechos individuales, constitucionalmente reconocidos.

Por ello, en lo atinente a la responsabilidad del Estado, la barrera presupuestaria supone limitantes de alto significado, más aún al presente, cuando sus connotaciones internacionales obligan a un muy delicado tratamiento, como lo acreditan los extremos presupuestarios estructurales de la Unión Europea, y su incidencia constitucional (art. 135 Const. Española).

En ningún caso puede excluirse una visión integradora de la acción pública, concatenando el debido respeto de los derechos de los administrados con la definición del móvil régimen jurídico para el eficiente cumplimiento de los cometidos estatales constitucionalmente impuestos. En este marco, no cabe ya apuntar a responsabilidades del Estado de alcances paquidérmicos, sino que corresponde precisar sus límites, dejando de lado el antiguo dogma de que el mejor sistema de responsabilidades administrativas era el más amplio posible y es necesario descartar sistemas que constituyan criterios de responsabilidad objetiva global de la Administración, con carácter excluyente.

¹⁶ Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 120-132. El autor señala con precisión que las transformaciones a las cuales se ha visto sometido el Estado Contemporáneo ha traído consigo un cambio no menos profundo de la naturaleza y funciones del Derecho, provocando la obsolescencia de algunas instituciones y categorías jurídicas tradicionales, antes de que acabaran de cristalizar otras alternativas. Así “a lo largo del siglo XIX la doctrina jurídica elaboro un paradigma de Derecho Público de signo negativo que giraba en torno a al concepto del límite”. Tal paradigma permanece en vigor y su necesidad es indubitable como manifiesta es su incapacidad para satisfacer los requerimientos del Estado Social de Derecho, con razonable eficiencia.

En breve conclusión, en los institutos de Derecho Público la interpretación integrativa en función de criterios finalistas, definidos por la gestión eficiente de los cometidos estatales es una necesidad, a la inversa del régimen privado, en el cual carece de esa esencia vertebral.

En esta línea de pensamiento, DE JUAN ASENJO, al aludir a los preceptos del capítulo III del Título I de la Constitución Española, admite que el texto constitucional niega eficacia subjetiva e inmediata a los derechos sociales, pero dado su reconocimiento como principios del ordenamiento jurídico surge la necesidad de que los poderes públicos los “*respeten y protejan*”; y con tales miras, considera que califican de eficacia negativa y positiva, conforme a los siguientes parámetros: **(i)** eficacia negativa o impeditiva válida para conformar “*la ilegitimidad de las acciones de los poderes públicos que se muevan en dirección contraria a la marcada por esos objetivos orientadores*” y **(ii)** eficacia positiva o legitimadora en cuanto postula “*la auto enajenación a los poderes públicos para ejercer sus competencias*” en tal dirección, en una concepción dinámica constitucional.

No puede soslayarse tampoco la incidencia del fenómeno del intervencionismo estatal y de las consecuencias propias del Estado Social de Derecho en la evolución del Derecho Administrativo, por su proyección directa en la ampliación de los cometidos estatales y en la mayor precisión constitucional para su debida consecución aunque el amplio reconocimiento doctrinario del fenómeno, torna inapropiado su desarrollo en esta instancia.

Por el contrario, merece especial énfasis el enfoque de la configuración de notas del Derecho “postmoderno”, que si bien no son exclusivas del Derecho Administrativo, le alcanzan en plenitud y se proyectan sobre los alcances de la exigibilidad y de un accionar eficiente.

Al respecto cabe recordar a ALLI ARANGUREN¹⁷ quien señala que a diferencia del Derecho Moderno caracterizado por su sistematización, su generalidad basada en conceptos generales concatenados y su estabilidad, la posmodernidad implica que los derechos son relativos, que existe una complejidad de fuentes creadoras de normas jurídicas, y que se “*impone el pragmatismo, la flexibilidad y la adaptación*”. Así el autor señala entre las notas básicas de las concepciones postmodernas: **(i)** el pluralismo de las fuentes de derecho, **(ii)** el desconocimiento de un poder normativo intrínseco, **(iii)** flexibilidad y adaptabilidad normativa, **(iv)** contenido técnico de las normas, **(v)** preponderancia de su instrumentalidad. Obviamente, en tal contexto, se generan perspectivas amplias para las figuras del *soft law*; y como telón de fondo, surge notoria la figura de la gestión eficiente como soporte angular del sistema.

¹⁷ Alli Aranguren, ob. cit., pp. 167-177.

En efecto, así como el Derecho Moderno se caracterizó por su sistematización, estabilidad y generalidad, basada en conceptos abstractos, el derecho “postmoderno” es esencialmente relativo, con heterogeneidad y complejidad de fuentes normativas, y sus notas propias son el pragmatismo y la flexibilidad. Esta sucinta descripción desde ya, perfila una correlación sustancial con las connotaciones insertas en la acción eficiente de la Administración, y por ende, con su régimen jurídico.

La impronta del derecho “postmoderno”, con clara preponderancia de la instrumentalidad y del pluralismo de fuentes mucho se compadece con principios de eficiencia de la gestión administrativa, y también se ajusta liminarmente con el desgajamiento de la noción tradicional de la soberanía estatal, acosada al nivel superior por regulaciones internacionales de aplicación directas (p. ej. normas comunitarias), y en el otro extremo por regulaciones locales de entes territoriales con habilitación normativa (p. ej. Comunidades Autónomas en España).

Acápíte de especial relevancia constituye la preponderancia adquirida por el rol del reglamento, en cuanto atiende a la eficiencia de la acción administrativa, en desmedro de la prelación tradicional a favor del acto administrativo. Precisamente, la ampliación de la gestión de la Administración, exigida por el “Welfare State”, o bien por el Estado Social de Derecho, conjugada con el aludido requerimiento de eficiencia en la consecución de los cometidos han convertido al acto reglamentario, en el instrumento hábil de la gestión de la Administración Pública.

Completando este sucinto panorama corresponde referir la importancia adquirida por el Derecho Administrativo especial en cuanto se adecua a necesidades específicas a gestionar, y el cual sin desmedro de los principios generales permite, mediante una focalización directa, estructurar el instrumental normativo adecuado a las exigencias que el cumplimiento eficiente de los cometidos determina, no siendo sobreabundante reiterar que el pragmatismo involucrado apunta a una flexibilidad normativa, a través de interpretaciones hábiles, lejos de criterios emergentes de clasificaciones anticuadas, con evidentes incongruencias ante las transformaciones que la gestión eficiente de cometidos estatales exige.

Sin adentrarse en la profundización del espectro moderno de la intervención administrativa, puede verificarse que la acción positiva de la Administración excede ampliamente la órbita tradicional del servicio público, para adentrarse en técnicas de fomento y en especial de policía administrativa. Ello constituye un fenómeno especial moderno, pues los prismas tradicionales administrativistas ordinariamente entendían las técnicas policiales como limitativas de derechos individuales, y por ende negatorias o restrictivas de la actividad privada, cuando hoy precisamente se configura la situación inversa, pues tales técnicas pueden bien orientarse de por sí también a ampliar y mejorar el campo de las

acciones privadas. He ahí una clara correspondencia con el enfoque del Derecho Administrativo como Derecho de la Sociedad.

La complejidad de los cometidos cuya consecución compete al Estado, obliga a éste, además de su de acción directa, a generar campos de ajustada delimitación para que la actividad privada se desarrolle con amplitud coadyuvando a la realización de tales finalidades, para lo cual la utilización de técnicas policiales adquieren connotaciones positivas de beneficio directo para la actividad privada en su conjunto (p. ej. normativa regulatoria del régimen de Defensa de la Competencia); a lo cual debe sumarse una adecuada complementación con los esquemas propios de una correcta y extensa aplicabilidad del principio de subsidiariedad.

IV. Condición de eficiencia en la gestión estatal

Los aspectos puntuales reseñados, constituyen elementos orientados a la condición de eficiencia en la gestión estatal a través de la Administración, con la conceptualización cabal del carácter instrumental de un régimen jurídico, lo cual no inhibe la legítima preocupación de la doctrina tradicional por el debido resguardo de los derechos individuales ante los abusos, reales o eventuales, falazmente justificados con referencia al interés público comprometido, representado excluyentemente por la Administración.

En realidad, hoy se trata de concatenar hábilmente ambos factores, para lo cual el Derecho Administrativo debe activar su calidad intrínseca de flexibilidad y capacidad de adaptación, para evitar la profundización del fenómeno conocido como “huida del Derecho Administrativo”. En tal sentido, ALLI ARANGUREN textualmente señala que *“el Derecho Administrativo se halla hoy en una agonía, en sentido griego de lucha y contienda, por servir a la persona a sus derechos y libertades, tratando de hacerlos efectivos como supremo interés general”*.

Cabe hoy la insistencia en la necesidad de dotar a la Administración del instrumental jurídico adecuado a la eficiente acción administrativa, en función de los cometidos a cumplimentar, susceptibles de muy rápida modificación evolutiva, en función de las exigencias sociopolíticas de la comunidad; y para ello, debe variarse sustancialmente la prelación tradicional de institutos administrativos.

Sin perjuicio de ello con muy especial énfasis debe valorarse que la eficiencia esté directamente concatenada con el principio básico de cabal respeto de derechos individuales, en constante expansión, aspecto que aún no se ha receptado en su debida dimensión, dada la sanción constitucional de un amplísimo abanico de derechos de distinta generación y complicada integración, y con la certeza de que la ampliación notoria de los derechos fundamentales, arbitrada por el llamado

Neoconstitucionalismo, apuntala el activismo estatal, lo cual naturalmente exige un mejoramiento de las técnicas garantistas tradicionales, y una afirmación plena y coherente del principio de tutela judicial efectiva.

El régimen administrativo tradicional se estructuró en relación con dos polos opuestos simbolizables como la oposición entre libertad y autoridad, apuntando a configurar regímenes de equilibrio que conjugaran márgenes razonables de libertad, que hacían a los derechos constitucionales de los administrados, con un marco aceptable para el ejercicio de las competencias públicas, orientadas a la satisfacción de intereses generales de la comunidad.

En este contexto bipolar, el acento mayor se puso en el sector considerado más débil, presente en tal relación como parte minusválida y, por ello, la proyección tuitiva del régimen administrativo tradicional, en el cual la protección de los derechos de los administrados constituyó el aspecto cardinal.

Con la irrupción de la amplia gama de derechos fundamentales y la habilitación constitucional del requerimiento de eficiencia se suma un nuevo elemento sustancial en la relación bipolar descrita, pues se configura una afirmación contundente de la obligatoriedad constitucional de conductas activas con condición de eficiencia al Estado. No es esto totalmente nuevo porque siempre la satisfacción debida de intereses públicos fue obligación pública, pero sin duda este planteo constitucional de severa gravitación, consecuente con la formulación del Estado Social de Derecho, proyectó con contundencia especial este requerimiento, a punto tal de interponer en aquella condición binómica un tercer elemento: la acción positiva eficiente.

Por ello, en la actualidad, los institutos administrativos deben contemplar estos tres aspectos con especial y similar relevancia; es decir, en modo alguno se descuidan los anteriores y tampoco puede menoscabarse la condición proteccionista, sino que corresponde adicionar y correlacionar el nuevo elemento. No son tiempos de reformulaciones, sino de adecuaciones interpretativas.

En suma, los institutos deben integrarse en un plexo superior definido por el vector sustancial de la actividad exigible a la Administración, precisado en la conjunción integral de los tres elementos aludidos.

Finalmente, corresponde puntualizar que precisamente la mutabilidad de los cometidos y su consecuente incidencia sobre el régimen jurídico aplicable hace necesario dotar a éste de la calidad de flexibilidad operativa razonable para evitar bruscos cambios normativos que habiliten perspectivas evolutivas sin sobresaltos. En tal sentido, el notorio desarrollo reciente del *soft law* presenta pautas precisas de los requerimientos de flexibilidad. No cabe olvidar que los esquemas de

codificación, si bien implicaron tradicionalmente un eslabón relevante de evolución jurídica, no pueden escapar a su naturaleza estratificante que poco condice con sistemas legales que requieren constantes adecuaciones y, por ende, la solución viable consiste en dotar al *hard law* de la amplitud necesaria para facilitar los procesos de adecuación sin cortes bruscos que deterioren los avances doctrinarios y jurisprudenciales concentrados en su marco.

La consecuencia obvia de habilitar esquemas de flexibilidad operativa exige el requerimiento formal de una sólida rigidez y contundencia constitucional, que establezca con singular gravitación el marco rígido en el cual pueda desenvolverse la flexibilidad normativa apuntada. Y, a todas luces, tal rigidez implica naturalmente limitantes severas para modificaciones o enmiendas constitucionales que sólo deberían proceder muy excepcionalmente cuando las variaciones en los alcances de los cometidos estatales supongan variación sustancial del modelo del Estado que la Sociedad exija.

Reflexiones finales

La expansión de los derechos fundamentales y en modo muy especial lo atinente a los DESC, sumado a los amplios cauces que el neoconstitucionalismo ha habilitado en el marco del Estado Social de Derecho, provocaron una exacerbación de la actividad estatal directa o indirecta. Por ello se ha ampliado paralelamente el alcance del intervencionismo estatal, lo cual en modo alguno implica acción directa pública sino adecuada concatenación de la iniciativa económica pública con la iniciativa privada, que en la práctica se visualiza a través de una notoria dinámica regulatoria y un pujante despertar del *soft law*.

Dichas notas aparejan de por sí una especial gravitación del concepto de eficiencia en cuanto en todo esquema proactivo subyace con énfasis la necesidad de una debida integración entre recursos disponibles y cometidos a cumplimentar a través de la concreción de procedimientos hábiles al efecto. Estas consideraciones se manifiestan con mayor contundencia cuando las limitantes presupuestarias además de las severas razones económicas que las fundamentan revisten sesgo constitucional (v.gr. Art. 135 de la Constitución Española).

Las dificultades señaladas se agigantan en materia de contralor en cuanto los criterios de revisión de legitimidad presentan una contextura y una tradición que aseguran pautas precisas de valoración, lo cual no acaece en el análisis de las condiciones de eficiencia más aún cuando en estas últimas no surge con claridad y gravitación el *caveat* de los alcances del principio de tutela judicial efectiva. Esta falencia torna determinante la necesidad de configurar un esquema de contralor administrativo de la eficiencia que no sólo hace a una correcta gestión pública sino

que se constituye en un relevante garantía para el particular de la operatividad de principios de Buena Administración en tópicos respecto a los cuales no se visualiza con evidencia una revisión judicial certera.

Doctrinas modernas tienden a equiparar la condición de legalidad a la de eficiencia¹⁸, lo cual por simple desarrollo lógico conduce a la afirmación de la necesidad de su contralor administrativo, en parámetros asimilables al control de legalidad sin desmedro de las dificultades referidos, pero también es dable poner de relieve que las mismas se agudizan en materia de regulación. En efecto, la naturaleza de la actividad reglamentaria obliga a un debido contralor preventivo pues la revisión *post-facto* supone serias dificultades interpretativas sobre sus alcances.

Estas consideraciones adquieren interés especial si avanzamos en una visión global del Derecho Administrativo como Derecho de la Sociedad lo cual supone una especial dinámica regulatoria con profusión normativa abierta de nivel *sub-lege* y en clara consistencia directa con la acción privada en la consecución de los objetivos públicos económicos y sociales constitutivos del interés general. Nuevamente surge la necesidad de enfoques integrales respecto a la evaluación de la eficiencia en contraposición al enfoque analítico y particularizado que caracteriza a los controles de legitimidad.

La condición de eficiencia se manifiesta en todo aspecto de la actividad administrativa y debe ser evaluada sin desmedro alguno de las condiciones de legalidad, extrema que en muchas ocasiones alumbra dificultades de correcta concatenación que deben ser dirimidas con los criterios de ponderación habilitadas en una estricta aplicación de los principios generales de Derecho Público, superadores de atisbos positivistas previos.

Estas apreciaciones adquieren mayor relevancia al vislumbrarse el Derecho Administrativo como genuino Derecho de la Sociedad, dado que, al decir del profesor BARNES "*buena parte de sus normas tienen por objeto propio el establecimiento de una sociedad organizada y no imponer un mandato a la Administración*"¹⁹. ■

¹⁸ G. Gardaiz Ondarza, "El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XXIII, 2002, pp. 323-340.

¹⁹ Barnes, ob. cit., p. 43.

Derechos políticos, potestad disciplinaria y convencionalidad. Reflexiones en torno al caso colombiano en el contexto del sistema de fuentes del Derecho interamericano

Juan Camilo AMADO GARZÓN* y Juan Gabriel ROJAS LÓPEZ^A

REDAV, N° 27, 2023, pp. 31-48

Resumen: El artículo estudia el ejercicio de la potestad sancionatoria en el Derecho colombiano y como la misma, en ocasiones, se ha tergiversado para impedir el ejercicio de los derechos políticos de los sancionados en contravención de lo previsto en el Derecho convencional.

Palabras clave: CADH – Derechos políticos – Potestad sancionatoria.

Abstract: *The article studies the exercise of the sanctioning power in Colombian Law and how it, on occasions, has been distorted to prevent the exercise of the political rights of those sanctioned in contravention of the provisions of conventional Law.*

Keywords: CADH – Political rights – Sanctioning power.

Recibido

18-06-2024

Aceptado

22-07-2024

Introducción

Los últimos años han representado un cisma en el derecho disciplinario colombiano a raíz de las repercusiones que han traído consigo las decisiones que se han adoptado tanto en el orden interno¹, como en el contexto interamericano², con fundamento en el resultado de las batallas legales emprendidas por el señor Gustavo Petro Urrego, actual presidente de Colombia, para la salvaguarda de sus derechos políticos.

Ello ha sido así, precisamente, por el hecho de que, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, tanto la doctrina como la jurisprudencia de Colombia, de manera mayoritaria, o

* Docente Investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: juan.amado1@uexternado.edu.co.

^A Docente Investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: juan.rojas@uexternado.edu.co.

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 15-11-2017, radicación número 110010325000201400360 00 (1131-2014), C.P. César Palomino Cortés.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Petro Urrego Vs. Colombia, Sentencia de 08-07-2020. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

mejor dicho, generalizada, convergían en el dogma de que la Procuraduría General de la Nación (en adelante, PGN), órgano rector disciplinario colombiano de estirpe administrativo, tenía la competencia para sancionar disciplinariamente a todo tipo de servidores públicos³, incluyendo a quienes eran elegidos por voto popular, y que como consecuencia de tal facultad, podía imponer la más drástica sanción disciplinaria de destitución, acompañada siempre de inhabilidad general para el ejercicio de todo tipo de cargos públicos, al margen de las previsiones establecidas en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH).

Este emblemático caso, y sobre todo, la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) del 08-07-2020, ha dado lugar a intentos de adecuación institucional, supuestamente encaminados a compatibilizar el orden interno colombiano con la CADH, destacándose en ese sentido, la expedición de Ley ordinaria 2094 de 2021, por medio de la cual se modificó la Ley 1952 de 2019, conocida como “Código General Disciplinario”, que encontró como fórmula, para supuestamente dar cumplimiento a la Convención y a la sentencia de la Corte Interamericana, la idea de transformar las funciones típicas disciplinarias de la PGN, en funciones jurisdiccionales.

Ese desafortunado experimento legislativo dio lugar a la expedición de la sentencia C-030 de 2023, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró inconstitucionales tales facultades jurisdiccionales de la Procuraduría⁴, devolviéndole su naturaleza administrativa a las atribuciones de este órgano disciplinario, e indicando de forma adicional, que la determinación de las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores públicos de elección popular, correspondería al juez contencioso administrativo, con lo cual, en el entendido de la Corte Constitucional, se respetaría el principio de jurisdiccionalidad y se compatibilizaría el orden interno con la normativa interamericana, argumento este que no es del todo claro y que ha dado origen a un nuevo escenario de debate académico y jurídico.

Este, es precisamente el contexto en el que se desarrollará el presente escrito, que tiene como propósito fundamental, reflexionar sobre los alcances de la potestad sancionatoria disciplinaria de la PGN, en el contexto del sistema de fuentes del derecho nacional e interamericano, partiendo para ello, de una consideración sobre los fundamentos generales de la potestad sancionatoria de la Administración.

³ A excepción de quienes gozaban de fuero especial, como el caso del presidente de la República, o de quienes entraban en la órbita de competencia de la Comisión de Disciplina Judicial.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2023, M.P. José Fernando Reyes Cuartas y Juan Carlos Cortés González.

I. Fundamentos de la potestad sancionatoria de la Administración

La potestad sancionatoria de la Administración constituye una de las manifestaciones más representativas del *ius puniendi* del Estado que tiene como propósito fundamental el ejercicio del control social⁵ a través de diversos instrumentos jurídicos, que busca en última instancia, orientar los comportamientos, las conductas y las prácticas institucionales y no institucionales, a un deber ser contemplado desde la norma y generalmente asociado a la protección de bienes jurídicos o en todo caso justificado en la búsqueda de unos fines compatibles con las finalidades del Estado.

En ese sentido, la potestad sancionatoria de la Administración se ve reflejada en la norma, que es el lugar donde se prevén las conductas que merecen un juicio de reproche punitivo, se establecen las consecuencias de su desconocimiento, los elementos esenciales del procedimiento para la imposición de las sanciones cuando a ello hubiere lugar, y claro está, el ámbito de competencia de las autoridades que la ostentan, por lo cual se califica como una potestad reglada.

Es el legislador de cada Estado, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, y en virtud del principio de legalidad, quien tiene *prima facie*, la facultad de decidir qué conductas ameritarán un juicio de reproche punitivo, así como la definición del camino que habrá de seguirse para la punición. En ese sentido, dependerá de la ley determinar si el ámbito de intervención punitiva se hará por la vía penal, "*ius puniendi* penal", por la vía administrativa "potestad sancionatoria de la Administración" o por una tercera vía como la desarrollada en Colombia, denominada como "Jurisdiccional no penal"⁶, evidenciada en figuras problemáticas como la llamada "pérdida de investidura" de miembros de corporaciones públicas de elección popular, que puede traer el efecto de la limitación de derechos políticos en el marco de un escenario de responsabilidad jurisdiccional disciplinaria, por fuera del ámbito de la responsabilidad penal y que tiene raigambre en la propia Constitución Política⁷.

Con todo, es de advertir que la libertad de configuración legislativa que tienen los estados en materia punitiva, no es ilimitada, pues se encuentra sometida a derroteros o parámetros tanto de orden interno,

⁵ Juan Gabriel Rojas López. *Derecho administrativo sancionador*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 30-34.

⁶ Junto al ejemplo de la pérdida de investidura de miembros de corporaciones públicas de elección popular, se destaca la función jurisdiccional disciplinaria de la Comisión de Disciplina Judicial (Constitución Política de Colombia, artículo 257A), y la figura de Pérdida del Cargo (Constitución Política de Colombia, artículo 109).

⁷ Constitución Política de Colombia, artículos 179 numeral 4 y 183.

como lo sería la Constitución de cada Estado, por ejemplo, o de orden externo, como ocurriría con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados.

Sin embargo, al margen de lo anterior, hay un punto complejo de abordar y es aquel que guarda relación con el hecho de que no existen conductas que por naturaleza puedan ser calificadas como delito o infracción administrativa⁸, dado que tal señalamiento obedece a una construcción político-jurídica definida por el legislador, que en cada contexto social y estatal, se establecerá en el marco de una política punitiva, en un entorno más o menos soberano, sometido a ciertas variables particulares de cada contexto, pese a lo cual, se considera que la decisión de la intervención penal, debe obedecer a aquellas conductas que representen una mayor lesividad social, y que se debe acudir a este instrumento como *última ratio*, en tanto que se supone, que la intervención por la vía de la potestad sancionatoria de la Administración, obedece a un escenario de intervención social de "*penúltima ratio*", que busca enfrentar conductas que también generan lesión a bienes jurídicamente tutelados, pero que se considera que no ameritan tratamiento penal, lo cual da cuenta de que tiene que establecerse una diferencia desde la norma.

Si el punto anterior ya representa un gran reto, qué decir, de cuando se analiza el papel que desempeña la potestad disciplinaria, como especie de la potestad sancionatoria de la Administración, dado que corresponde definir qué tipos de comportamientos ameritan ser elevados a la categoría de infracciones disciplinarias, y claro está, qué tipo de sanciones es razonable imponer a sus autores.

Lo anterior tiene retos adicionales en el derecho colombiano, dado que allí se ha normalizado calificar como infracciones o faltas disciplinarias, conductas tipificadas previamente como delito⁹, y es común que se entienda que el derecho disciplinario, por ejemplo, constituye también un campo de batalla para combatir la corrupción¹⁰, es decir, en Colombia se considera que, junto al derecho penal, el derecho disciplinario es un sistema paralelo de control de este flagelo.

La práctica enunciada, ha sido en gran medida la justificación dada en el derecho interno para admitir durante largo tiempo y sin vacilaciones, que era legítimo, constitucionalmente permitido y hasta deseable, que un órgano de estirpe administrativa, como la PGN, pudiera destituir

⁸ Günther Jakobs. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 67-68.

⁹ Como ocurre por ejemplo con algunas de las faltas descritas en los artículos 52 y 65 de la Ley 1952 de 2019.

¹⁰ Como se consagró expresamente en la exposición de motivos del proyecto de ley que condujo a la expedición de la Ley 1952 de 2019. (Gaceta del Congreso N° 401 del 06-08-2014).

e inhabilitar en el marco de un procedimiento disciplinario administrativo, a servidores públicos elegidos por voto popular, con independencia de que ello no fuera compatible con las previsiones de la CADH, y mucho menos, con independencia de que en materia penal pudieran resultar absueltos con fundamento en los mismos hechos, para lo cual se decantó, una *sui generis* interpretación del principio del *non bis in ídem*, según la cual, no se viola tal principio cuando los esquemas de intervención punitiva, tienen un fundamento legal diferente¹¹, es decir, en un caso el fundamento penal, en el otro, el administrativo, y a partir de allí, se edificó la “autonomía” de la responsabilidad disciplinaria, respecto de la penal.

Lo anterior es importante, dado que, es frecuente que las faltas disciplinarias susceptibles de la imposición de sanciones disciplinarias que puedan conducir a la vulneración de los derechos políticos, constituyan a su vez, hechos punibles (delitos), y en esa medida, deberían ser las autoridades judiciales, en el marco de las competencias penales, las llamadas a adoptar las decisiones que conduzcan a la restricción de tales derechos, en los términos previstos en la CADH.

En este punto vale la pena preguntarse sobre cuál debe ser el papel del derecho disciplinario, así como interrogar si este debe ser utilizado como elemento paralelo del derecho penal, o si es necesario definir, hasta qué punto debe llegar, y en qué punto debe comenzar el derecho penal (¿Cuál es la frontera?), dado que no es gratuito que la CADH exija que los derechos políticos de los elegidos por voto popular solo pueden verse limitados en el marco de una decisión jurisdiccional de naturaleza penal.

II. Potestad disciplinaria y precedentes interamericanos. La narrativa de una tensión en el Derecho colombiano

En el Derecho colombiano existe una tensión entre la normativa interna y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, pese a que en la sentencia C-030 de 2023, como se podrá detallar más adelante, la Corte Constitucional contempló que la sanción de destitución, suspensión e inhabilitación al servidor público elegido popularmente solo sería impuesta de forma definitiva por una autoridad judicial tras la tramitación automática e inmediata del recurso extraordinario de revisión adelantado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto tal actuación, de todos modos, se da por fuera del escenario del derecho penal, dejando en el entorno la idea de que la decisión de la Corte Constitucional de Colombia se apartó de los precedentes interamericanos sobre la materia, o en todo caso, los interpretó en una

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-632 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

forma que parece distanciarse de los mismos al realizar una “*lectura restrictiva y cautelosa*” de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el alcance del artículo 23.2 de la CADH¹².

Precisamente en ese sentido, los precedentes interamericanos de mayor relevancia están representados por los casos de Leopoldo López y Gustavo Petro, que valen la pena ser rememorados.

En el primer caso, el exalcalde del municipio de Chacao (Venezuela), Leopoldo López Mendoza, fue sancionado en el marco de dos procesos de naturaleza administrativa (fiscal) con inhabilitación para el desempeño de funciones públicas, según sendas decisiones adoptadas por el Contralor General de la República, por investigaciones asociadas con hechos ocurridos mientras se desempeñó en un cargo en la empresa Petróleos de Venezuela S.A., así como por investigaciones relacionadas con su gestión como alcalde de esa municipalidad. Tales sanciones le impidieron postularse como candidato a la alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas en el año 2008, y pese a sus reclamaciones a través de los recursos judiciales internos, no logró revertir las decisiones sancionatorias adoptadas que supusieron la limitación de su derecho a ser elegido.

Tras acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se presentó demanda contra el Estado Venezolano ante la Corte IDH, organismo que concluyó, *grosso modo*, en su sentencia del 01-09-de 2011, que:

...el artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país¹³.

De igual manera estableció:

El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-101 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Mendoza Vs. Venezuela, Sentencia de 01-09-2011, Fondo, Reparaciones y Costas.

que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana¹⁴.

Con fundamento en lo anterior, se determinó que el Estado venezolano violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la CADH, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza.

Por su parte, el caso del exalcalde Mayor de Bogotá, Gustavo Petro Urrego, estuvo fundamentado en la sanción de destitución e inhabilidad general impuesta por la PGN, en el marco de una investigación disciplinaria relacionada con las supuestas faltas cometidas durante su gestión como alcalde de Bogotá¹⁵. En este caso, pese a que el señor Petro Urrego acudió a los instrumentos judiciales del orden interno, logrando inclusive que el Consejo de Estado declarara la nulidad de la sanción impuesta por la PGN, la Corte IDH resolvió de fondo la solicitud promovida por la Comisión de Derechos Humanos, mediante sentencia del 08-07-2020, en la cual declaró, entre otras cosas, que el Estado colombiano era responsable por la violación del derecho contenido en el artículo 23 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado, en perjuicio del señor Gustavo Petro Urrego.

Tal decisión se basó en el argumento que a continuación se cita:

El artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores¹⁶.

Esto dio cuenta de la consistencia de los precedentes de la Corte IDH en esta materia, por lo que la interpretación que se ha hecho del artículo 23.2 de la CADH, no admite dudas, al menos en cuanto a la forma como dicho tribunal lo ha entendido, y ello no es cosa menor si se parte de la base de que dicho instrumento de derechos humanos tiene fuerza vinculante y contenido normativo, en los términos de sus artículos 1 y 2, y que según reza su artículo 29, ninguna disposición de esta Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados partes, suprimir o limitar el goce y el ejercicio de los derechos y

¹⁴ Id.

¹⁵ También se le impusieron otro tipo de sanciones y restricciones de carácter disciplinario y fiscal.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Petro Urrego Vs. Colombia, Sentencia de 08-07-2020. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

libertades reconocidos en la Convención, lo que debería suponer, el acatamiento del contenido normativo del artículo 23.2 de dicha Convención.

De igual forma, debe considerarse el contenido del artículo 93 de la Constitución de Colombia, que dice:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Lo anterior permite inferir que el constituyente sentó las bases para integrar tales instrumentos internacionales al orden constitucional, dándoles inclusive un papel de prevalencia sobre el orden interno e integrándolos de esa manera al sistema de fuentes del derecho.

Este aspecto es de gran relevancia, en la medida en que la discusión sobre el alcance hermenéutico del artículo 23.2 de la CADH tiene como fundamento el reconocimiento o la negación sobre la fuerza vinculante de los precedentes de la Corte IDH, en su papel de intérprete máximo de la CADH, y sobre el rol que tales precedentes deben desempeñar en el orden interno de los Estados partes de la Convención, por lo que en el siguiente apartado se procurará realizar un análisis de los principales pronunciamientos en el caso colombiano, para al menos dejar un diagnóstico de la problemática identificada.

III. Las vicisitudes de la potestad disciplinaria a partir de la jurisprudencia colombiana

En Colombia, la jurisprudencia ha abordado con cierto nivel de detalle lo atinente a la finalidad de la potestad disciplinaria, la función disciplinaria de la PGN y la naturaleza y control judicial de las decisiones disciplinarias. En este sentido, se procurará analizar las posturas que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han adoptado en los últimos años respecto de los alcances y límites de la potestad disciplinaria, particularmente en el caso de sanciones de destitución e inhabilidad general de servidores públicos elegidos por voto popular.

Como se ha podido esbozar, el ejercicio de la potestad disciplinaria es una de las manifestaciones del poder sancionador de la Administración, con la cual se busca prevenir y castigar las conductas que afecten el normal desarrollo de los deberes de los servidores públicos, por lo que con ella más que reprimir, se pretende disuadir a esos servidores sobre la importancia de dar cabal cumplimiento a los principios de la función

administrativa¹⁷. Esta potestad no constituye un fin en sí mismo, sino que se trata de un vehículo para alcanzar la buena marcha de la gestión pública y el cumplimiento de los fines del Estado¹⁸.

La Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2006 determinó que el ejercicio de la potestad disciplinaria se fundamenta en el principio de legalidad, como elemento estructural del Estado social de derecho, y que el legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para establecer, por ejemplo, el régimen de inhabilidades para quienes aspiren a la función pública. No obstante, esa potestad de configuración debe enmarcarse dentro de los valores, principios y derechos reconocidos en la Constitución.

Así mismo, manifestó que la Constitución Política y los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad deben ser interpretados de manera armónica y sistemática, para indicar, seguidamente, que si bien el artículo 23 de la CADH posibilita la restricción del acceso a los cargos públicos por la imposición de condenas penales, no se opone a que los Estados partes adopten medidas sancionatorias de carácter disciplinario que conlleven la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con el fin de proteger el patrimonio público y combatir el fenómeno de la corrupción¹⁹.

De esta forma, la Corte concluyó que:

...la facultad que le otorgó el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias temporales o permanentes que impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos, no se opone al artículo 93 constitucional ni tampoco al artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica²⁰.

Agregó que esta restricción no resultaba desproporcionada o irrazonable en vista de que perseguía la materialización de los fines constitucionales y la defensa de la moralidad pública.

Este entendimiento sobre la finalidad de la potestad disciplinaria y la facultad de la PGN para imponer sanciones que implican restricciones de acceso a cargos públicos se mantuvo incólume por muchos años. No sería sino, en sede de revisión, específicamente en el marco de la sentencia SU-712 de 2013, que la Corte volvería a analizar los alcances de la

¹⁷ Juan Gabriel Rojas López. *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., pp. 74-79.

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-280 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-155 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-028 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-762 de 2009, Juan Carlos Henao Pérez; C-401 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; y C-392 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁰ Id.

potestad disciplinaria del Procurador General de la Nación en relación con los servidores públicos, incluidos los de elección popular.

En este caso, se trató de la acción de tutela presentada por la entonces senadora Piedad Córdoba Ruíz contra la PGN por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso y desempeño de funciones públicas, así como a elegir y ser elegida, con ocasión de la sanción disciplinaria de destitución como congresista e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 18 años impuesta por la mencionada entidad. Los jueces de instancia denegaron el amparo solicitado y la Corte confirmó el fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, al establecer que no se habían violado los derechos fundamentales de la peticionaria.

En dicha oportunidad, la corporación señaló que las conductas de los congresistas, como servidores públicos de elección popular, eran vigiladas disciplinariamente por el Procurador General de la Nación, quien aparte de investigarlas podía sancionarlas. Por ello, determinó que a diferencia de lo que ocurría con las autoridades señaladas en los artículos 174 y 178 de la Constitución, *“en relación con los congresistas de la República el Constituyente no estipuló un fuero disciplinario que sustraiga la competencia del Procurador General de la Nación para adelantar procesos disciplinarios e imponer las sanciones a que hubiere lugar”*²¹.

Igualmente, estableció que el control disciplinario del Procurador General de la Nación en relación con los servidores elegidos popularmente era compatible con el artículo 93 de la Constitución y 23 de la CADH, al señalar que:

La aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, esto es, del contexto en el que se inserta, como lo reconoce la Convención al indicar que corresponde a la ley reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y el mecanismo de sanción. Así, como fue explicado en la Sentencia C-028 de 2006, la aplicación del bloque de constitucionalidad debe armonizarse la Constitución, a partir de una interpretación coherente, sistemática y teleológica, con el propósito de lograr conciliar las reglas de uno y otro estatuto.

Posteriormente, el Consejo de Estado en sentencia del 05-03-2014²² se pronunció sobre el asunto, al decidir la impugnación interpuesta a través de apoderado por el señor Gustavo Petro Urrego contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17-01-2014, mediante la cual rechazó por improcedente la tutela presentada contra la PGN. El accionante consideró que la entidad había vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, al ejercicio de los

²¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-712 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 05-03-2014, radicación número 25000-23-42-000-2013-06871-01(AC), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

derechos políticos, a la honra y al buen nombre, como consecuencia de la sanción de destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos que le impuso mientras se desempeñaba como Alcalde Mayor de Bogotá.

El Consejo de Estado confirmó la decisión del tribunal al encontrar que el actor disponía de otro mecanismo de defensa judicial para la tutela efectiva de sus derechos y que tampoco se presentaron los elementos para la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Allí puso de manifiesto que las potestades conferidas por la ley a la PGN para sancionar con destitución o inhabilidad a los funcionarios del Estado no atentaban contra lo previsto por el artículo 23.2 de la CADH ni desconocían el precedente del caso López Mendoza Vs. Venezuela, porque según se afirmó, lo fallado en esa situación era distinto a lo que fáctica y jurídicamente debía debatir en ese caso la corporación; incluso señaló que el hecho de que en el orden jurídico nacional las decisiones sancionatorias pudieran ser controladas jurisdiccionalmente por el Contencioso Administrativo reforzaba las garantías procesales y garantizaba la tutela judicial de las personas afectadas con dichas sanciones.

En consecuencia, coligió que las garantías inherentes al desarrollo de estos procedimientos sancionatorios en el derecho nacional, aparte de llevar a una conclusión divergente a la tomada por la Corte IDH en el caso López Mendoza, ratificaban la compatibilidad del sistema de control disciplinario creado en la Constitución y desarrollado por el legislador con las exigencias convencionales.

Ese mismo año el Consejo de Estado se pronunció sobre las garantías derivadas del control jurisdiccional de los actos administrativos proferidos por la PGN en ejercicio de la potestad disciplinaria, al establecer que el control que realizaba el juez de lo Contencioso Administrativo sobre este tipo de actos debía ser pleno y eficaz, y que no se restringía a lo planteado expresamente en la demanda, argumento con el cual se propendía por el alcance pleno de los derechos consagrados en la Constitución²³.

En la sentencia C-500 de 2014, la Corte Constitucional volvió a referirse sobre la competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a quienes desempeñaran funciones públicas, como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el numeral 1º (parcial) del artículo 44 de la Ley

²³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencias de 26-03-2014, radicación número 11001-03-25-000-2013 00117-00(0263-13), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, y 05-06-2014, radicación número 11001-03-25-000-2011-00362-00(1345-11), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, relativo a la sanción de “inhabilidad general” a servidores públicos.

En ese momento, indicó que la competencia reconocida a la PGN para imponer la sanción de inhabilidad general no solo se encontraba dentro de los límites del marco de configuración del legislador, sino que, además desarrollaba de manera directa el deber constitucional e internacional de establecer actuaciones que permitieran asegurar la moralidad administrativa y enfrentar la corrupción. En síntesis, decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-028 de 2006 respecto de la infracción a los artículos 93 de la Constitución y 23 de la CADH, y decidió declarar la exequibilidad del aparte del artículo demandado (actualmente derogado)²⁴.

Luego, mediante sentencia SU-355 de 2015, la Corte revisó la providencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 05-03-2014, que confirmó la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela con la que el señor Gustavo Petro pretendía que se ampararan sus derechos fundamentales al debido proceso, al ejercicio de los derechos políticos, a la honra y al buen nombre. La Corte dispuso que:

...en materia de la competencia para destituir e inhabilitar servidores públicos –excepto, aforados–, incluso de elección popular, se ha configurado la cosa juzgada constitucional. En esa medida, no es posible cuestionar o discutir la validez constitucional de la referida competencia de la Procuraduría.

Determinó que la tutela interpuesta por el señor Petro era improcedente dado que existían otros medios judiciales idóneos y eficaces previstos en la Ley 1437 de 2011 para controvertir las decisiones sancionatorias que lo afectaban, por lo que, consecuentemente, procedió a confirmar la sentencia del Consejo de Estado.

Por otra parte, el 09-08-2016 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictó sentencia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado con ocasión de la demanda interpuesta por la señora Piedad Córdoba Ruíz en contra de la Nación-PGN²⁵. En esta providencia, el alto tribunal unificó los criterios que debían orientar el juicio de legalidad de los actos administrativos disciplinarios, al señalar que el control ejercido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre estos actos administrativos debía ser integral, en la medida que debía ir más allá de un simple control de legalidad y constituía un juicio sustancial sobre la decisión sancionadora,

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-500 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 09-08-2016, número de radicación 110010325000201100316 00 (210-11), C.P. William Hernández Gómez.

que se desarrollaba bajo parámetros constitucionales y legales, y se regía por la primacía de los derechos fundamentales.

En adición, señaló que el Consejo de Estado, al igual que la Corte Constitucional, consideraba que la PGN tenía competencia para investigar y sancionar a los servidores públicos de elección popular y, en últimas, declaró la nulidad de la sanción de destitución e inhabilidad por el término de 18 años para el ejercicio de cargos públicos impuesta a la señora Córdoba, no por el cargo de incompetencia, sino, porque la decisión sancionatoria se fundó esencialmente en pruebas ilegales obtenidas en la “Operación Fénix” que desplegó el Ejército Nacional en territorio ecuatoriano, violando de manera flagrante el debido proceso²⁶.

Hasta ese momento, la comprensión que se tenía acerca de la potestad disciplinaria de la PGN para investigar y sancionar a servidores públicos, incluidos los de elección popular, había sido relativamente pacífica. La situación comenzó a cambiar sustancialmente desde el año 2017, cuando el Consejo de Estado resolvió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Gustavo Petro contra la Nación-PGN²⁷.

Luego de realizar un control de convencionalidad²⁸ del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, referente a las sanciones de destitución e inhabilidad general de los servidores públicos, dicha corporación judicial concluyó que la disposición era incompatible con el artículo 23.2 de la CADH y argumentó que la PGN mantenía intactas sus funciones de investigación y sanción a servidores públicos elegidos popularmente, pero que le estaba vedado imponer sanciones de destitución e inhabilidad o suspensión e inhabilidad para el ejercicio de los derechos políticos a esos servidores cuando cometieran conductas distintas a aquellas

²⁶ La Operación Fénix fue un operativo desplegado por las Fuerzas Militares de Colombia en la selva de Sucumbíos, Ecuador, el día 01-03-2008, en el que murieron 22 guerrilleros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP), dentro de los cuales se encontraba Édgar Devia alias Raúl Reyes, uno de sus principales líderes.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 15-11-2017, radicación número 110010325000201400360 00 (1131-2014), C.P. César Palomino Cortés.

²⁸ Sobre el concepto de control de convencionalidad, consúltese Juana María Ibáñez Rivas. “El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, pp. 385-413 y Jairo Andrés Castaño Peña. “El control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción en Colombia”. En *Del control constitucional de la ley en el Estado constitucional abierto: perspectiva comparada*. Madrid, Editorial Universitas S.A., 2022, pp. 203-245.

relacionadas con actos de corrupción porque eso solo le correspondía hacerlo al juez penal.

Así las cosas, estableció que la PGN no podía imponer una sanción que restringiera prácticamente de por vida los derechos políticos de una persona para ser elegida por elección popular, de modo que procedió a declarar la nulidad de los actos de 09-12-2013 y 13-01-2014, proferidos por la Sala Disciplinaria de la PGN, por falta de competencia y violación del principio de tipicidad de la falta disciplinaria. Como restablecimiento del derecho, ordenó a la PGN pagar al demandante los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que estuvo efectivamente separado del servicio.

Llama la atención que en la misma providencia se exhortó al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la PGN para que en un plazo máximo de dos años contados a partir de su notificación hicieran las reformas necesarias para ajustar el ordenamiento interno a lo establecido por el artículo 23 de la CADH, lo cual, como se podrá constatar enseguida, no ocurrió.

Tiempo después, la Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2019 dio cuenta de una consolidada línea jurisprudencial con la cual avalaba la competencia de la PGN para sancionar a los funcionarios públicos de elección popular, resaltando que:

(i) el artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera coherente y sistemática con (a) la Constitución, (b) toda la Convención y (c) otros tratados internacionales; (ii) la restricción del ejercicio de derechos políticos que provenga de una autoridad distinta a un juez penal, es válida siempre y cuando se respeten las garantías del debido proceso; (iii) la PGN ofrece suficientes garantías para cumplir con la finalidad de proteger los derechos y libertades de los funcionarios públicos elegidos popularmente porque (a) es una autoridad independiente e imparcial, (b) su proceso de imposición de sanciones asegura las garantías judiciales establecidas en la CADH y (c) sus actos son judicialmente controlables de una manera efectiva. Por lo tanto (iv) no se justifica que la Corte Constitucional cambie su precedente.

La historia, sin embargo, no terminó acá. Cuando apenas se logró reformar la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) con la expedición de la Ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario), el 08-07-2020 la Corte IDH dictó sentencia por medio de la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la violación a diversos derechos del señor Gustavo Petro Urrego²⁹. Tal como se advirtió con anterioridad, la Corte IDH hizo énfasis en que no era posible que un órgano de naturaleza administrativa restringiera derechos políticos de autoridades democráticamente electas con la imposición de sanciones, puesto

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Petro Urrego Vs. Colombia, Sentencia de 08-07-2020. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

que una restricción de esa índole solo podría darse como consecuencia de una sentencia condenatoria en un proceso penal.

Ahora bien, no había entrado en vigencia la Ley 1952 de 2019, cuando el Congreso de la República, en un esfuerzo por cumplir la orden dictada por la Corte IDH, expidió la Ley 2094 de 2021 con la cual aquella fue reformada al introducir ciertas disposiciones que aun en día siguen generando controversia, como se ha expresado, dado que lo que hizo erróneamente el legislador fue atribuir funciones jurisdiccionales a la PGN para que en ejercicio de la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular, pudiera investigar disciplinariamente e imponer sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad.

De igual forma, la Ley 2094 de 2021 creó un recurso extraordinario de revisión procedente contra las decisiones sancionatorias de carácter disciplinario dictadas por la PGN; los fallos absolutorios y archivos, en el caso de violaciones a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, y contra las decisiones producto de la doble conformidad dictadas por el Procurador General de la Nación. Se precisa que con este recurso se buscó, originalmente, posibilitar el sometimiento de la decisión disciplinaria al control juez de lo Contencioso Administrativo mediante petición parte con la alegación de causales taxativamente señaladas³⁰.

Como era de esperarse, la Corte IDH mediante resolución de 25-11-2021, supervisando el cumplimiento de la sentencia del Caso Petro Urrego Vs. Colombia, señaló que:

...[a] reforma legal planteada por el Estado continúa permitiendo que un órgano distinto a un juez en proceso penal imponga restricciones a derechos políticos de funcionarios democráticamente electos, de manera incompatible con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención Americana y con el objeto y fin de dicho instrumento³¹.

La Ley 2094 de 2021, no solo fue reprochada por la Corte IDH en su resolución, sino también a nivel interno a través de una demanda de inconstitucionalidad que dio lugar a la expedición de la sentencia C-030 de 2023 de la Corte Constitucional, mencionada al inicio de este escrito.

En esta sentencia, el tribunal constitucional determinó que la atribución de funciones jurisdiccionales a la PGN para el ejercicio de la

³⁰ A propósito de los impactos del recurso extraordinario de revisión de fallos disciplinarios proferidos por la PGN que creó la Ley 2094 de 2021, consúltese Andrés Fernando Ospina Garzón, "El control jurisdiccional de los fallos disciplinarios a partir de la reforma. Interrogantes, críticas y perspectivas". En *Comentarios al nuevo Código General Disciplinario. Leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 388-395.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de 25-11-2021. Supervisión de cumplimiento de sentencia Caso Petro Urrego Vs. Colombia.

potestad disciplinaria desconocía el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución relativo a los presupuestos mínimos que debía cumplir la asignación de esta competencia excepcional. No obstante, la PGN siguió conservando la potestad disciplinaria en los términos previstos en la Constitución, es decir, como una función eminentemente administrativa, que continúa recayendo sobre servidores públicos de elección popular.

Agregó que de una interpretación armónica y sistemática del artículo 23.2 de la CADH con la Constitución y el texto completo de la CADH, no se podría colegir que existiera una prohibición absoluta para que el constituyente o el legislador definieran restricciones que no tuvieran connotación penal y limitaran el ejercicio de funciones públicas. En todo caso, indicó que la regla jurisprudencial que ha de atenderse es aquella conforme a la cual:

...la restricción o limitación temporal del derecho a ser elegido de un servidor de elección popular, en ejercicio de sus funciones, tiene reserva judicial y solo puede ser impuesta de manera definitiva por un juez de la República de cualquier especialidad, con las excepciones constitucionales expuestas previamente³².

Por lo anterior, conforme a la citada sentencia, la PGN carece de facultad para imponer con carácter definitivo (sin posterior revisión judicial) las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores públicos de elección popular porque esa labor, según se afirmó, corresponde exclusivamente a los jueces de la República, sin perjuicio de su especialidad y siempre que se respeten las garantías del debido proceso.

En lo que respecta al recurso extraordinario de revisión, la Corte advirtió que como estaba concebido inicialmente presentaba algunas limitaciones o incompatibilidades que ponían en tela de juicio su idoneidad y eficacia para garantizar los derechos políticos de los servidores públicos elegidos democráticamente. De ahí que, dispuso modular los efectos normativos de ese recurso, precisando que la intervención del juez en estos escenarios resultaba obligatoria y no rogada, y que la decisión final sobre las sanciones debía quedar plasmada en una sentencia. Explicó entonces que:

El trámite del recurso de revisión operará de manera automática e inmediata y no está supeditado a las causales taxativas de procedencia, permitiéndosele al ciudadano disciplinado el ejercicio de todas las actividades procesales que estime pertinentes a su defensa, tales como presentar argumentos a su favor, solicitar pruebas y permitir su contradicción, lo cual podrá hacer dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la providencia disciplinaria proferida por la PGN, tal como lo establece el artículo 57 de la Ley 2094 de 2021, el cual creó el artículo 238 D de la Ley 1952 de 2019. Vencido este término, en el que el disciplinado puede ejercer de manera efectiva su

³² Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2023, M.P. José Fernando Reyes Cuartas y Juan Carlos Cortés González.

derecho de defensa y todas sus garantías procesales, la PGN deberá enviar, inmediatamente, el proceso ante el juez de lo contencioso administrativo, quien deberá hacer un examen integral de la actuación disciplinaria adelantada por la PGN, no solo de corrección de legalidad³³.

Así entendido el recurso extraordinario con los condicionantes previstos en la sentencia, la Corte consideró que se trataba de un mecanismo respetuoso del principio de separación de poderes y del modelo institucional del Estado colombiano, con el que se buscaría favorecer al sancionado en el ejercicio de su derecho de defensa y debido proceso. De todos modos, resulta paradójico que el alto tribunal haya querido revestir de convencionalidad los alcances de la potestad disciplinaria de la PGN en relación con los servidores públicos elegidos popularmente al establecer que, pese a tratarse de una autoridad que ejerce una función de naturaleza administrativa, en últimas quien toma la decisión definitiva sobre la restricción de los derechos políticos de dichos servidores es un juez de la República, aunque no propiamente en el ámbito penal³⁴.

El Consejo de Estado, en cambio, aunque pareciera inclinarse por una posición más garantista bajo la óptica del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, no ha establecido unos criterios unívocos para abordar la cuestión en comento. Así, por ejemplo, mediante auto de 19-05-2022, la Sala Especial de Decisión N° 13 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió el recurso extraordinario de revisión que presentó el señor Miller Leonardo Urbano contra un acto sancionatorio proferido por la PGN el 29-12-2022³⁵; mientras que, ese mismo día, la Sala Especial de Decisión N° 9 decidió no avocar conocimiento de ese recurso extraordinario por tratarse de un mecanismo que desconocía el ordenamiento superior, en particular, algunas disposiciones de la CADH y la Constitución, así como la decisión adoptada por la Corte IDH en el caso *Petro Urrego Vs. Colombia*³⁶.

Por último, y sin perjuicio de que el Consejo de Estado pudiera variar su postura con un fallo de unificación, esta corporación ha manifestado recientemente que la jurisprudencia de la Corte IDH y en específico lo decidido en los casos *López Mendoza Vs. Venezuela* y *Petro Urrego Vs.*

³³ Id.

³⁴ Ha sido tan notoria la discrepancia sobre este asunto que el 17-08-2023, el magistrado Jaime Enrique Rodríguez Navas, en calidad de magistrado y presidente del Consejo de Estado y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, presentó solicitud de aclaración de la sentencia C-030 de 2023, la cual fue rechazada por falta de legitimación en la causa por activa mediante auto 2384 del 04-10-2023.

³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión N° 13, Auto de 19-05-2023, radicación número 11001-03-15-000-2023-00388-00 (580), C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión N° 9, Auto de 19-05-2023, radicación número 11001-03-15-000-2023-00871-00, C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

Colombia, en aplicación de la teoría del derecho viviente, obliga a que las autoridades realicen una interpretación de la normativa interna que se ajuste verdaderamente a la CADH. Desde luego, el gran reto para el Estado colombiano será cumplir con rigor los mandatos de la Corte IDH³⁷, partiendo de la base de que la CADH es fuente de derecho y, en esa medida, tiene un contenido normativo de carácter vinculante que debe ser acatado por los Estados parte del instrumento internacional de protección de los derechos humanos.

Conclusiones

Bajo el panorama anteriormente expuesto, existe en Colombia una tensión respecto de la forma en que se interpreta el artículo 23.2 de la CADH, pese a que se acepta que autoridades administrativas, como la PGN, ya no tienen facultad autónoma de imponer sanciones disciplinarias que supongan restricciones de derechos políticos.

Sin embargo, aún cuesta aceptar que, en los términos de la Corte IDH, una sanción de esta índole solo pueda imponerse en el marco de una causa penal, habida cuenta que la Corte Constitucional colombiana insiste en que el estándar de jurisdiccionalidad puede ser cumplido en un escenario judicial diferente, como lo es el Contencioso Administrativo.

Paradójicamente, tal criterio no es compartido por el Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, quien es más proclive a una interpretación afín a la realizada por la Corte IDH; lo cual deja ver, entre muchas otras cosas, que el derecho administrativo colombiano más que haberse constitucionalizado, ha comenzado un proceso de interamericanización³⁸. ■

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencias de 29-06-2023, radicación número 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013), C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar; de 27-07-2023, radicación número 76001233300020170035101 (5471-2019), C.P. César Palomino Cortés; y de 03-08-2023, radicación número 18001233300020150032102 (2849-2019), C.P. César Palomino Cortés.

³⁸ Cfr. Armin Von Bogdandy; Mariela Morales Antoniazzi; Zulima Sánchez Sánchez; Juan Carlos Covilla (Coordinadores). *La interamericanización del derecho administrativo en América Latina. Hacia un *Ius Commune**. Querétaro, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2022.

Inhabilitaciones políticas por vía administrativa en Venezuela: Un mecanismo inconstitucional e inconvencional empleado para la destrucción del espacio democrático

Roselis DÍAZ DE FREITAS*

REDAV, N° 27, 2023, PP. 49-68

Resumen: Las inhabilitaciones políticas impuestas por vía administrativa en Venezuela se han convertido en un mecanismo para la reducción sistemática del espacio democrático, derivando en la violación automática de los derechos políticos. Desde hace más de dos décadas se han emitido más de mil inhabilitaciones en abierta violación a la Constitución y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual, aunado al contexto generalizado de falta de separación de poderes y ausencia de acceso a un sistema de justicia independiente, deja en una situación de absoluta desprotección a quienes son objeto de estas sanciones arbitrarias y politizadas.

Palabras clave: Convención Americana sobre Derechos Humanos – Democracia – Derechos políticos.

Abstract: *Political disqualifications imposed through administrative measures in Venezuela have become a mechanism for the systematic reduction of democratic spaces, resulting in the automatic violation of political rights. For more than two decades, more than a thousand disqualifications have been issued in open violation of the Constitution and the American Convention on Human Rights, which, together with the general context of lack of separation of powers and absence of access to an independent justice system, leaves those who are subject to these arbitrary and politicized sanctions in a situation of absolute lack of protection.*

Keywords: *American Convention on Human Rights – Democracy – Political rights.*

Recibido

17-06-2024

Aceptado

15-06-2024

Introducción

Uno de los elementos esenciales de la democracia es el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho¹, lo cual está íntimamente vinculado con el respeto a los derechos políticos. Estos derechos son fundamentales no solo para la existencia de una sociedad

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (2023), mención honorífica Cum Laude.

¹ *Carta Democrática Interamericana*. Perú. 2001, artículo 3. Ver también: Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26-05-2010, párr. 172.

democrática, sino que también son representación clara de la característica de interrelación de los derechos humanos, al fungir como base para la realización de otros derechos y libertades fundamentales.

Conforme a los artículos 62 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo “Constitución”), los derechos políticos de los ciudadanos y ciudadanas venezolanos tienen las siguientes dimensiones: **(i)** el derecho a la participación política en los asuntos públicos, ya sea de manera directa o a través de representantes elegidos; **(ii)** el derecho al voto tanto en las elecciones de representantes populares, como en referendos consultivos, abrogatorios, aprobatorios y revocatorios a través de votaciones libres, universales, directas y secretas; **(iii)** el derecho a ser electo; **(iv)** el derecho a exigir la rendición de cuentas públicas y transparentes sobre la gestión de los representantes electos; **(v)** el derecho de asociación con fines políticos (partidos políticos); **(vi)** el derecho a la manifestación pública pacífica y **(vii)** el derecho a ejercer funciones públicas.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo “CADH” o “Convención Americana”) en su artículo 23, reconoce como derechos políticos: **(i)** la participación en la dirección de asuntos públicos, ya sea directamente o por medio de los representantes libremente elegidos; **(ii)** el derecho a elegir y a ser elegidos para cargos públicos y **(iii)** el acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas del país en cuestión.

El derecho a ser elegido supone que el titular de los derechos tenga la oportunidad real de ejercerlos, para lo cual, el Estado está obligado a adoptar medidas efectivas para garantizar las condiciones necesarias para su pleno ejercicio². De hecho, la importancia de la democracia representativa radica en que –entre otras cosas– a través de ella se busca la realización y la protección de los derechos humanos, y justamente, el pleno ejercicio de los derechos políticos son elementos imprescindibles para el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática.

De ahí que la interpretación del alcance de estos derechos necesariamente debe conllevar el análisis y la interpretación conjunta e interrelacionada con el principio democrático, toda vez que las violaciones a los mismos implican, necesariamente, una afectación, y en algunas ocasiones, incluso la imposibilidad del juego democrático. Sin lugar a dudas, el derecho a ser electo para un cargo público es un derecho político fundamental que contribuye con el ejercicio del poder con sujeción a la democracia y al Estado de Derecho. Por ello, más allá de las condiciones de

² Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06-08-2008, párr. 145; y *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23-06-2005, párr. 195.

inelegibilidad –vinculados a motivos de edad, nacionalidad y residencia, por ejemplo–, las restricciones alrededor de él con base a una pena de inhabilitación política, deben cumplir con todos los extremos previstos para que se trate de una restricción legítima.

En Venezuela, las inhabilitaciones políticas impuestas por vía administrativa son una violación directa a la Constitución y a la CADH, por ser contrarias al derecho a ser electo para el ejercicio de un cargo público y a las garantías mínimas previstas en el marco del debido proceso, ambos derechos fundamentales. En efecto, un órgano no judicial como es la Contraloría General de la República, desde hace más de dos décadas, a través de la –inadecuada– aplicación sistemática y arbitraria del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, ha emitido literalmente miles de inhabilitaciones políticas infundadas a dirigentes de la oposición como un arma para neutralizar a la oposición política, y discrecionalmente, permitir que el gobierno elija a quiénes podrán participar como su competencia directa en elecciones municipales, estatales e incluso nacionales como son las presidenciales, a los fines de perpetuar su hegemonía y garantizar a toda costa su atornillamiento en el poder.

Lo anterior configura un fraude a la Constitución y una violación de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado venezolano, mediante violaciones sistemáticas a los derechos de los ciudadanos y la falta de independencia de los distintos órganos que conforman el Poder Público Nacional, los cuales actúan con complicidad y aquiescencia frente a los constantes atropellos a la democracia.

I. La inhabilitación política como restricción al derecho de optar a cargos de elección popular, conforme a la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Los derechos políticos tienen una importancia fundamental debido a su estrecha relación con otras libertades, ya que en muchas ocasiones se encuentran interrelacionados o fungen como base para el ejercicio de otros derechos humanos, tales como la libertad de expresión, de reunión y de asociación, siendo estos derechos que en su conjunto, hacen posible el “juego democrático”³, y aunque claramente no son absolutos, su restricción debe estar sometida al cumplimiento estricto de ciertos requisitos, siendo que en el caso contrario, se trataría de una restricción ilegítima.

³ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06-08-2008, párr. 140.

De conformidad con la Constitución en su artículo 42, los derechos políticos -entre ellos, el derecho a ser elegido en una elección popular- solo podrán ser suspendidos por una sentencia judicial firme en los casos que determine la ley. Más allá de restricciones formales -por ejemplo, por motivos de edad, nacionalidad y tiempo de residencia en el territorio nacional-, solo aplicarán exclusiones al ejercicio de los derechos políticos cuando se trate de una persona sujeta a interdicción civil o a inhabilitación política (art. 64 *ejusdem*).

Este último supuesto implica necesariamente la tramitación de un proceso judicial de naturaleza penal que derive en la imposición de una pena accesoria -adicional a la pena principal- que según el artículo 24 del Código Penal, produce como efecto la privación de cargos públicos o políticos durante la condena, incluyendo el goce del derecho activo y pasivo del sufragio. Lo anterior pudiese producirse únicamente cuando una persona es condenada por la comisión de algún delito que conlleve la imposición de esta pena, abarcando sanciones de carácter penal en contra de quien cometa algún delito "*durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público*" (art. 65 *ejusdem*).

Resulta claro que el derecho a poder optar a algún cargo de elección popular está estrechamente vinculado al principio democrático, toda vez que la posibilidad de elegir o ser electos como representantes para el ejercicio de cargos populares, configura la manifestación de los derechos de participación política vinculados con la democracia participativa y representativa⁴. En ese sentido, el libre ejercicio de los derechos políticos constituye un medio para garantizar otros derechos humanos, y a su vez, es un componente imprescindible para el funcionamiento y la existencia de una sociedad democrática. Por lo tanto, al ser derechos -no privilegios- que en esencia propician pluralismo político y el fortalecimiento de la democracia⁵, las restricciones indebidas al derecho de optar a algún cargo de elección popular implicarían de manera directa una afectación a dicho principio.

La Convención Americana, cuyas disposiciones se adhieren al bloque de la constitucionalidad⁶ por mandato expreso del artículo 23 de la Constitución, consagra igualmente los derechos políticos de todos los

⁴ Allan R. Brewer-Carías. "El derecho político de los ciudadanos a ser electos para cargos de representación popular y el alcance de su exclusión judicial en un régimen democrático", en *Derechos Fundamentales: Libro homenaje a Francisco Cumplido Cereceda*, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Santiago de Chile, 2011, p. 3.

⁵ Santiago A. Canton. "La experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y democracia", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 42, 2005, p. 90.

⁶ Carlos Ayala Corao. "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en *Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano (IV Congreso de Derecho Constitucional)*, Vol. II, Caracas, 1996, p. 53.

ciudadanos, entre ellos, el de “*ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*”, señalando a su vez que toda restricción a los derechos políticos debe responder únicamente a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil y mental, o por alguna condena que necesariamente debe ser emitida por un juez competente en el marco de un proceso penal⁷.

En ese orden de ideas, resulta importante precisar que como bien ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) cualquier restricción a los derechos humanos debe, en primer lugar, estar prevista por una ley formal -emanada por el Poder Legislativo democráticamente elegido, siguiendo el procedimiento constitucionalmente previsto y posteriormente promulgada por el Poder Ejecutivo-, a los fines de que estos no se vean afectados por quedar al arbitrio del poder público, entendiéndose que los derechos humanos no pueden restringirse mediante cualquier norma jurídica, toda vez que:

...ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”⁸.

Por tratarse de una sanción además de naturaleza fiscal, la previsión de la conducta en la norma legal debe responder al requisito de “tipicidad”, es decir, debe estar expresa y precisamente contenida en la ley⁹. Por lo tanto, para que la imposición de una inhabilitación política sea convencional, debe tratarse de (i) una sanción prevista en ley formal; (ii) consecuencia de una sanción principal e (iii) impuesta por un juez competente en el marco de un proceso penal. Ello, es absolutamente compatible con las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 42, 64 y 65 de la Carta Magna, entendiéndose entonces que el derecho a ser electo puede ser restringido legítimamente sólo mediante una sentencia judicial firme, ya sea por una inhabilitación política –como

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Costa Rica, 1969, artículos 23.1.b) y 23.2.

⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86: La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 09-05-1986, párr. 26.

⁹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23-11-2010, párr. 183.

una pena accesoria resultado de un proceso judicial de naturaleza penal– o cuando se trate de una persona declarada entredicha, como resultado de un proceso civil.

En todo caso, aplicando el test tripartito desarrollado por la Corte IDH en su jurisprudencia¹⁰, además de (i) la previsión legal taxativa; es necesario (ii) que la norma penal responda a un fin legítimo previsto expresamente en la Constitución y la CADH; y (iii) que la pena cumpla con el requisito de proporcionalidad y restricción mínima necesaria en una sociedad democrática. Por lo cual, aún y cuando se cumpla en teoría con el principio de legalidad y de un proceso penal; es necesario cumplir con los otros dos requisitos. En ese sentido, el Estado no goza de un poder discrecional para crear e imponer –aún por vía de sentencia de juez penal– sanciones penales accesorias de inhabilitación política.

II. El uso de las inhabilitaciones políticas por vía administrativa como mecanismo de represión a la disidencia política y su inconventionalidad

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en su artículo 105 establece que la Contraloría de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, podrá acordar la suspensión del ejercicio del cargo de algún funcionario público designado por la comisión de un ilícito, aunado a la inhabilitación del mismo hasta por un máximo de quince años. Es decir, el Contralor General de la República, de conformidad con esta ley, puede establecer la responsabilidad administrativa de algún funcionario, y, en consecuencia, ordenar su inhabilitación administrativa, más no política.

Irrracionalmente, la aplicación de este artículo se ha extendido a funcionarios electos o a personas que aspiren a ser electas para el ejercicio de un cargo de elección popular, lo cual, incluso si estuviese previsto en ley formal –no es el caso– como una restricción a los derechos políticos, resulta abiertamente inconstitucional, toda vez que tal y como se desprende del artículo 42 *supra* citado, el ejercicio de los derechos políticos sólo puede suspenderse mediante sentencia judicial firme –no un acto administrativo–, no siendo una posibilidad que a través de una ley –o una interpretación extensiva de esta– se adicione mecanismos a los previstos constitucionalmente para la restricción de los mismos, que además, resultan fundamentales para el adecuado funcionamiento de un sistema democrático.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Kímel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02-05-2008, párr. 58; *Caso Fontevecchia y D`Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. 29-11-2011, párr. 51.

En ese sentido, es esencial resaltar tres aspectos primordiales sobre las inhabilitaciones políticas por vía administrativa.

En primer lugar, **(i)** la Contraloría General de la República –al ser un órgano de control– que investiga e impone sanciones administrativas, no posee funciones jurisdiccionales ni es un juez independiente e imparcial, por lo que en ningún caso pudiese dictar una sentencia judicial firme –requisito *sine qua non* para la imposición de una inhabilitación política– a los fines de suspender el ejercicio del derecho humano a elegir y ser electo; además, **(ii)** pese a ser una sanción emitida por vía administrativa, no media procedimiento alguno para su imposición, lo que más allá de generar una actuación con completa discrecionalidad, implica el desconocimiento absoluto de las garantías judiciales mínimas del debido proceso, aplicables a todo proceso dirigido a la determinación de derechos y obligaciones –incluidos los de carácter administrativo¹¹–, generando de manera automática la inobservancia de dichas garantías judiciales en el marco del derecho de acceso a la justicia ante jueces independientes e imparciales, y en consecuencia, una violación al debido proceso.

Este derecho, incluso de conformidad con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo “TSJ”), comprende:

...el derecho a defenderse ante los órganos competentes, que serán los tribunales o los órganos administrativos, según el caso. Este derecho implica notificación adecuada de los hechos imputados, disponibilidad de medios que permitan ejercer la defensa adecuadamente, acceso a los órganos de administración de justicia, acceso a pruebas, previsión legal de lapsos adecuados para ejercer la defensa, preestablecimiento de medios que permitan recurrir contra los fallos condenatorios (de conformidad con las previsiones legales), derecho a ser presumido inocente mientras no se demuestre lo contrario, derecho de ser oído, derecho de ser juzgado por el juez natural, derecho a no ser condenado por un hecho no previsto en la ley como delito o falta, derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, derecho a no ser obligado a declararse culpable ni a declarar contra sí mismo, su cónyuge, ni sus parientes dentro del segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad, entre otros¹².

No obstante, en el marco de una inhabilitación política por vía administrativa no se garantiza siquiera el derecho a ser oído en un plazo razonable por un juez competente, independiente e imparcial, y mucho

¹¹ Corte IDH. *Caso Mina Cuero Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07-09-2022, párr. 80: “[...] De modo que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”. En el mismo sentido: *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 17-11-2021, párr. 63 y *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02-02-2001, párr. 124.

¹² TSJ, Sala Constitucional, Sentencia N° 293 de 19-02-2002.

menos las garantías judiciales mínimas previstas en el artículo 8.2 de la Convención Americana y reconocidas por el TSJ como componentes del debido proceso, siendo que, tal y como ha señalado el Dr. Brewer-Carías:

1) No se garantiza el derecho a ser oído “dentro de un plazo razonable” en la sustanciación de la imputación en contra del funcionario (art. 8.1, Convención). La imputación se formula al notificársele un auto de apertura del procedimiento dándosele al funcionario sólo 15 días hábiles para aportar pruebas y defenderse (art. 99, Ley Orgánica), nada menos que frente a la perspectiva de poder perder su derecho político a ser elegido para cargos de representación popular por un período de hasta 15 años;

2) No se garantiza la presunción de inocencia del imputado hasta que se establezca legalmente su culpabilidad (art. 8.2, Convención), ya que iniciado el procedimiento y antes de que siquiera se notifique al imputado sobre el inicio del procedimiento, puede ser demandado por los mismos hechos no probados y los cuales no han podido haber sido desvirtuados, ante los tribunales civiles y penales (art. 111, Ley Orgánica);

3) No se garantiza al imputado del “tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa” (art. 8.2.c), ya que como se dijo, los 15 días hábiles para indicar la prueba que presentarán en el acto público (art. 99, Ley Orgánica) son totalmente insuficientes para poder preparar una adecuada defensa sobre todo ante la perspectiva de sanciones administrativa tan draconianas como las establecidas en la Ley;

4) No se garantiza al imputado su “derecho irrenunciable” de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado (art. 8.2.e, Convención);

5) No se garantiza el derecho del imputado de interrogar testigos (art. 8.2.f, Convención);

6) No se garantiza la segunda instancia administrativa, es decir el derecho de recurrir la decisión ante un superior jerárquico (art. 8.2.h); y si bien se prevé la posibilidad de intentar una acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa, se niega el derecho del recurrente a solicitar la suspensión temporal de las sanciones mientras dure el juicio de nulidad (art. 110); y

7) Finalmente se niega el derecho de toda persona de reclamar contra las violaciones de la Ley, al indicarse que intentadas acciones civiles y penales contra el imputado aún antes de que se lo haya declarado culpable o responsable administrativamente, sin embargo, se le niega toda posibilidad de que “pueda alegarse excepción alguna por falta de cumplimiento de requisitos o formalidades exigidas por esta Ley” (art. 111), lo que es la negación de la garantía de la tutela judicial efectiva y del control de legalidad de las actuaciones administrativas¹³.

Adicionalmente, (iii) la imposición de esta sanción administrativa accesoria de inhabilitación política hasta por quince años es violatoria del principio de proporcionalidad de las penas, toda vez que, en virtud

¹³ Allan R. Brewer-Carías. *La incompetencia de la administración contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos*. Nueva York. Febrero de 2011, p. 25.

de que el ejercicio de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo, además de un medio para garantizar los derechos humanos dentro de una sociedad democrática:

...la imposición de las referidas penas accesorias, en las que se afecta el derecho al sufragio, la participación en la dirección de asuntos públicos y el acceso a las funciones públicas, incluso con carácter absoluto y perpetuo o por un término fijo y prolongado (quince años), es contraria al principio de proporcionalidad de las penas [...] y constituye una gravísima afectación de los derechos políticos¹⁴.

Especialmente, considerando que al tratarse de procedimientos administrativos, en la mayoría de las ocasiones esta sanción accesoria suele revestir mayor gravedad que la principal.

Estas inhabilitaciones políticas por vía administrativa no solo son contrarias a la Constitución, sino que también configuran una práctica contraria a los artículos 2 y 23 de la CADH –por lo tanto inconvencional–, por la que el Estado venezolano ya ha sido encontrado responsable internacionalmente. En el año 2011, la Corte IDH dictó la sentencia sobre el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, el cuál versó sobre la inhabilitación política de Leopoldo López Mendoza –un político opositor al gobierno venezolano– emitida por la Contraloría General de la República, en virtud de diversas averiguaciones de carácter administrativo de las que estaba siendo objeto.

Leopoldo López, en los inicios de la primera década de los 2000 fue elegido como alcalde del Municipio Chacao y posteriormente fue reelegido, ostentando dicho cargo durante ocho años, hasta noviembre de 2008. Una vez finalizado su mandato, el Sr. López Mendoza aspiraba a presentar su candidatura para la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas –y luego, para las elecciones presidenciales–, no obstante, la Contraloría le impuso dos sanciones de inhabilitación; una de ellas, por un presunto conflicto de intereses debido a que antes de ser alcalde, trabajaba en la empresa Petróleos de Venezuela S.A., y la otra, debido a una investigación por presunto uso indebido del presupuesto en el marco de sus actuaciones como alcalde.

Al respecto, debemos reiterar que los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH son: (i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos; (ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y (iii) a acceder a las funciones públicas. Para restringir alguno de ellos como resultado de una sanción, de conformidad con el artículo 23.2 de la Convención

¹⁴ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29-05-2014, párr. 383.

Americana, debe tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”.

En dicho caso, en relación con las inhabilitaciones políticas impuestas por vía administrativa a través de la Contraloría General de la República, la Corte IDH determinó que, ni uno solo de los requisitos convencionalmente previstos fueron cumplidos, toda vez que:

...el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana¹⁵.

A su vez, estableció que los ciudadanos no solo deben gozar de derechos, sino también de oportunidades, lo cual implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos¹⁶, y que en dicho caso, el Estado venezolano había violado el contenido de los artículos 23.1.b) y 23.2 de la CADH –derechos políticos–, en perjuicio de Leopoldo López Mendoza.

Además de concluir la violación a los derechos políticos de Leopoldo López, la Corte IDH determinó –entre otras medidas de reparación–, que el Estado debería asegurar que las sanciones de inhabilitación impuestas no constituyeran un impedimento para su postulación en procesos electorales, dejando sin efecto las resoluciones administrativas de la Contraloría, lo cual fue abiertamente desacatado por el Estado¹⁷, quien incluso, a través del TSJ –sin la competencia para ello y con una decisión burda– declaró “inejecutable” la sentencia de la Corte IDH¹⁸.

El alcance de las restricciones a los derechos políticos y las inhabilitaciones fue profundizado por la Corte IDH en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, a través del cual, se reiteró que no es convencional que un órgano administrativo pueda aplicar alguna sanción que “implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su inconducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella)”¹⁹ para el ejercicio de sus derechos políticos a elegir y ser elegido, toda vez que ello solo sería posible a través de un

¹⁵ Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01-09-2011, párr. 107.

¹⁶ Id., párr. 108. En el mismo sentido: *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23-06-2005, párr. 143.

¹⁷ Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20-11-2015.

¹⁸ TSJ, Sala Constitucional, Sentencia N° 1547 de 17-10-2011.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Petro Urrego vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de julio de 2020, párr. 96.

acto jurisdiccional –sentencia– emitido por un juez competente en el marco de un proceso penal.

Asimismo, la Corte IDH arribó a la conclusión de que las restricciones a los derechos políticos deben estar en estricto apego a las garantías consagradas en la Convención Americana, y que el establecimiento de un listado de posibles causales para la limitación de estos a través del artículo 23.2 convencional, tiene como objeto evitar que los derechos políticos queden al arbitrio del gobernante de turno, garantizando así que la oposición política tenga la posibilidad de ejercer su posición sin restricciones indebidas²⁰.

De esta manera, es evidente que las inhabilitaciones políticas por vía administrativa además de (i) ser emitidas por una autoridad manifiestamente incompetente mediante abuso de poder; (ii) en el marco de un procedimiento administrativo que no garantiza las bases mínimas del derecho al debido proceso; (iii) que además contraría de forma directa a los artículos 42 y 65 de la Constitución, (iv) también constituyen actos y prácticas inconventionales.

En virtud de lo anterior, aunque el Estado venezolano debería, tanto declarar la nulidad de las inhabilitaciones políticas por vía administrativa, como adecuar el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal –a los límites convencionales y constitucionalmente previstos de conformidad con la medida reparatoria de no repetición impuesta por la Corte IDH en el párrafo 225 de su sentencia en el *Caso López Mendoza*–, la realidad es que esta figura se ha convertido en un patrón de persecución implementado por el Estado, cuya finalidad es eliminar el pluralismo político en el país.

Un claro reflejo de ello, es que desde el año 2002 hasta el año 2015, la Contraloría General de la República emitió 1.401 inhabilitaciones a funcionarios –y ahora exfuncionarios– públicos con posturas abiertamente críticas al gobierno²¹, entre ellos, importantes figuras opositoras como Leopoldo López, María Corina Machado, Henrique Capriles y diputados de la Asamblea Nacional electa en el año 2015. Desde hace más de dos décadas, las inhabilitaciones políticas han fungido como un arma para neutralizar a los actores políticos que se oponen o critican al gobierno, generando que los derechos políticos de los ciudadanos venezolanos queden al absoluto arbitrio de la voluntad y los intereses de quienes lo conforman.

²⁰ Id., párr. 98.

²¹ Acceso a la Justicia. *13 años de inhabilitaciones políticas en una imagen*. 22-11-2017, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/13-anos-de-inhabilitaciones-politicas-en-una-imagen/>

Claramente, esta política estatal no ha cesado. Por el contrario, se ha convertido en un patrón sistemático que se ha mantenido presente en las elecciones municipales y regionales desde inicios de la primera década de los 2000's hasta la fecha, promoviendo una reducción drástica del espacio democrático. Incluso, la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, al pronunciarse sobre las inhabilitaciones políticas, concluyó que estas son un mecanismo empleado por el gobierno para impedir que candidatos de partidos políticos de la oposición puedan postularse a cargos representativos, indicando como ejemplos que:

1024. [...] la práctica de las inhabilitaciones se ha vuelto sistemática y recurrente a vísperas de procesos electorales. Según la ONG Observatorio Electoral Venezolano, el 2015, año en el que se celebraron elecciones parlamentarias, fue el año con mayor número de inhabilitaciones (375), un 681.25% más que el año anterior. Entre las personas afectadas por esta medida en 2015 están María Corina Machado, quien fue inhabilitada por la Contraloría General de la República por un periodo inicial de 12 meses [...], el exgobernador del Estado de Zulia, Pablo Pérez (10 años), y el exalcalde del municipio San Diego del Estado de Carabobo, Vicencio "Enzo" Scarano (12 meses), entre otros políticos y políticas de la oposición.

1025. En las elecciones regionales de 2017, la Contraloría General de la República inhabilitó por un período de 15 años, al entonces gobernador del Estado de Miranda y dos veces candidato presidencial, Henrique Capriles Radonski. [...] La medida impuesta por la Contraloría General de la República impidió que Capriles participase en los comicios presidenciales de 2018.

1026. En agosto de 2019, la Contraloría General de la República anunció sanciones de inhabilitación dirigidas contra el exalcalde de Caracas, Antonio Ledezma, y a la ex Fiscal General, Luisa Ortega Díaz y su marido, el exdiputado Germán Ferrer, por el periodo máximo de 15 años. Junto con ellos fueron inhabilitados los diputados Julio Borges y Tomás Guanipa, vinculados al gobierno interino de Juan Guaidó.

1027. En febrero de 2021, en el contexto de las elecciones regionales y municipales de noviembre de 2021, el Contralor General inhabilitó a 28 diputados de la oposición. [...] En el contexto de las elecciones de noviembre 2021, destacó también el caso de Freddy Superlano, quien fue reconocido como ganador de la gobernación de Barinas por el CNE. Sin embargo, el mismo día, el TSJ estableció una nueva fecha para la repetición de las elecciones porque, según el Tribunal, Superlano estaba inhabilitado por la Contraloría General de la República desde agosto de 2021 por el periodo máximo de 15 años por supuestos actos de corrupción y apropiación de recursos del Estado, entre otros [...] 1033. En todos los casos revisados por la Misión, las inhabilitaciones recayeron siempre sobre políticos y políticas de la oposición al Gobierno²².

²² ONU. CDH. *El aparato estatal, sus mecanismos de represión y las restricciones al espacio cívico y democrático: Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. A/HRC/54/CRP.8. 18-09-2023*, párrs. 1024 al 1033; Observatorio Electoral Venezolano, *Boletín 101, Contigo sí, contigo no...: el juego desigual de la inhabilitación*, marzo de 2023.

Asimismo, de cara a la elección presidencial próxima a celebrarse en 2024, las inhabilitaciones políticas han tenido un rol protagonista dentro de todo el ciclo electoral. El gobierno a través del abuso y del control de los distintos órganos que conforman el Poder Público Nacional, emitió y amenazó con emitir nuevas inhabilitaciones políticas por vía administrativa en perjuicio de los candidatos opositores que más apoyo popular tenían, especialmente, en contra de María Corina Machado, quien fue electa como la candidata de la oposición en las elecciones primarias celebradas el 22-10-2023, quien estaría supuestamente inhabilitada por 15 años, de conformidad con el Oficio N° DGPE-23-08-00-008²³, emitido como respuesta a una consulta de un diputado oficialista, que no le fue notificado a Machado ni a sus representantes legales y tampoco fue publicado en Gaceta Oficial.

Esta suerte de inhabilitación política a todas luces ilegal, resultó ser la cúspide de la arbitrariedad, toda vez que dicho Oficio se emitió prescindiendo de: (i) alguna notificación sobre el inicio de un nuevo procedimiento que diese pie a una inhabilitación; (ii) el trámite de algún expediente o investigación conforme al debido proceso en el marco de una nueva inhabilitación y (iii) de alguna notificación sobre algún dictamen emitido por la Contraloría General. Por el contrario, se produjo como respuesta a una supuesta “consulta” realizada por un diputado ante la Contraloría sobre el estatus de la inhabilitación que se había emitido en contra de Machado en el año 2015, a pesar de que incluso de conformidad con el artículo 79 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, las investigaciones de los órganos de control tienen carácter reservado. Este acto es además nulo, por configurar una certificación de mera relación administrativa, prohibida por el artículo 170 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En síntesis y sin lugar a dudas, las inhabilitaciones políticas por vía administrativa son de larga data en Venezuela y han sido el arma del gobierno desde el año 2000 para neutralizar a la disidencia política en el país, y así allanar el camino para su perpetuación en el poder a toda costa, aun cuando es evidente “*que ningún órgano administrativo puede restringir los derechos políticos a elegir y ser elegido a través de sanciones de inhabilitación o destitución*”²⁴. Por consiguiente, configuran una violación de los derechos políticos tanto a la dimensión individual

Disponible en: <https://oevenezolano.org/2023/03/boletin-101-contigo-si-contigo-no-el-juego-desigual-de-la-inhabilitacion/>

²³ Dirección de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República. Oficio No. DGPE-23-08-00-000 de 27-06-2023.

²⁴ CIDH. Venezuela: CIDH condena la persecución a personas por motivos políticos en el contexto preelectoral. 14-07-2023. Comunicado de prensa, disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/155.asp>

–del candidato a ser electo para ejercer cargos públicos– como a la dimensión colectiva, de quienes votan para elegir a quienes ejercerán dichos cargos.

De esta manera, a través de una figura abiertamente inconstitucional e inconvenional, el Estado venezolano persigue y elimina la disidencia política, suprimiendo los derechos de las personas que sean consideradas como opositoras, empleando para ello de forma abusiva los poderes públicos, y en este caso especialmente la Contraloría General de la República, los cuales están todos supeditados y a disposición del Ejecutivo Nacional, en detrimento de la democracia participativa, el respeto a los derechos humanos y el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho.

III. La falta de independencia e imparcialidad de los órganos que conforman el Poder Público Nacional, de cara a las inhabilitaciones políticas

1. La falta de imparcialidad e independencia de la Contraloría General de la República

Si bien es cierto que la Contraloría General de la República al no ser un órgano judicial –imposibilitado de dictar una sentencia definitivamente firme en un proceso penal– es manifiestamente incompetente para imponer inhabilitaciones políticas a los fines de impedir el ejercicio del derecho político a optar por un cargo de elección popular, es prudente destacar que tampoco es en la realidad una instancia imparcial ni independiente, por lo que los procedimientos administrativos a tales fines, también se encuentran viciados al no poseer las garantías judiciales mínimas exigidas en el marco del respeto al debido proceso.

En primer lugar, la Contraloría General de la República no goza de independencia alguna en el ejercicio de sus funciones. Desde 1999, a la cabeza de la Contraloría estuvieron personas abiertamente partidarias del chavismo y muy cercanas y dependientes del gobierno, siendo un claro ejemplo de ello el último Contralor designado, Elvis Amoroso, un exdiputado chavista –objeto de sanciones por parte de Estados Unidos y la Unión Europea– e irónicamente, el actual presidente del Consejo Nacional Electoral. Incluso, la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre Venezuela, en uno de sus más recientes informes arribó a la conclusión de que la Contraloría está ampliamente influenciada por el Poder Ejecutivo, lo cual afecta su capacidad para llevar a cabo investigaciones imparciales y objetivas sobre presuntas irregulares administrativas y actos de corrupción, y que por el contrario:

1507. La Misión tiene motivos razonables para creer que las inhabilitaciones políticas dictadas por la Contraloría General de la República se han emitido de manera arbitraria, sin brindar oportunidad a las y los afectados a ejercer

adecuadamente el derecho a la defensa y sin la debida publicidad. La Misión tiene también motivos razonables para creer que las inhabilitaciones se han aplicado selectivamente contra líderes y figuras prominentes de la oposición al Gobierno, con el objetivo de perseguir y silenciar a la oposición. La Misión tiene motivos razonables para creer que estas medidas han limitado la posibilidad de que los líderes opositores ejerzan cargos públicos y participen en la vida política y democrática venezolana, debilitando el pluralismo político, el espacio para la participación ciudadana y la posibilidad de alternancia en el poder²⁵.

A su vez, la Contraloría tampoco es un órgano imparcial en el dictamen de inhabilitaciones políticas. Al respecto, se puede observar que (i) no existe una imparcialidad desde el ámbito subjetivo, toda vez que la Contraloría General tiene una posición tomada desde el momento de la investigación, lo cual refleja la existencia de una preferencia y el involucramiento directo en la controversia en cuestión; y tampoco (ii) debido a su vinculación con el Poder Ejecutivo y debido a la falta de separación de poderes generalizada, tampoco garantiza la imparcialidad objetiva, ya que no existen garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre parcialidades. Estos dos elementos son necesarios para garantizar la imparcialidad, la cual requiere una aproximación al caso sin prejuicios y con garantías objetivas²⁶.

Precisamente, la parcialidad vista desde el ámbito subjetivo es clara, cuando advertimos que un mismo órgano como es la Contraloría funge al mismo tiempo como órgano investigador y sancionador de manera paralela, siendo juez y parte en el procedimiento administrativo sancionatorio que está conociendo, resultando manifiestamente imposible la existencia de un proceso imparcial, justo o en condiciones de igualdad. Al respecto, se ha entendido que:

...lo que hay es por una parte, una "parte" administrativa que investiga y decide con todo el poder del Estado, y por la otra, un administrado sujeto a investigación, pero donde la primera parte es la que resuelve el asunto, es decir, es el "juez y parte", nunca podría estar garantizado plenamente el derecho al debido proceso o a las "garantías judiciales," razón por la cual, mediante esos procedimientos no se puede decidir respecto del funcionario o parte investigado, la pérdida de un derecho constitucional como el derecho a ser electo, lo que sólo podría corresponder en exclusiva a los tribunales de justicia, los cuales deben ser conducidos por jueces independientes e imparciales encargados de dirimir los conflictos entre partes en el proceso, en plano de igualdad.

²⁵ ONU. CDH. *El aparato estatal, sus mecanismos de represión y las restricciones al espacio cívico y democrático: Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*. A/HRC/54/CRP.8. 18-09-2023, párrs. 1505 y 1506.

²⁶ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02-07-2004, párr. 171. Ver también: TEDH. *Caso Castillo Algar vs. España*. Sentencia de 28-10-1998, párr. 43.

...No es posible que se pueda concebir que mediante un procedimiento administrativo conducido por una Administración de control fiscal pueda despojarse a un ciudadano de un derecho político, cuando quien decide el procedimiento es la misma entidad que investiga y declara la responsabilidad del funcionario. La autoridad decisora, en ese caso, nunca podría llegar a considerarse como equivalente a nada que se parezca a un juez independiente e imparcial; al contrario, es una autoridad decisora que es esencialmente parcializada en el sentido que resulta de su propia “investigación”²⁷.

Por lo tanto, jamás podría considerarse que la Contraloría, en el marco de la imposición de inhabilitaciones políticas es un órgano independiente e imparcial, entendiendo que (i) posee una relación directa con el mantenimiento de los intereses del gobierno, lo cual se traduce en la reducción del espacio democrático y la limitación arbitraria de los derechos políticos de personas opositoras, y que (ii) al desempeñar los roles de actor y director del procedimiento para la determinación de responsabilidades administrativas, decide con base a las conclusiones a las que él mismo llegó en su investigación, tomando posición sobre cada caso en cuestión y viéndose directamente involucrado en la “controversia”.

Finalmente, valdría la pena precisar brevemente que el último Contralor General designado –Elvis Amoroso– fue nombrado en el año 2018, por la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente, por lo cual, carecía de absoluta legitimidad para el ejercicio de sus funciones públicas, y aunque de conformidad con la Constitución, “*toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos*” (art. 138), la Sala Constitucional del TSJ nunca se pronunció en ese sentido, debido a que en Venezuela, lamentablemente, el sistema de justicia carente de toda independencia e imparcialidad es clave para la negación del pluralismo político.

2. La falta de independencia del Poder Judicial y su rol en la persecución a la disidencia política

Es bien sabido que los órganos de los poderes públicos en Venezuela –especial pero no únicamente el Poder Judicial a través del TSJ, el Consejo Nacional Electoral, la Contraloría General y Ministerio Público– están a disposición de los intereses y las órdenes del Poder Ejecutivo. De hecho, el grave y continuo deterioro de la independencia y la separación de poderes en Venezuela es de larga data y ha sido ampliamente documentado por organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo “CIDH”)²⁸, la Misión

²⁷ Allan R. Brewer-Carías. *La incompetencia de la administración contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos*. Nueva York. Febrero de 2011, p. 19.

²⁸ Véase, por ejemplo: CIDH. *Informes Anuales* desde 2003 hasta 2022, Capítulo IV: Venezuela. Disponibles en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/IA.asp>; *Informe de País: Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela 2017*. OEA/Ser.L/V/II. 31-12-2017.

Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre Venezuela²⁹ y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas³⁰, haciendo particular énfasis en el sistema de justicia.

El Poder Judicial venezolano adolece de graves vicios estructurales que comprometen su imparcialidad e independencia, trayendo consigo un sostenido deterioro de su institucionalidad. En general, existe una intervención política en el sistema de justicia que ha producido un contexto generalizado de impunidad alrededor de las violaciones de derechos humanos, y que a su vez, ha fungido como el brazo ejecutor de la persecución de cualquier persona u organización que exprese críticas o alguna forma de oposición al gobierno. En definitiva, la socavación de la independencia judicial ha convertido al sistema de justicia en un instrumento de represión³¹.

El TSJ, como máximo órgano judicial, lejos de actuar como árbitro imparcial de la justicia, ha apoyado y favorecido los intereses de ciertos poderes políticos en sus decisiones, al ser un órgano abiertamente “cooptado por el partido de Gobierno, convirtiéndose en un apéndice del Poder Ejecutivo y dejando de ejercer su función constitucional de garante del Estado de Derecho y de los derechos humanos y libertades fundamentales”³².

La ausencia de independencia judicial ha conllevado a la manipulación política de los distintos órganos que conforman el sistema de justicia, lo cual deja sin recursos disponibles y efectivos para la defensa real de los derechos de quienes son objeto de persecuciones, sanciones o procesos injustos y parcializados. De hecho, la CIDH en los asuntos *Lester Toledo y otros* y *María Corina Machado Parisca*, ambos respecto de Venezuela, reconoció que existe una política de persecución en contra de personas disidentes y con posición política crítica al gobierno, a través de la cual, las autoridades venezolanas –entre ellas, el Poder Judicial– llevan a cabo distintas formas de “represalia contra personas que

²⁹ Véase, por ejemplo: ONU. CDH. *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*. A/HRC/48/CRP.5. 16-09-2021, párrs. 37 y ss.

³⁰ Véase, por ejemplo: ACNUDH. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. A/HRC/41/18. 04-07-2019, párrs. 33, 54 y 76.

³¹ ONU. CDH. *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*. A/HRC/45/CRP.11. 15-09-2020, párr. 165.

³² CIJ. *Jueces en la Cuerda Floja: Informe sobre Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial en Venezuela*. Ginebra. Junio de 2021, p. 16; *El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: un instrumento del Poder Ejecutivo*. Ginebra. Septiembre de 2017, p. 50.

*públicamente manifiestan o asumen una postura de disenso con las políticas del gobierno*³³.

Justamente, es esta falta de independencia del Poder Judicial la que en definitiva permite y ejecuta los irregulares procesos judiciales de persecución política a la disidencia política, por lo que resulta prácticamente imposible que se brinden garantías procesales reales en procesos judiciales en los que pretenda impugnarse alguna inhabilitaciones política por vía administrativa, como una de las manifestaciones de la reducción del espacio democrático que sistemáticamente ha propiciado el actual Estado venezolano.

Un ejemplo de ello, es que en fecha 06-08-2008, la Sala Constitucional del TSJ, absurdamente declaró la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, y decretó con un fundamento absolutamente errado y contradictorio, su supuesta compatibilidad con el artículo 23 de la CADH, sosteniendo que la inhabilitación no es una sanción política sino administrativa, toda vez que surte efectos para el desempeño de la función administrativa, indiferentemente de cuál sea el origen. Al respecto, precisó que:

Atendiendo al contenido de las normas citadas es menester señalar que la potestad sancionatoria del Contralor General de la República está referida al ámbito administrativo; es decir, que no es una sanción política como ocurre en otros ordenamientos constitucionales latinoamericanos, en virtud de que la sanción de inhabilitación se ciñe a la función administrativa vista la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República y sus funciones constitucionales, que apuntan a la fiscalización, supervisión y control de la gestión pública, funciones que se insertan en el Sistema Nacional de Control Fiscal; ello es la garantía del postulado constitucional establecido en el artículo 141 de la Carta Magna.

En efecto, la sanción de inhabilitación para el ejercicio de cualquier función pública surte efectos para el desempeño de la función administrativa, indistintamente de cuál sea el origen; esto es, por concurso, designación o elección popular. De ese modo, la inhabilitación decretada en uso de la potestad otorgada por el artículo 105 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal limita o inhabilita, durante la vigencia de la sanción, la aptitud para el manejo de la cosa pública por causa de haber incurrido en infracciones administrativas comprobadas mediante el procedimiento de control fiscal. Esta inhabilitación se extiende a toda función administrativa, incluso las que derivan del cargo de elección popular, en virtud de que la función de gobierno supone necesariamente la aptitud para el ejercicio de funciones públicas³⁴.

³³ CIDH. *Resolución 35/16: Asunto Lester Toledo y otros respecto de Venezuela*. Medida Cautelar Nro. 314-16 del 04-06-2016, párr. 9; *Resolución 22/2019: Asunto María Corina Machado Parisca respecto de Venezuela*. Medida Cautelar Nro. 125-19. 12-04-2019, párr 25.

³⁴ TSJ, Sala Constitucional, Sentencia N° 1266 de 06-08-2008.

Adicionalmente, la Sala se declaró "*incompetente para conocer de los recursos de nulidad incoados contra los actos administrativos dictados por el Contralor General de la República*"³⁵, en virtud de haber declarado la constitucionalidad del artículo 105 *supra* identificado. Lo cual, deja en absoluta desprotección y sin la existencia de recursos disponibles –además inefectivos– para impugnar inhabilitaciones políticas por vía administrativa de carácter arbitrario, inconstitucionales e inconvenientes, independientemente de la conclusión parcializada a la que llegó el TSJ, en virtud de su supeditación hacia el Poder Ejecutivo y sus intereses políticos.

De igual manera, más recientemente, la Sala Político Administrativa del TSJ concluyó incongruentemente que dicha norma no vulnera en modo alguno ningún derecho o garantía constitucional, siendo una disposición absolutamente compatible con la Constitución, recalcando que:

...dicho tema de debate ya ha sido zanjado por la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, a través de las decisiones Nros. 1.265 y 1.266 del 5 y 6 del agosto de 2008 -entre otras-, mediante las cuales se declaró que dicha norma -por sí misma- no es capaz de lesionar el derecho de los particulares al debido proceso y a la defensa, el principio *non bis in idem*, el principio de tipicidad, el principio de proporcionalidad y la presunción de inocencia.

En tal sentido, la Máxima Intérprete del Texto Fundamental determinó de forma expresa que tal disposición resulta conforme con la Constitución y, además, compatible con la vigencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos³⁶.

Es así como, aun existiendo una interpretación auténtica de la Convención Americana, realizada por la propia Corte IDH sobre el alcance de las restricciones a los derechos políticos, el TSJ la distorsiona y desconoce deliberadamente su aplicación a través del control de convencionalidad, lo cual, de conformidad con el artículo 2 de la CADH, genera un incumplimiento a una obligación convencional, configurándose así la responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, es claro que la posibilidad real de revisar las inhabilitaciones políticas impuestas por la Contraloría General es nula, lo cual afecta el derecho a la defensa y el acceso a la justicia de quienes, injustamente ven eliminada la posibilidad de participar en los procesos electorales y de acceder al ejercicio de cargos públicos, colaborando así con la perpetuación en el poder de la *ka*-kistocracia.

Recapitulando, este contexto generalizado de falta de independencia en los Poderes Públicos del Estado venezolano, además de generar un clima de impunidad y violaciones sistemáticas a los derechos de los venezolanos, ha utilizado las inhabilitaciones políticas impuestas

³⁵ Id.

³⁶ TSJ, Sala Político Administrativa, Sentencia N° 298 de 05-06-2019.

arbitrariamente por la Contraloría General de la República, como una herramienta para silenciar y neutralizar a las personas que son críticas al gobierno, dejándolas sin recursos efectivos y garantías reales en el marco de la determinación o reclamo de sus derechos, quedando no solo excluidas del juego democrático, sino sumidas en la desprotección. De esta manera, es claro cómo la Contraloría General de la República y el Poder Judicial son un binomio maquiavélico que colaboran entre sí, para la reducción del espacio democrático y el allanamiento del camino hacia la perpetuación del poder a favor del régimen, eliminando el pluralismo político y violando derechos humanos de manera sistemática, en abierto desconocimiento y desacato a la Constitución.

Conclusión

Es claro que no hay derechos políticos sin democracia y Estado de Derecho, pero tampoco hay democracia ni Estado de Derecho sin derechos políticos. Las inhabilitaciones políticas impuestas por la Contraloría General a los miembros de la oposición y candidatos y candidatas que pretenden optar a cargos públicos por vía electoral –a todas luces inconstitucionales e inconventionales– no solo limitan las opciones disponibles en los procesos electorales; también representan ataques constantes y sostenidos al principio democrático. En ese sentido, esta figura constituye una pluriviolación a la dimensión individual y colectiva de los derechos políticos, especialmente, del derecho a elegir y ser elegido.

Es inconcebible que un órgano administrativo, como lo es la Contraloría, pretenda estar facultado para restringir el ejercicio de derechos que además de ser derechos humanos, representan un elemento fundamental de la democracia representativa. Se trata de una acción inconstitucional e inconventional.

Ello, automáticamente, pone en tela de juicio cualquier proceso electoral, que bajo esas condiciones, jamás pudiese catalogarse como libre ni justo. Esta práctica sistemática por parte del Estado venezolano, no solo representa un patrón de represión y reducción del espacio democrático, sino que reproduce y agrava la persecución política en contra de cualquier persona disidente o con opiniones críticas al gobierno, lo cual, sin lugar a dudas, compromete la responsabilidad internacional del Estado. ■

¿Los servicios de puntos de venta son servicio público según el Derecho venezolano?

Simón FERNÁNDEZ BRAVO*

REDAV, N° 27, 2023, pp. 69-82

Resumen: Este trabajo viene motivado por el debate suscitado en un importante caso que se ha ventilado en sede arbitral y luego en el Tribunal Supremo de Justicia durante el último año, y el mismo tiene por objeto pronunciarse sobre los límites y la interpretación del concepto de servicio público en el Derecho Administrativo venezolano con ocasión de una cuestión debatida entre las partes del referido caso, la cual puede resumirse en una pregunta: ¿la declaratoria de servicio público contenida en la Ley de Instituciones del Sector Bancario se extiende a los servicios de puntos de venta?

Palabras clave: Actividad bancaria – Servicios financieros – Servicio público.

Abstract: *This work is motivated by the debate raised in an important case that has been heard in arbitration and then in the Supreme Court of Justice during the last year, and its objective is to pronounce on the limits and interpretation of the concept of public service. in Venezuelan Administrative Law on the occasion of an issue debated between the parties to the aforementioned case, which can be summarized in a question: does the declaration of public service contained in the Banking Sector Institutions Law extend to point of sale services?*

Keywords: Banking activity – Financial services – Public Service.

Recibido

31-03-2024

Aceptado

23-04-2024

Introducción

Recientemente, uno de los casos de envergadura discutidos en el foro venezolano ha sido el relacionado con la controversia arbitral entre las sociedades mercantiles Carroferla Media Group y TCA Services, C.A., llegando a sus últimos extremos con el avocamiento por parte de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 57 de fecha 23-02-2024.

Sin embargo, lo único relevante, a los efectos del presente, es la discusión planteada en torno a la posibilidad de que el servicio de puntos de venta y su comercialización se encuentre arropado por la declaratoria como servicio público contenida en el Artículo 8 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (en adelante LISB).

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (2023), cursante de la Especialización en Derecho Financiero de la misma universidad.

A tal efecto, se estudiará sucintamente la noción de servicio público manejada en el Derecho Administrativo venezolano, se harán comentarios sobre la interpretación de la misma y el conveniente y desordenado tratamiento de la jurisprudencia, para finalizar pronunciándonos sobre el carácter de servicio público –o no–, que pueda revestir el servicio de puntos de venta.

I. La noción, interpretación y alcance de la declaratoria de servicio público en el Derecho venezolano

1. Caracterización del servicio público

Consideramos pertinente iniciar con una observación de ARAUJO-JUÁREZ que dará propósito a las siguientes líneas y es que, del servicio público, categoría que ha “*pretendido dar unidad y coherencia a la totalidad del Derecho Administrativo, hay tantos enfoques como definiciones*”¹.

Coligiendo totalmente con la opinión del maestro, más que presentar una conceptualización clara o un replanteamiento de la noción, nos encargamos de exponer, de alguna manera, las consecuencias del manejo ambiguo de la misma, lo cual, en gran medida, se asemeja a las manifestaciones de autoritarismo encubierto detrás de la “parafiscalidad” consistentemente denunciada por el académico JUAN CRISTÓBAL CARMONA².

Ahora bien, teniendo en cuenta esta aproximación del servicio público, basada en su ambigüedad y, como veremos, en su circunstancialidad –siempre en perjuicio de la libertad–, es claro que el presente no pretende realizar un replanteamiento³ de la noción en sí misma, lo cual sería objeto de otro trabajo, sino más bien llamar la atención sobre el empleo indiscriminado del concepto, para lo cual es fundamental reparar sus caracteres.

Así las cosas, BREWER-CARIÁS, en un trabajo clásico en la materia, alude a un doble sentido del servicio público: en un caso (i) en su sentido político-administrativo, tratándose de actividades del Estado destinadas a satisfacer necesidades colectivas y (ii) en su sentido jurídico, según el cual se refiere a actividades prestacionales del Estado tendientes a

¹ Araujo Juárez, José. *Manual de Derecho Administrativo*. RVLJ, segunda reimpresión de la primera edición, Caracas, 2024, p. 358.

² Carmona Borjas, Juan Cristóbal. *Distopía Parafiscal*. EJV, Caracas, 2023.

³ A tal efecto, ver las acertadas observaciones de Reveron Boulton, Carlos. *La necesidad de replantear la noción de servicio público en América Latina* en Revista de Derecho Público N° 169-170, 2022, pp. 185-202.

satisfacer necesidades colectivas y que cumple en virtud de una obligación constitucional o legal⁴.

Y es que, tal como lo establece HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, en el propio ámbito jurídico, se trata de una idea que ha tenido distintos conceptos con visiones distintas: como título de potestades administrativas, como objeto de ciertos contratos celebrados por la Administración o como parámetro de la responsabilidad patrimonial⁵. En ese sentido, tenemos dos razones para concentrarnos en su acepción jurídica, pero intentando perfilar a la misma como auténtica categoría jurídica.

Primero, en la medida de que la otra carece de la capacidad de producir la consecuencia jurídica más potente del servicio público, a saber, la sustracción de una determinada actividad y de sus prestadores del régimen jurídico común, para ser disciplinada por el régimen exorbitante del que se trata, en suma, el Derecho Administrativo.

Segundo, en el campo del Derecho Administrativo, el principio del favor *libertatis*, derivado del artículo 2 del texto constitucional, es capital como canon interpretativo, lo cual resume excelentemente el magistrado español FERNÁNDEZ VALVERDE⁶, entendiendo que implica acudir a una interpretación extensiva, cuando de reconocimiento de libertad se trate, y a la más restrictiva, cuando de limitaciones a la libertad se trate.

Siguiendo este punto, y amalgamado con el primero, debe anotarse que el servicio público, siempre “*se presenta como una restricción a la libertad económica de los particulares*”⁷, con lo cual, la interpretación de las disposiciones contentivas de “servicios públicos”, deben ser interpretadas tomando en cuenta la noción estricta de servicio público y no otra.

Entonces, corresponde establecer las características limítrofes del servicio público como auténtica categoría jurídica.

2. ¿Es indispensable la titularidad pública de una actividad para hablar de un servicio público?

Mucho se habla de la influencia del Derecho Administrativo francés como exportador de conceptos; principalmente, en cuanto a los aportes

⁴ Brewer-Carías, Allan. *Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias* en Revista de Derecho Público N° 6, 1981, p. 66.

⁵ Hernández González, José Ignacio. *¿Superación de la crisis conceptual del servicio público? A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003* en Revista de Derecho Administrativo N° 17, 2003, p. 236.

⁶ Fernández Valverde, Rafael. *El principio “Favor Libertatis”* en Los principios jurídicos del Derecho Administrativo, obra colectiva dirigida por Juan Alfonso Santamaría Pastor, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pp. 799-811.

⁷ Brewer-Carías, Allan. *Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*, p. 66.

de la sentencia Blanco del Tribunal de Conflictos del 08-02-1873⁸ como fundadora del Derecho Administrativo, cuyo rol, según el saber de QUEZADA RODRÍGUEZ, citando a BIGOT, fue atribuido por primera vez por el jurista galo MARCEL WALINE y que, además, el hecho decisivo se materializaba con la visión de WALINE en la insigne obra “Grandes decisiones de la Jurisprudencia Administrativa” (en lo sucesivo, GDJA), cuya primera edición es del año 1956⁹.

Aquí, cabe acotar que la relevancia de la decisión Blanco estriba, fundamentalmente, en dos puntos que giran en torno al servicio público y en cuya función se desprende el resto del Derecho Administrativo: el servicio público como criterio atributivo de competencia jurisdiccional y como contenido del Derecho Administrativo¹⁰.

Además, siguiendo a QUEZADA, existen otras dos decisiones de especial relevancia para el caso que nos aqueja, a saber, la decisión *Bac d'Eloka* del Tribunal de Conflictos de fecha 22-01-1921 y la decisión *Caisse primaire “aide et protection”* del Consejo de Estado de 1938 de fecha 13-05-1938.

En ellas: (i) se da origen a los “servicios públicos industriales y comerciales”, entendidos como la posibilidad de que los particulares gestionen servicios públicos bajo las reglas de la empresa privada¹¹ y (ii) la posibilidad de que los servicios públicos sean gestionados por particulares sin una relación jurídica-contractual con las Administraciones Públicas¹², derivando en lo que se asemejaría a un deslinde entre una concepción orgánica y una material.

En este caso, es posible observar como ese andamiaje construido por la doctrina y la jurisprudencia francesas no asoma la noción de la titularidad pública o reserva detrás de sí; de hecho, las decisiones aludidas arriba no hacen sino volver, de cierta manera, prescindible, al elemento de la titularidad para definir al servicio público.

En ese enfoque, es sencillo concluir que el elemento referido a la titularidad o *publicatio* no proviene de la caracterización francesa del

⁸ Ver comentarios en Long, Marceau, Weil, Prosper, Braibant, Guy, Devolvé, Pierre y Genevois, Bruno. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa*, 21ª Edición, 2017, Segunda edición en español: diciembre de 2019, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 37-35.

⁹ Quezada Rodríguez, Flavio. *Origen de la noción de servicio público en el Derecho Francés y su recepción en el Derecho Español. Un enfoque crítico* en Revista de Administración Pública N° 216, p. 154.

¹⁰ Long, Marceau, Weil, Prosper, Braibant, Guy, Devolvé, Pierre y Genevois, Bruno. *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés...*, pp. 37-35.

¹¹ *Ídem*, pp. 300-311.

¹² *Ídem*, pp. 420-428.

servicio público sino, por el contrario, de la tradición española¹³. Más en concreto, tal como afirma ARIÑO, el empleo del término en el Derecho Administrativo se ha debido al jurista español JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ.

En ese sentido, en el Derecho venezolano, la *publicatio*, de acuerdo con BREWER-CARIAS, se refiere a la consecuencia de que el Estado ejerza la potestad de “*reservarse determinadas actividades económicas, servicios, industrias o bienes para su exclusivo desarrollo*”¹⁴, añadiendo con posterioridad que los servicios públicos son unas de estas categorías susceptibles de tal consecuencia.

Sin embargo, es de alta importancia advertir que esto ha sido, en algún momento, un punto álgido de discusión en la doctrina y jurisprudencia venezolanas.

Con ello, se apela a la noción del servicio público subjetivo, que implica que la mera declaratoria de una actividad como servicio público, lleva consigo la reserva de la actividad (*publicatio*), lo cual le distingue de la categoría de los servicios de utilidad pública o de interés general, habiendo sido esta la postura admitida por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el Caso CANTV en sentencia del 05-10-1970¹⁵.

No obstante, desde el comentado trabajo de BREWER-CARIAS de 1981, puede entenderse que el autor no ha catalogado la reserva –y consiguiente exclusión de la libertad económica de los particulares– del concepto, dado que alude a actividades reservadas y excluyentes, reservadas y con posibilidad de concurrencia por vía concesional y actividades no reservadas y sometidas a regímenes autorizatorios, todas servicios públicos¹⁶.

¹³ Para estudiar esta caracterización del servicio público en el Derecho español, sugerimos consultar a Quezada Rodríguez, Ob. Cit., Villar Palasí, José Luis. *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, Revista de Administración Pública N° 3, pp. 53-129 y Jordana de Pozas, Luis. *El problema de los fines de la actividad administrativa* en Revista de Administración Pública N° 4, 1951, pp. 11-28.

¹⁴ Brewer-Carías, Allan. *Sobre la “publicatio” en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de “actividades reservadas al estado,” “utilidad pública,” “interés social,” “servicio público,” “dominio público” y “orden público”* en Bases y retos de la Contratación Pública en el Escenario Global, Actas del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 1 y 3 de octubre de 2017, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, FINJUS, Editorial Jurídica Venezolana International, Santo Domingo, pp. 873-890.

¹⁵ Hernández González, José Ignacio. *¿Superación de la crisis conceptual del servicio público? A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional de 29 de agosto de 2003*, p. 237.

¹⁶ Brewer-Carías, Allan. *Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*, p. 70.

Y es que, lo cierto es que parece haber una mayor uniformidad en la jurisprudencia desde la decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del caso Avenza con fecha 09-06-1998¹⁷, cuyo criterio se acoge en la decisión N° 2436 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 29-08-2003 (caso: Arnoldo González Sosa) y según las cuales, en suma, el servicio público y la reserva ex Artículo 302 de la Constitución, son categorías jurídicas distintas y que, por lo tanto, la declaratoria de una actividad como servicio público no conlleva su reserva.

Por extensión, la declaratoria de una actividad como servicio público no supone la negación de la libertad económica de los particulares, lo cual, aborda MÓNACO, al razonar sobre la posibilidad de la aplicación del Derecho de la Competencia –entendida la competencia como un atributo de la libertad económica– en aquellas actividades declaradas como servicio público, razonamiento que extiende a las actividades reservadas en el caso de los concesionarios, arguyendo que la reserva sólo suprime una faceta de la libertad económica, como lo es la entrada¹⁸.

Ahora, a pesar de ser un tema tangencial en este trabajo –y ajeno a su objeto, en cierta medida–, a diferencia de MÓNACO, consideramos que su opinión respecto de la existencia de libertad económica en las actividades reservadas, es errada, puesto que la libertad económica se trata, en toda regla, de un auténtico derecho constitucional y, por lo tanto, es objeto de las garantías propias de los mismos; en el caso de los particulares que obtienen concesiones, su derecho de “entrada al mercado” o al ejercicio de la actividad, está supeditado a la obtención de una concesión –contrato administrativo– que, en todo caso, crea derechos de rango sublegal, al punto de que pueden ser nuevamente suprimidos por el ejercicio de potestades exorbitantes y frente a las cuales poseen instrumentos como el equilibrio económico-financiero del contrato y las garantías de los contratistas.

Entonces, es muy claro que las actividades declaradas como servicios públicos y expresamente reservadas mediante una ley orgánica (tal como se desprende del artículo 302 de la Constitución), suponen un auténtico ámbito de ausencia de libertad económica para los particulares, en todos sus sentidos, en nuestro criterio.

No obstante, queda verificar si las actividades declaradas como servicios públicos pero no reservadas, siguen comportando, esencial y no accidentalmente, limitaciones a la libertad económica y, por consiguiente, siendo merecedoras de una interpretación restrictiva. Sobre

¹⁷ Consultada en Revista de Derecho Público N° 73-74/75-76, 1998, pp. 126-142.

¹⁸ Mónaco Gómez, Miguel. *Regulación de los monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pp. 50-51.

esto, en la precitada definición de BREWER, el mismo comenta que existe una limitación cuando *el Estado las regula y ordena*¹⁹.

En sintonía, ARAUJO-JUÁREZ afirma que la declaratoria como servicio público funge como un título de intervención pública y de potestades administrativas²⁰, de lo cual concluimos que, precisamente con la pretensión de satisfacer esa obligación constitucional o legal, el Estado acude a técnicas de policía que, de un modo u otro, limitan a la libertad económica de los particulares en estos sectores y que, en muchos casos, acaban generando condiciones totalmente adversas a los derechos de los usuarios, aunque el análisis de las consecuencias económicas y éticas de la declaratoria es algo que escapa de este trabajo.

Ahora bien, lo que sí deriva de esta declaratoria es la aplicación de un régimen jurídico particular en el cual la doctrina es pacífica, siendo resumidos por PARÉS SALAS en los principios de continuidad y regularidad de la prestación, la obligatoriedad, la mutabilidad y la prestación en igualdad de condiciones²¹, lo cual se amalgama con deficientísimos mecanismos diseñados para su aseguramiento como la infame demanda de prestación de servicios públicos, el cual posee una estructuración lamentable en el caso de nuestro ordenamiento jurídico²².

En consecuencia, hemos observado como, tanto en las actividades reservadas, como en aquellas que no, la declaratoria de servicio público lleva consigo una limitación intrínseca a la libertad económica entendida como un derecho fundamental y, quizás, a otros derechos fundamentales conexos a la misma –como el de propiedad–, quedando ahora examinar el caso de la declaratoria de la actividad bancaria como servicio público y hasta dónde la misma puede extenderse.

3. La contradictoria interpretación de la noción de servicio público por el Tribunal Supremo de Justicia. Por una interpretación congruente con el principio favor libertatis

Para introducir un poco el abuso del concepto, y valiéndonos de la referencia anterior, es sumamente ilustrativo como, de acuerdo con UROSA MAGGI, la interpretación del concepto empleada para hacer que una actividad sea susceptible de ser tutelada por la demanda de

¹⁹ Brewer-Carías, Allan. *Sobre la "publicatio" en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de "actividades reservadas al estado," "utilidad pública," "interés social," "servicio público," "dominio público" y "orden público"*, p. 9.

²⁰ Araujo-Juárez, José. *Manual de Derecho Administrativo*, pp. 361-362.

²¹ Parés Salas, Alfredo. *El contencioso de los servicios públicos (consideraciones en torno al Artículo 259 de la Constitución y al derecho fundamental a la adecuada prestación e los servicios públicos* en *Revista de Derecho Administrativo* N° 12, 2001, pp. 272-283.

²² Ver a Urosa Maggi, Daniela. *Demanda de prestación de servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio* en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 4.

prestación de servicios públicos, entre otras cosas, requiere que se trate de una actividad cumplida por un ente público de manera directa –lo cual puede ocurrir en una actividad reservada o no– o por un concesionario²³, lo cual supone, necesariamente, una actividad reservada.

Con ello, es claro que las actividades declaradas como servicios públicos, las cuales deben cumplir con las mismas características de continuidad, regularidad, obligatoriedad y demás, es decir, las cuales se encuentran arropadas por el régimen jurídico del servicio público, no contarían con la tutela judicial de la demanda de prestación de servicios públicos contenida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La verdad, consideramos que, en estos casos, tiene sentido adoptar criterios como el de la sentencia N° 1209 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 12-08-2014 (caso: C.A., Luz Eléctrica de Venezuela y otros), según la cual se confirmaba una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que expresaba que:

...la facturación del servicio eléctrico, entendida como un requisito dentro del proceso de comercialización del mismo frente a los usuarios, sí forma parte del servicio eléctrico como un todo. Por tal razón, la empresa ADMINISTRADORA SERDECO, C.A., en la medida en que factura el servicio eléctrico a los usuarios del mismo, actúa –conjuntamente con las empresas que se encargan del suministro físico de la electricidad– como prestadora del servicio y como tal puede ser legitimado pasivo en una demanda relativa a reclamos por prestación de servicios públicos; como lo es el presente caso.

Si bien es cierto que se emplea un criterio ampliamente extensivo en estos casos, no es menos cierto que se trata del servicio eléctrico (sector reservado ex artículo 8 de la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico); con esto, lo que queremos dar a entender es que esos criterios extensivos alcanzan la amplitud de actividades que, en sí mismas, no comportan una actividad declarada como servicio público –como la facturación–, pero se dejan por fuera actividades expresamente declaradas como servicios públicos en las cuales el Estado no participe como gestor directo o indirecto.

De esa forma, observamos un deslinde del desarrollo doctrinario y jurisprudencial aceptado en nuestro ordenamiento jurídico para recurrir a otra conceptualización que tiene como consecuencia restringir el ámbito material de legitimación para acceder al contencioso de los servicios públicos, lo cual compone una violación al ya referido principio de favor *libertatis*, al interpretar restrictivamente la noción de servicio público para reconocer una libertad incluso de rango constitucional (tutela judicial efectiva y acceso a la justicia).

²³ *Ídem*, p. 96.

A la vez, la ambivalencia del servicio público puede reflejarse en situaciones en las cuales se interpreta, no digamos de manera extensiva pero, por lo menos, de la manera adecuada, atendiendo a los caracteres de la categoría jurídica y a la expresa declaratoria de una actividad o sector como servicio público, cuando se trata, por ejemplo, de la atribución de potestades administrativas para regular y ordenar una actividad.

En el Estado actual de nuestro Derecho, con la mera declaratoria, la Administración queda habilitada para utilizar las técnicas interventoras más agresivas de las cuales dispone la Administración, como puede verse en el caso de la regulación del encaje legal bancario por parte del Banco Central de Venezuela, lo cual, MUCI BORJAS ha calificado como una auténtica expropiación *de facto*, en desmedro de los principios rectores del servicio público (como la continuidad y regularidad)²⁴.

II. Condición de las actividades de las instituciones del sector bancario con respecto a la declaratoria de servicio público contenida en la ley

El actual Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (en adelante, LISB) publicado en la Gaceta Oficial N° 6.154 del 19-11-2014 y reimpresso por error material en la N° 40.557 del 08-12-2014, en su artículo 8, declara servicio público a las actividades reguladas por aquella en los siguientes términos:

Artículo 8. Las actividades reguladas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, constituyen un servicio público y deben desarrollarse en estricto cumplimiento del marco normativo señalado en el artículo 3° de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y con apego al compromiso de solidaridad social. Las personas jurídicas de derecho privado y los bienes de cualquier naturaleza, que permitan o sean utilizados para el desarrollo de tales actividades, serán considerados de utilidad pública, por tanto deben cumplir con los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad.

Si hubiere dudas en la aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, o en la interpretación de alguna de sus normas, se aplicará la más favorable a los clientes y/o usuarios de las instituciones del sector bancario.

De conformidad con lo señalado y en procura de salvaguardar los intereses generales de la República, la idoneidad en el desarrollo de las actividades reguladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, así como, la estabilidad del sistema financiero y el sistema de pagos, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá acordar la intervención, liquidación o cualquier otra medida que estime necesarias, sobre las instituciones del sector bancario, así como sobre sus empresas relacionadas

²⁴ Muci Borjas, José Antonio. *La regulación del encaje legal bancario y la furtiva expropiación regulatoria de la banca venezolana* en Revista de Derecho Público N° 157-158, 2019, pp. 66-95.

o vinculadas de acuerdo a los términos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

Aquí, indudablemente estamos ante una declaratoria de servicio público efectuada por un acto de rango legal y, a su vez, debemos recalcar que, de acuerdo con lo comentado anteriormente, ello no implica la reserva de esta actividad al Estado –en el entendido que no existe una reserva expresa–, con lo cual, no queda vedada del libre ejercicio de los particulares, sino limitada por técnicas de policía.

En ese enfoque, atiendo a las palabras de BADELL MADRID, se trata de un servicio público en su sentido material, lo cual viene dado por el interés general que se desprende de la actividad regulada²⁵, cuyo efecto es la aplicación del régimen jurídico de Derecho Público contenido en la LISB y en el resto de fuentes aplicables al objeto de la LISB.

1. Inconstitucionalidad de la declaratoria de servicio público de las actividades reguladas en la LISB

En realidad, pudiéramos referirnos a un vicio de orden constitucional derivado de esta declaratoria por vía de decreto ley, el cual se resume en tres cuestiones:

Primero, existe una violación al principio de reserva legal, específicamente, respecto de lo contenido en el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución, en donde destaca la regulación de bancos y seguros dentro del elenco de materias reservadas al poder nacional para su legislación.

En segundo lugar, entendiendo que el artículo 112 de la Constitución indica que la libertad económica sólo puede ser limitada por la Constitución y las leyes; a su vez, hemos observado que toda declaratoria de servicio público supone una limitación a la libertad económica. Con ello, cabría determinar cuál es el sentido que debemos darle a la expresión de “las leyes” en el texto del artículo 112.

Sobre esto, nos parece prudente –a pesar de sus limitaciones– citar el razonamiento contenido en el párrafo 26 de la opinión consultiva OC-6/86 del 09-05-1986 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

...no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.

²⁵ Badell Madrid, Rafael. *Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario* en Revista de Derecho Público N° 140, 2014, pp. 283-284.

En tercer lugar, más allá de la doctrina del servicio público, si bien es cierto que la LISB fue producto del ejercicio de las potestades delegadas al Presidente de la República por la Ley Habilitante publicada en la Gaceta Oficial N° 6.112 Extraordinario del 19-11-2013, consideramos acertada la opinión de NIKKEN, citado por MUCI BORJAS, cuando señala que las restricciones a los derechos fundamentales sólo pueden realizarse por leyes formales, sancionadas por la Asamblea Nacional obrando como cuerpo legislador²⁶, lo cual tiene perfecto sentido, considerando que PEDRO NIKKEN figuraba como Juez en la citada opinión consultiva.

Además, el referido maestro añade lo siguiente:

En síntesis, al legislar sobre la base de una delegación legislativa previa, el Poder Ejecutivo no goza de la misma “libertad” de determinación que la Constitución le reconoce al Poder Legislativo, no sólo porque su poder normativo se halla condicionado por otra ley, la habilitante, sino porque la “identidad” existente entre la voluntad expresada por la Asamblea Nacional, integrada por representantes de la voluntad popular, y la voluntad general, no puede ser extrapolada a la voluntad expresada por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros²⁷.

Asimismo, todo lo anterior adquiere mayor gravedad al considerar que esta Ley Habilitante mediante la cual se dio lugar a la LISB vigente, en resumen, carece del contenido mínimo e indispensable que habría de ostentar en cuanto a la definición del alcance de los poderes normativos que el Ejecutivo puede ejercer, en palabras de MUCI BORJAS, es carente de sustancia²⁸.

2. ¿Los servicios de puntos de venta y su comercialización se encuentran arropados por la declaratoria de servicio público contenido en la LISB?

Antes de la Constitución de 1999 y, por consiguiente, de la vigente LISB, existía un debate en torno a la naturaleza de servicio público de la actividad de intermediación financiera realizada por las instituciones bancarias, muy bien resumida por HERNÁNDEZ-MENDIBLE²⁹, el cual, a nuestro saber, quedó totalmente zanjado en torno a la expresa declaratoria de la actividad en la LISB, y que consideramos carente de sentido, en la medida de que no se discutía sobre el requisito de la expresa declaratoria de la actividad como servicio público mediante Ley, sino de elementos materiales de la actividad, irrelevantes para determinar la aplicabilidad del régimen jurídico del servicio público.

²⁶ Muci Borjas, José Antonio. *Las leyes habilitantes y los decretos-leyes dictados con base en aquéllas* en Revista de Derecho Público N° 140, 2014, p. 70.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ *Ídem*, p. 75.

²⁹ Hernández-Mendible, Víctor. *La actividad de servicio público y la regulación bancaria*. en II Jornadas sobre Derecho Administrativo del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 87-105.

En cualquier caso, teniendo por entendido que las actividades reguladas por la LISB, independientemente del defectuoso instrumento empleado, se tratan de auténticos servicios públicos en sentido estricto, hemos expresado razones plausibles para acudir a una interpretación restrictiva de lo que se deriva de esto, en tanto que se tratan de limitaciones a la libertad económica.

Ahora bien, el *quid* es establecer si existe la posibilidad de que entren dentro del espectro del artículo 8 de la LISB el servicio de puntos de venta y la contratación con proveedores que efectúen su comercialización, regulada en la Resolución N° 049.20 de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (en adelante, SUDEBAN).

De esa manera, es pertinente traer a colación al artículo 3 de la LISB:

Artículo 3. El sector bancario privado comprende el conjunto de las instituciones privadas, que previa autorización del ente regulador se dedican a realizar actividades de intermediación financiera que se denominan en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de instituciones bancarias.

El sector bancario público, comprende el conjunto de entidades bancarias en cuyo capital social la República Bolivariana de Venezuela posee la mayoría accionaria, que estarán reguladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en aquellos aspectos no contemplados en su marco legal que se denominan en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de instituciones bancarias.

También forma parte del sector bancario, público o privado según corresponda, las sociedades de garantías recíprocas, fondos nacionales de garantías recíprocas, casas de cambio y los operadores cambiarios fronterizos, así como las personas naturales y jurídicas que prestan sus servicios financieros auxiliares, los cuales se denominan como instituciones no bancarias definidas en los artículos 13, 14 y 15 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. Los institutos municipales de crédito quedan sometidos a las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto a su funcionamiento, supervisión, inspección, control, regulación, vigilancia y sanción; a la normativa prudencial que dicte la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y a las que dicte el Banco Central de Venezuela sobre el encaje y tasas de interés; pero se registrarán por la correspondiente ordenanza municipal en cuanto a su administración.

Las actividades y operaciones a que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se realizarán de conformidad con sus disposiciones, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Códigos y Leyes que regulan la materia financiera y mercantil, la Ley del Banco Central de Venezuela, las demás Leyes aplicables, los reglamentos que dicte el Ejecutivo Nacional, la normativa prudencial que emita la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario; así como atendiendo a las resoluciones emanadas del Banco Central de Venezuela.

Sobre esto, lo primero que debe evaluarse es lo que se entiende como las actividades reguladas por la LISB (en los términos de su artículo 8); sobre esto, podemos hallar dos grandes grupos en el cuerpo de

la LISB: (i) los servicios de intermediación financiera, definidos en el artículo 5 y (ii) las demás actividades realizadas por los entes enunciados en el artículo 3.

En ese sentido, es seminal tener en cuenta que la declaratoria de servicio público, según estudiamos, debe ser expresa e interpretada de manera restrictiva, con lo cual, una premisa de peso es que, en el texto de la LISB, no se hace referencia a los puntos de venta; sin embargo, aquí pudiese ocurrir que la LISB realiza una descripción de la actividad de los servicios de puntos de venta, lo cual tampoco ocurre.

Asimismo, lo más cercano pudiese ser el artículo 15, en donde se alude a "*otras instituciones no bancarias*", en donde se enmarcan a las "*emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento electrónico*", pero en ningún momento se refiere a los puntos de venta o a la comercialización de los mismos, sino que es la Resolución 049.20 la que entra a definir los límites de la referida actividad.

Ahora, lo último que quedaría sería establecer si el artículo 15 de la LISB habilita al intérprete para concluir que la referencia a los sujetos a que se refiere, presupone el hecho de que las actividades realizadas por las mismas comprendan un servicio público, a pesar de que se trate de actividades que no se encuentren reguladas en la LISB expresamente y que el texto del artículo 8 declara como servicio público a "*las actividades reguladas en el presente (...)*".

En estos términos, nuestra respuesta debe ser negativa: es decir, que el servicio de puntos de venta no puede ser calificado como servicio público, esto debido a consideraciones de orden constitucional, más que de otra cosa.

Así, ya quedó establecido que el servicio de puntos de venta no está expresamente regulado en la LISB, con lo cual, no está arropado por la declaratoria expresa; aquí debería quedar cerrada la discusión, pero inclusive si alguien considerara que el servicio de puntos de venta se trata de una actividad propia de los sujetos regulados por el artículo 15 de la LISB y, con ello, un servicio financiero auxiliar, quedaría otra razón de peso para negar esta postura.

Con ello, no se debe dejar de lado el hecho de que los reglamentos y, en general, los actos administrativos de efectos generales, esencialmente producto del ejercicio de la función normativa por parte de las Administraciones Públicas, poseen una serie de límites sustantivos y

adjetivos sobre la potestad reglamentaria brillantemente enunciados por MUCI BORJAS en su obra *Potestad Reglamentaria y Reglamento*³⁰.

En especial, nos interesa el más importante límite sustantivo al poder normativo de la Administración, a saber, la reserva de Ley, y es que, por mucho que la SUDEBAN regule materias derivadas de la LISB, a nuestro criterio, eso no implica que las mismas se conviertan en servicios públicos, debido a que hay una indubitable reserva de Ley en cuanto a la declaratoria de una actividad o sector como servicio público, de acuerdo con el artículo 112 de la Constitución, nuevamente redundando en que el servicio público supone una limitación a la libertad económica³¹.

En suma, si de tanta importancia e interés general son estas actividades, pues que la República se disponga a reformar la LISB y que incluya los servicios de puntos de venta, pero no es permisible quebrantar la institucionalidad derivada de la Constitución para limitar los derechos de los particulares por los canales no permitidos por la misma, siendo que las actividades declaradas como servicio público son las reguladas por la LISB, punto.

Conclusiones

Primero, hemos determinado que, dentro de la caracterización actual, venida desde hace más de veinte años, las nociones de reserva y de servicio público no son inmanentes una a la otra, con lo cual, la mera declaratoria como servicio público no presupone la reserva de una actividad y, en consecuencia, no deben tratarse de actividades reservadas para tratarse de servicios públicos.

Segundo, en tanto que el servicio público siempre lleva consigo una limitación a la libertad económica, la declaratoria de una actividad o sector como tales siempre debe ser interpretada de manera restrictiva, de conformidad con el principio de favor *libertatis* derivado del artículo 2 de la Constitución.

Por último, la declaratoria de una actividad o sector como servicio público debe ocurrir mediante una Ley en sentido formal, en donde la Asamblea Nacional actúa como cuerpo legislador y en donde la potestad reglamentaria de la Administración no tiene lugar para declarar una actividad como servicio público. ■

³⁰ Muci Borjas, José Antonio. *Potestad reglamentaria y reglamento*. EJV, Caracas, 2017, pp. 253-378.

³¹ Brewer-Carías, Allan. *Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias*, pp. 68-71.

El compromiso de responsabilidad social previsto en la Ley de Contrataciones Públicas

Jesús VILLEGAS*

REDAV, N° 27, 2023, PP. 83-103

Resumen: El artículo estudia la figura del compromiso de responsabilidad social previsto en la Ley de Contrataciones Públicas. El mismo está orientado al análisis de una serie de particularidades de especial interés en el marco del régimen venezolano de la contratación pública.

Palabras clave: Contratos del Estado – Ley de Contrataciones Públicas – Responsabilidad social.

Abstract: *The article studies the figure of the social responsibility commitment in the Public Procurement Law. It is constructed through the analysis of a series of particularities of special interest, and within the framework of the Venezuelan public procurement regime.*

Keywords: *State contracts – Public procurement law – Social responsibility.*

Recibido

31-03-2024

Aceptado

06-05-2024

Introducción

El presente trabajo está dedicado al estudio del compromiso de responsabilidad social previsto en la ley de contrataciones públicas¹, el cual, presenta un carácter novedoso en el régimen legal de los contratos del Estado. El mismo está compuesto de tres grandes partes, las cuales a su vez, están comprendidas de una serie de capítulos.

A manera preliminar, y para introducir al lector en ése esquema general, podemos destacar que el primer capítulo está dedicado a entender el tema de la responsabilidad social. En esta primera parte del trabajo, se fija posición en torno a la figura de la responsabilidad social. Es un capítulo inicial, mediante el cual se intenta abordar el tema desprovisto de toda consideración de lo que tiene que ver con el régimen de la contratación pública. Mediante el presente capítulo se intentará poner de relieve cómo la responsabilidad social tiene un marcado fundamento constitucional, y que deriva de diversas normas del texto fundamental. Ésta primera parte del trabajo concluye con una serie de comentarios que revelarán sobre cómo esta figura tiene una notoria incidencia práctica en el ordenamiento jurídico venezolano.

* Abogado de la Universidad Central de Venezuela.

¹ Decreto N° 1.399 de 13-11-2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario de 19-11-2014.

La segunda parte del trabajo, está referida de manera general al estudio del compromiso de responsabilidad social previsto en la ley de contrataciones públicas. De manera particular, el mismo está enfocado a desentrañar cuál es la naturaleza jurídica de esta especial figura perteneciente al régimen de la contratación pública en Venezuela. Para ello, y con especial cuidado, se someterán a escrutinio las principales consideraciones que ha ensayado la doctrina sobre la misma, para finalmente cerrar el capítulo con nuestra posición sobre el punto en referencia.

La tercera y última parte del trabajo versa sobre el análisis particular del tratamiento que ha recibido el compromiso de responsabilidad social por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. En dicho capítulo, y a través del estudio de casos en concreto, se acomete la tarea de reseñar cuál ha sido la solución que específicamente ha tenido esta institución por parte del contencioso administrativo venezolano. Esta tercera parte concluye con una serie de consideraciones de carácter crítico en torno a ése tratamiento judicial que ha recibido la figura en nuestro país.

Finalmente, se realizan una serie de conclusiones generales sobre el tema en consideración.

I. La responsabilidad social en Venezuela

1. En torno a la responsabilidad social

Sobre el presente punto, debemos decir para comenzar que, si bien es cierto, el mismo presenta una notoria incidencia práctica en diversos ámbitos de la actividad ordinaria (cuestión que abordaremos por separado), la noción estricta de responsabilidad social se nos presenta caracterizada por una fuerte escasez de fuentes de información. No obstante ello, hemos dado con un trabajo reciente², en donde se aborda el tema en una forma bastante seria y detallada. A esta obra nos ceñimos en la casi totalidad del presente punto.

A manera preliminar, podemos afirmar con la doctrina nacional³ que la Constitución consagra la corresponsabilidad entre los particulares y el Estado en la consecución del bienestar general. Y que esa actuación conjunta se encuentra signada por los deberes de solidaridad, responsabilidad social y asistencia humanitaria, consagrado de manera dispersa en varias normas del texto fundamental, y que se ha dado por denominar, en su conjunto, como la cláusula de la corresponsabilidad social.

² Juan Cristóbal Carmona Borjas: *Distopía parafiscal en la Venezuela del siglo XXI*. ACIENPOL. Caracas, 2023.

³ Id., p. 253.

En efecto, con relación a la cláusula de corresponsabilidad social, se parte de la idea de que la misma es tan antigua como la existencia de la vida del hombre en sociedad, que cuándo además evoluciona y se organiza en el Estado, implica que éste Estado no es el único responsable en la consecución de los fines que se le asignan, que fundamentalmente son el del bienestar general, sino que es un rol compartido con los particulares.

De acuerdo al autor que comentamos, la cláusula de corresponsabilidad social está integrada por tres subconjuntos, que son el de la solidaridad, el de la responsabilidad social, y el de la asistencia humanitaria. Sin embargo, se hace la advertencia de que la responsabilidad social y asistencia humanitaria, son subespecies o expresiones más concretas de la solidaridad, y que la solidaridad a su vez, debe entenderse como un valor inherente al ser humano, que implica el asumir como propio lo ajeno. Entonces, para el autor, esa cláusula encuentra reales deberes de instrumentación en diversos órdenes de la actividad ordinaria, tales como: lo civil, lo tributario, lo militar y lo social. Advertimos al lector que si bien esta es una obra de carácter tributario, el hecho de que en ella se hagan claras y detalladas referencias al tema que comentamos encuentra fundamento en el hecho de que justamente la tributación, y como lo afirma el propio autor, es reconocida constitucionalmente como un deber de instrumentación de esa cláusula de corresponsabilidad social.

Para el caso venezolano, pese a encontrarse dispersa en toda la normativa de la carta magna, la cláusula de corresponsabilidad social fundamentalmente se encuentra concentrada en los artículos que van del 132 al 135, y encuentra fundamento en tres grandes pilares a saber: la solidaridad, la responsabilidad social y la asistencia humanitaria.

A su vez, llama la atención la calificación múltiple y diversa que hace la carta magna a estos tres pilares, siendo que en algunas oportunidades los califica de valores, en otras de principios, en otras de deberes, y en otras de obligaciones.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad social, interesa señalar que la misma ha sido caracterizada por el constituyente de diversas maneras, ya que por un lado se le cataloga como un valor constitucional, y por el otro, simplemente se hace referencia a la noción como un simple deber concreto. Por su parte, se señala⁴ que pese a ello, corresponde a la ley disponer lo conducente para imponer el cumplimiento de dichas obligaciones en los casos en que fuera necesario.

La responsabilidad social entonces se corresponde con el compromiso contraído por las acciones u omisiones de cualquier individuo o grupo que genera un impacto en la sociedad, existiendo a su vez

⁴ Id., p. 257.

distintas manifestaciones de esa responsabilidad; encontrando por una parte a la responsabilidad social individual, como aquella según la cual se responde de manera efectiva por las propias acciones, caracterizada por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del rol que desempeñan los individuos en la sociedad; y por la otra, a la responsabilidad social empresarial, caracterizada por la contribución activa y voluntaria, en principio, de las empresas enfocadas en servir a la sociedad con productos útiles y en condiciones justas⁵.

Con relación a esta última, y siguiendo al autor venezolano JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ⁶, podemos decir que la responsabilidad social describe la vinculación entre las empresas y las comunidades en las cuales éstas operan, a los fines de mejorar las condiciones de esas comunidades, de acuerdo con las políticas definidas por los administradores.

Por su parte, la responsabilidad social es derivado expreso de la cláusula del Estado Social contemplada en el artículo 2 de la Constitución. Cláusula esta que a su vez es una norma jurídica vinculante que impone emplazamientos positivos en cabeza del Estado y, también, moldea el ejercicio de los derechos fundamentales, todo ello, por supuesto, dentro de los cauces formales propios del Estado de Derecho. La fórmula reconocida en el artículo 2 del texto de 1999 es, en definitiva, la del Estado social de Derecho⁷.

En el marco de la evolución que ha tenido el ordenamiento jurídico venezolano, se nos presenta como de gran importancia para el presente estudio aquello que tiene que ver con la consagración constitucional y consiguiente desarrollo legislativo de la llamada cláusula de solidaridad social; cláusula que se manifiesta en la práctica de diversas maneras⁸.

En el caso venezolano, como ya dijimos, le corresponde tanto al Estado como a los particulares la consecución del bienestar social, motivada esa actuación precisamente por los principios de solidaridad y responsabilidad social. Esta idea encuentra fundamento en lo dispuesto en el artículo 135 constitucional, el cual establece que:

Las obligaciones que correspondan al Estado, conforme a esta Constitución y a la ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los o las particulares según su capacidad.

⁵ Id., p. 274.

⁶ José Ignacio Hernández González: *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del petro-estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*. EJVI, Caracas, 2023, p. 182.

⁷ José Ignacio Hernández González: *Ámbito de aplicación y principios generales en la Ley de responsabilidad social en radio y televisión*. Ley de responsabilidad social en radio y televisión. EJV, Caracas, 2006, p. 55 y ss.

⁸ Juan Cristóbal Carmona Borjas: *La tributación en Venezuela en el contexto de la responsabilidad social empresarial*. ACIENPOL. Caracas, 2012, p. 9.

La ley proveerá lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario⁹.

Entonces, para el Estado, dicha responsabilidad será manifestación de los mandatos positivos derivados de la cláusula del Estado social; y para los particulares, será consecuencia del principio de solidaridad, instituido en el artículo 135¹⁰.

Como derivaciones de esa cláusula de la responsabilidad social, y de especial interés para el presente trabajo, encontramos en el ordenamiento jurídico, entre otros, el tema de la responsabilidad social empresarial.

2. Fundamento constitucional

Corresponde hacer referencia al carácter de valor constitucional que le ha dado el constituyente venezolano a la responsabilidad social. Y es que en efecto, la Constitución reconoce en el artículo 2 lo que son los valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano, dentro de los cuales resalta, justamente, el valor constitucional de la responsabilidad social. Cuestión que nos lleva al punto de analizar brevemente, el tema de los valores constitucionales desde la perspectiva del derecho constitucional.

La doctrina constitucional¹¹ señala que dentro del conjunto de normas que componen el texto fundamental, las mismas pueden ser reducidas a tres categorías básicas: reglas, valores y principios; y en consecuencia, a esa caracterización se refiere la doctrina como los tipos de normas que forman el contenido de la Constitución. Como presupuesto básico de esta categorización, y para el caso venezolano, se señala que ello no es más que una aplicación "mecánica" del modelo español.

En ese sentido, de acuerdo al autor que comentamos, la norma del artículo 2 constitucional se nos presenta con un alto grado de abstracción, el cual corresponde ser precisado en todo caso en cuanto a su contenido y alcance por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

El autor que referimos hace alusión a la expresión "seguimiento mecánico" para hacer ver que el constituyente venezolano recogió estos postulados del derecho constitucional español, y sin siquiera hacer la más mínima discusión sobre su contenido. Cuestión que se desprende de una revisión elemental del Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente.

⁹ Carmona: *La tributación en Venezuela...*, ob. cit., p. 10.

¹⁰ Hernández: *Ámbito de aplicación...*, ob. cit., p. 55 y ss.

¹¹ José Peña Solís: *Lecciones de Derecho Constitucional General. Volumen I. Tomo I*. Universidad Central de Venezuela, 2008, p. 126 y ss.

Pues bien, en efecto la Constitución¹² trae una norma en la que enumera los valores superiores del ordenamiento jurídico. A tal respecto, téngase en consideración el contenido del artículo segundo que señala lo siguiente:

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Como bien se puede apreciar, el constituyente venezolano enumera en la norma citada los llamados valores superiores del ordenamiento jurídico. Siendo uno de ellos, y de especial interés para el presente trabajo, el de la responsabilidad social.

Partiendo entonces de la categorización de la responsabilidad social como un valor constitucional, siguiendo la doctrina que comentamos, sobre esto habría que precisar al menos dos situaciones: su diferenciación con respecto a los otros tipos de normas que forman el contenido de la Constitución, y la de su contenido y alcance desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia.

Con relación al primero de los puntos referidos, podemos destacar en apretada síntesis que las reglas constituyen la mayoría de las normas que integran el contenido de la Constitución y en las que se determinan supuestos de hecho con su respectiva consecuencia jurídica; los principios serían cláusulas generales con un alto nivel de abstracción que informan a todo el ordenamiento jurídico; y los valores serían verdaderos principios con un marcado carácter informador de todo el ordenamiento jurídico.

Especial interés práctico reviste el caso de la confrontación de dos valores de un mismo ordenamiento jurídico, en dónde esencialmente suele acudir a la técnica de la ponderación para darle mayor peso a uno de ellos y en referencia a un caso en concreto¹³. Siendo ésta justamente una gran diferencia que se resalta entre estas categorías: el hecho de que los principios tengan una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión del peso o importancia¹⁴.

Por otra parte, y con relación al otro punto que destacamos, conviene referir el carácter vinculante que le atribuye el artículo 335 de la

¹² Gaceta Oficial N° 36.860 de 30-12-1999, reimpressa en N° 5.453 Extraordinario de 24-03-2000, con la Enmienda N° 1, publicada en N° 5.908 Extraordinario de 19-02-2009.

¹³ Sentencia N° 1431, del 14-08-2008, caso: Yolima Pérez Carreño. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

¹⁴ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel Derecho. Madrid, 1996, p. 13.

Constitución a las interpretaciones que haga la Sala Constitucional, entre otros casos, de los principios constitucionales; no obstante ello, y de acuerdo al autor que venimos comentando, debe destacarse que la doctrina de la Sala Constitucional no es para nada esclarecedora sobre el tema que nos ocupa¹⁵.

Ya para cerrar el punto, y de acuerdo a lo que hemos venido señalando, bien pudiéramos decir que la responsabilidad social encuentra un claro fundamento constitucional en los artículos 2, 132, 135 y 299 de la norma fundamental. De acuerdo al primero de los artículos citados, ya que se trata de un claro valor fundamental de rango constitucional de nuestro ordenamiento jurídico; de acuerdo a los artículos 132 y 135, al ser uno de los fundamentos constitucionales de la corresponsabilidad social, de la cual deriva justamente el principio de responsabilidad social; y con relación al último de los artículos, el 299 de la Constitución, porque cuando se establecen en el ordenamiento jurídico figuras como la de nuestro objeto de estudio, no se hace más que garantizar la contribución de los particulares contratistas en este caso, según su capacidad, en la consecución del bienestar general, y en cumplimiento específico del deber de solidaridad y responsabilidad general compartida que los ciudadanos tienen junto con el Estado¹⁶.

3. Manifestaciones de la responsabilidad social en el ordenamiento jurídico venezolano

De acuerdo a la evolución que ha tenido el ordenamiento jurídico nacional, se destaca como una nota novedosa el establecimiento de la llamada cláusula de la solidaridad social, la cual se manifiesta en la práctica de diversas maneras.

En el caso venezolano, le corresponde tanto al Estado como a los particulares la consecución del bienestar social, motivada esa actuación precisamente por los principios de solidaridad y responsabilidad social.

Esta idea encuentra fundamento en lo dispuesto en el artículo 135, ya citado. Como vemos, de acuerdo a la Constitución, corresponde al Estado junto con los particulares, la consecución del bienestar social general por medio de los principios de la solidaridad y la responsabilidad social. Entonces, como derivaciones de ésa cláusula de la responsabilidad social encontramos en el ordenamiento jurídico el tema de la responsabilidad social empresarial.

¹⁵ Carmona: *Distopía parafiscal...*, ob. cit., p. 274. Sentencia N° 85, del 24-01-2002, caso: ASODEVIPRILARA. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

¹⁶ Allan R. Brewer-Carías: *Sobre los compromisos de responsabilidad social como normas de orden público en el régimen de la contratación pública*. Prólogo al libro: *Contratación pública y compromisos de responsabilidad social. Una nueva forma de tributación*, de Khairy Josvett Peralta Fung. EJV, Caracas, 2020, p. 12.

Ahora bien, es el caso que en Venezuela, y en el marco de la llamada responsabilidad social empresarial, se han venido instrumentando una serie de programas para la promoción y el estímulo de la actividad empresarial. Como primer ejemplo de ello tenemos la figura de las asociaciones cooperativas. Referida a aquellas empresas de propiedad colectiva, de carácter comunitario y que buscan el bienestar integral personal y colectivo. Entre los valores en que se basan estas figuras de asociación se encuentra el de la responsabilidad social.

Por otro lado, y siguiendo en el marco de la responsabilidad social en el sector empresarial, encontramos la figura de las empresas mixtas en el ramo de los hidrocarburos. Bajo el nuevo esquema imperante en el área, y surgido a raíz de la vigente ley orgánica de hidrocarburos¹⁷ según la cual las actividades primarias pueden ser desarrolladas a través de la participación del capital privado bajo la figura justamente de las empresas mixtas; y siendo estas, aquellas en las cuales el Estado mantiene una participación mayor del 50 % de su capital, y que se encuentran reguladas en los artículos 33 a 37 de la referida ley¹⁸. Siguiendo al autor citado, de conformidad con los acuerdos aprobados por la Asamblea Nacional para la constitución de las referidas empresas mixtas, se establece que esas entidades deberán desarrollar programas de mejoras, debiendo someterlos a la aprobación del Ejecutivo Nacional.

A su vez, encontramos el punto referido a las empresas de producción social. Con relación al caso de PDVSA, CARMONA¹⁹ señala que de conformidad con normativa interna, la empresa de producción social era aquella que debía manifestar su voluntad de acogerse al denominado compromiso social, según el cual se debía participar en los proyectos de las comunidades a través de aportes al fondo social de PDVSA u otro organismo público, o mediante la prestación de bienes y servicios. El referido fondo fue creado por PDVSA a los fines de recibir los aportes provenientes de las empresas registradas en el registro de empresas de producción social REPS, y estando el mismo destinado a desarrollar proyectos en beneficio de las comunidades. Se trató en todo caso de una política propia de PDVSA, y anterior a la ley de contrataciones públicas. Y de acuerdo al autor que comentamos, pese a su condición contractual y dado el carácter no voluntario de los referidos aportes, los mismos tendrían naturaleza de un contrato de adhesión.

¹⁷ Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.443 de 24-05-2006, reimpressa en N° 38.493 de 04-08-2006.

¹⁸ Allan R. Brewer-Carías: *La estatización petrolera en 2006-2007 con la terminación unilateral y anticipada de los contratos operativos y de asociación respecto de las actividades primarias de hidrocarburos*. Víctor Hernández Mendible, Allan R. Brewer-Carías, José Ignacio Hernández y José Araujo-Juárez: Nacionalización, Libertad de empresa y Asociaciones Mixtas. EJV, Caracas, 2008, p. 147.

¹⁹ Carmona: *La tributación en Venezuela...*, ob. cit., p. 54.

También, como derivaciones de esa cláusula de la responsabilidad social, y siguiendo al autor en referencia, encontramos en el ordenamiento jurídico el tema de los beneficios fiscales con ocasión a la responsabilidad social. Así, en un variado elenco de leyes nacionales, se prevé la posibilidad de realizar una serie de aportes y gastos por parte de la empresa privada y en el marco de la responsabilidad social. Algunas de esas leyes que contemplan tal posibilidad, son las siguientes: Ley de impuesto sobre la renta²⁰ (artículos 14 y 27); Ley que establece el impuesto al valor agregado²¹ (artículos 16 y 19); Ley de impuesto sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos²² (artículo 9); Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes²³ (artículo 344); Ley orgánica de drogas²⁴ (artículo 20); Ley del deporte²⁵. Como muestra clara de beneficios fiscales, esta ley contempla la posibilidad de una serie de estímulos dirigidos al sector empresarial, y orientados al desarrollo de determinados sectores (artículo 69). Igualmente, y de cara al deporte profesional, el tema se proyecta no solo para la práctica de la actividad deportiva que se ejerce como profesión, sino a través de un conjunto variado de relaciones contractuales, y que van desde actividades publicitarias hasta de responsabilidad social, no solo con el equipo u organización deportiva que detenta los derechos deportivos sino de las empresas e instituciones con las que éstos o el deportista mantienen vínculos contractuales²⁶.

Otra de las categorías que debemos exponer en este punto de las manifestaciones de la responsabilidad social empresarial en el ordenamiento jurídico venezolano, es el relativo a los tributos como objeto de cumplimiento de la responsabilidad social. Pues bien, de conformidad con la clasificación del tributo en impuestos, tasas y contribuciones especiales, el tema de la responsabilidad social encuentra un notorio campo de aplicación, para el caso del ordenamiento jurídico venezolano,

²⁰ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Impuesto Sobre la Renta, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario de 30-12-2015.

²¹ Decreto Constituyente de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario de 29-01-2020.

²² Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.391 Extraordinario de 22-10-1999.

²³ Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.185 Extraordinario de 08-06-2015.

²⁴ Ley Orgánica de Drogas, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.510 de 15-09-2010, reimpresión en N° 39.535 de 21-10-2010 y N° 39.546 de 05-11-2010.

²⁵ Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.741 de 23-08-2011.

²⁶ Daniel Pérez Pereda: *La necesaria implementación de un arbitraje en materia deportiva*. Anuario venezolano de arbitraje nacional e internacional. N° 3, 2022, p. 85.

en lo que tiene que ver con la figura de la parafiscalidad. Y es que, valga recordar que, la categoría de las contribuciones especiales, admite varias especies, siendo una de ellas justamente la de las llamadas contribuciones parafiscales.

En el presente punto trataremos en consecuencia el tema de la implementación por vía legislativa de una serie de aportes de obligatorio cumplimiento, basados justamente en el tema de la responsabilidad social, y destinados a la atención de determinadas áreas consideradas como de especial interés tanto político como constitucional.

El primer ejemplo lo encontramos en la ley de telecomunicaciones²⁷. De conformidad con el artículo 28 de la ley, se consagra la figura de los aportes en materia de ciencia, tecnología e innovación. A su vez, se establece la figura del Fondo Nacional para la Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT), ente adscrito a la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, como el responsable de la administración, recaudación, control, fiscalización, verificación y determinación cuantitativa y cualitativa de los aportes para ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

Otro ejemplo de lo que venimos comentando lo constituye el artículo 151 de la Ley de Responsabilidad social en radio y televisión²⁸, en donde se establece la obligación que tienen los prestadores del servicio de radio y televisión de pagar una contribución parafiscal por la difusión de imágenes o sonidos realizada dentro del territorio nacional. Aporte destinado al Fondo de Responsabilidad Social previsto en la ley, y como un patrimonio separado dependiente de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), destinado al financiamiento de proyectos para el desarrollo y fomento de la producción nacional, de capacitación de productores nacionales de obras audiovisuales o sonoras, y de educación para la recepción crítica de los mensajes difundidos por radio y televisión.

A su vez, y como otro de los ejemplos de lo que venimos tratando, encontramos lo previsto en la Ley de Instituciones del sector bancario²⁹. Más en concreto, de conformidad con el artículo 46 de la ley, se dispone que las entidades por ella regidas deben destinar el 5 % del resultado bruto antes de impuestos al cumplimiento de la responsabilidad social. Disponiéndose, a su vez, que dichos recursos serán destinados a

²⁷ Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario de 28-12-2010, reimpressa en N° 39.610 de 07-02-2011.

²⁸ Ley de Reforma Parcial de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.579 de 22-12-2010, reimpressa en N° 39.610 de 07-02-2011.

²⁹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario de 19-11-2014, reimpresso en N° 40.557 de 08-12-2014.

financiar proyectos de los consejos comunales u otras formas de organización social previstas en el marco del ordenamiento jurídico vigente. Correspondiéndole a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, la facultad de establecer mediante normativa prudencial, los mecanismos de asignación, ejecución y distribución de esos recursos entre las regiones del territorio nacional.

Como hemos tenido ocasión de revisar, las formas de acuerdo a las cuales tiene presencia en nuestro ordenamiento jurídico el principio de la responsabilidad social, asume una clasificación variada. No obstante ello, es importante esta clasificación, ya que, y como tendremos oportunidad de señalar en el próximo capítulo, dos son, al menos, las modalidades en que según la doctrina, asume en la práctica la figura objeto de nuestro estudio.

Finalmente, encontramos entonces una clara manifestación del principio de responsabilidad social en el ordenamiento jurídico venezolano, más en concreto, en el sector de las contrataciones públicas, que no es otro que el denominado compromiso de responsabilidad social, objeto central del presente trabajo. Al estudio de ciertos temas de interés sobre la figura en referencia, dedicaremos los siguientes capítulos.

II. Naturaleza jurídica del compromiso de responsabilidad social

1. Comentarios preliminares

Corresponde a continuación desarrollar el punto relativo a la naturaleza jurídica del compromiso de responsabilidad social. Antes sin embargo, queremos hacer algunas precisiones iniciales. Dijimos al inicio del trabajo que el compromiso de responsabilidad social es una figura "novedosa" en el régimen jurídico de la contratación pública venezolana. No obstante ello, cabría hacer la siguiente precisión: y es que, realmente la figura es anterior a la legislación vigente, solo que, con la nueva normativa la figura adquiere un carácter totalmente diferente, aún y cuando conserve el mismo vocablo desde el punto de vista semántico.

De manera que, lo novedoso viene entonces desde dos perspectivas: por un lado se le dio rango legal a lo que solo estaba previsto en el reglamento de la ley anterior, y por el otro, a partir de la legislación actual del año 2014, la figura objeto de estudio comenzó a ser un componente obligatorio en el régimen legal de los contratos del Estado³⁰.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica del compromiso de responsabilidad social, debemos abordar en primer lugar la consideración que hace de ella el propio legislador (delegado en este caso). En ese

³⁰ Allan R. Brewer-Carías: *Sobre los compromisos...*, ob. cit., p. 11.

sentido conviene traer a colación lo que al respecto señala el artículo 6, numeral 24, de la ley de contrataciones públicas en donde se establece lo siguiente:

24. Compromiso de Responsabilidad Social: Son todos aquellos compromisos que los oferentes establecen en su oferta, para la atención de por lo menos una de las demandas sociales relacionadas con: a. La ejecución de proyectos de desarrollo socio comunitario. b. La creación de nuevos empleos permanentes. c. Formación socio productiva de integrantes de la comunidad. d. Venta de bienes a precios solidarios o al costo. e. Aportes en dinero o especie a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro. f. Cualquier otro que satisfaga las necesidades prioritarias del entorno social del contratante.

Como se ve, ante una evidente falta de técnica legislativa, en donde se confunde lo definido con la definición misma, el legislador sencillamente repite la misma palabra que se intenta definir; aún y cuando en la misma exposición de motivos de la ley se le da a la figura el carácter de una obligación contractual.

En torno a esta idea inicial de compromiso, es conveniente hacer varias precisiones al respecto. En primer lugar habría que referirse a lo inadecuado e impreciso de este vocablo y de acuerdo al régimen actual en donde esta figura tiene carácter obligatorio y no voluntario. En ese sentido, anterior a la reforma de la ley de 2014, la figura en estudio tenía carácter consensuado, de manera que se pasó de un acuerdo, que en esencia es voluntario, a una obligación contractual impuesta al beneficiario de la adjudicación, y con la característica de que su ejecución debe estar debidamente garantizada³¹. Siendo esto así, bien se pudiera adelantar opinión en el sentido de que la voz "compromiso" no es más que una suerte de rezago, mal colocado, y proveniente de la legislación anterior, pero que bajo el esquema de la normativa actual, no tiene razón de ser.

En igual sentido se pronuncia CARMONA, para quien tales actuaciones dejaron de ser voluntarias respecto del contratista, así como optativas en su implementación para el contratante, tornándose en una obligación para ambos³². El mismo autor en referencia sostiene que esto era simplemente una política empresarial. Así, referido a la actividad de la empresa del Estado Petróleos de Venezuela, el autor refiere que con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, el compromiso de responsabilidad social era entendido como uno de los componentes del nuevo concepto de contratación de PDVSA y demás empresas del Estado, respondiendo a los intereses de la Nación, de PDVSA o de otro organismo público; de manera que las empresas asumían de forma voluntaria el compromiso, y cuyo cumplimiento dependía de la satisfacción de una

³¹ Id., p. 12.

³² Carmona: *La tributación en Venezuela...*, ob. cit., p. 45.

serie de condiciones tales como: aporte al fondo social, oferta social, acompañamiento y desarrollo de unidades productivas comunitarias³³.

Por su parte, otra precisión inicial sería la de que resultaría más adecuado el vocablo “compromisos”, tal y como lo contempla la ley, en el entendido de que son varias las modalidades mediante las cuales esta figura adquiere efectivo cumplimiento en la práctica, siendo tan solo una de ellas el pago de sumas de dinero.

2. Análisis de la doctrina venezolana

Por otra parte, y ya en relación a lo que ha dicho la doctrina nacional sobre el tema, encontramos en un primer momento los trabajos iniciales de los autores ALEJANDRO CANÓNICO y DANIEL ROSAS RIVERO.

Así, el primero de los autores referidos, sobre el tema objeto de estudio, y en especial acerca de su naturaleza jurídica, ha dicho lo siguiente:

Sin embargo, más allá de esta definición normativa, se puede agregar que teniendo naturaleza contractual, las obligaciones derivadas del compromiso de responsabilidad social, no sólo se constituyen en los compromisos que el oferente establece en su oferta para participar en los procedimientos de selección de contratistas, sino que de manera integral se debe traducir en la 'convención que celebran el contratante y el contratista, en atención al pliego de condiciones y a la oferta formulada, que queda expresado en el instrumento jurídico que contiene las obligaciones que adquiere el contratista a favor de terceros extraños al contrato y que tiene como finalidad establecer una obligación de satisfacción de una necesidad social en la comunidad, donde se va a ejecutar el objeto del vínculo jurídico contractual³⁴.

Por su parte, el segundo de los autores citados sobre la naturaleza jurídica de la figura en estudio ha señalado que:

Desde nuestra perspectiva, el compromiso de responsabilidad social tiene una doble naturaleza jurídica que le es intrínseca, una de carácter contractual y otra de carácter social. Por una parte, se evidencia una naturaleza contractual, como resultado de la exigencia de incluirlo como una cláusula del contrato que se adjudica...

A su vez afirma que:

Es por tanto indudable que, si bien el compromiso de responsabilidad social tiene un carácter contractual, pues también parte de su naturaleza jurídica intrínseca en la satisfacción de requerimientos, demandas o necesidades sociales del entorno social o comunitario donde se ejecutaba un contrato administrativo o de la comunidad del entorno del ente contratante, en el marco de un contrato adjudicado de conformidad con la ley de contrataciones públicas y su reglamento.

³³ Id., p. 45.

³⁴ Alejandro Canónico Sarabia: *El compromiso de responsabilidad social en el nuevo Decreto Ley de Contrataciones Públicas*. Revista de Derecho Público. N° 140, p. 170.

Para finalmente aseverar que:

Con base en lo anterior podemos afirmar que, el compromiso de responsabilidad social es una verdadera cláusula social, ya que busca generar un impacto social positivo en el marco de la contratación pública venezolana, y ese carácter social esta tan intrínsecamente ligado a la referida institución jurídica que forma parte de su propia naturaleza jurídica³⁵.

Por cierto que en un reciente trabajo publicado, el autor³⁶ vuelve a hacer la afirmación en torno a la naturaleza jurídica social de la figura en estudio.

Nótese entonces como ambos autores manejan la noción de cláusula contractual, teniendo que el segundo de ellos va más allá y le incorpora el vocablo social. En efecto, sobre el carácter social de la figura en estudio, señala la doctrina³⁷ que la responsabilidad social es corolario de la cláusula del Estado social contemplada en el artículo 2 de la Constitución. Norma que tiene un indudable carácter vinculante y que impone emplazamientos positivos en cabeza del Estado y moldea el ejercicio de los derechos fundamentales.

Por su parte, con relación al carácter contractual de la figura cabría hacer algunas precisiones al respecto. No se trata en realidad de un verdadero compromiso, en el entendido de que no estamos ante una cláusula pactada libremente por las partes. Aquí la particularidad de la figura está referida al hecho de que estamos ante una cláusula que viene dada o preordenada por el legislador (delegado en este caso). A diferencia de lo que puede ser el caso de un compromiso arbitral, en donde las partes de común acuerdo establecen someter determinada controversia a un foro arbitral, no sucede lo mismo en el caso que comentamos, pues sencillamente aquí las partes no acuerdan nada. De hecho, las partes ni siquiera podrían modificar el contenido de dicha cláusula en el entendido de que, por ejemplo, no podrían agregar otras modalidades de cumplimiento distintas a las ya previstas en la ley. De manera que esto chocaría evidentemente con ese supuesto carácter contractual atribuido a la figura por los autores mencionados. Es por ello que, ante esa pretendida caracterización que se le ha endilgado a la figura, CARMONA³⁸ afirma que, se trata de una obligación *ex lege* independientemente de que su instrumentación se lleve a cabo a través de una relación contractual.

Continuando con el análisis desde el punto de vista de lo que ha dicho la doctrina nacional en torno a la naturaleza jurídica de la figura en

³⁵ Daniel Rosas Rivero: *El compromiso de responsabilidad social en Venezuela*. Revista de Contrataciones Públicas. IJ Editores. Buenos Aires. Diciembre, 2022.

³⁶ Daniel Rosas Rivero: *La excesiva discrecionalidad en el trámite de las modalidades de selección de contratistas*. Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano. N° 26. Enero-junio 2023, p. 116.

³⁷ Hernández: *Ámbito de aplicación...*, ob. cit., pp. 55 y ss.

³⁸ Carmona: *Distopía parafiscal...*, ob. cit., p. 602.

estudio, encontramos una mención sobre el tema, hecha de manera incidental, por el autor JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ, que queremos traer a colación, y que refiere lo siguiente:

Con lo cual, la teoría del contrato administrativo no coadyuva a reducir costos de transacción. Al menos desde un punto de vista teórico, pareciera que por el contrario, esa teoría eleva los costos de transacción, pues los riesgos derivados del contrato tenderán a incrementar el precio del contratista. De hecho, todas las cargas administrativas asociadas al contrato –desde las fianzas exigidas, hasta el llamado compromiso de responsabilidad social– no son más que interferencias que pueden incrementar, injustificadamente, los costos de transacción y, por ende, afectar la eficiencia en la contratación pública³⁹.

Por su parte, el autor tantas veces citado en este trabajo, JUAN CRISTÓBAL CARMONA, sobre este punto en particular ha dicho lo siguiente:

La posibilidad por tanto para contratar con el sector público, ha de pasar por la previa asunción por parte de los oferentes de una serie de cargas financieras y operativas que bajo una concepción tradicional y estricta, resultan ajenas al ejercicio de su actividad económica, y que se traducen en la asunción de roles tradicionalmente asignados al Estado o a instituciones de distinta naturaleza de las comerciales y las profesionales⁴⁰.

Como se ve, el primero de los autores citados refiere la noción de carga administrativa asociada al contrato y el segundo de ellos aporta la de carga financiera. Ambos autores coinciden entonces en la idea de que el compromiso de responsabilidad social es una carga. Para lo cual, conviene traer a colación lo que ha dicho la doctrina española sobre el tema:

La situación jurídica denominada carga posee un perfil en cierta manera híbrido entre las situaciones de poder y de deber: consiste, como la obligación, en la necesidad jurídica de realizar una determinado conducta. Se diferencia de ésta, sin embargo, en que la carga entraña normalmente una conducta positiva (de hacer), y sobre todo, en que está compulsión jurídica a realizar la citada conducta está establecida en interés propio del sujeto sobre el que pesa, de tal modo que su incumplimiento no entraña ilicitud alguna, sino la simple pérdida de una ventaja para cuya obtención esa conducta constituye un requisito.

La figura de la carga tuvo su origen en el Derecho procesal, a propósito de la carga de la prueba, y aparece normalmente en el seno de los procedimientos formales presididos por el principio de rogación (esto es, cuando el impulso del procedimiento a través de sus diversos trámites, y aun la realización de estos mismos trámites, depende de una iniciativa de las partes). No es de extrañar, por ello, que la carga sea muy frecuente en un sector jurídico tan procedimentalizado como el Derecho Administrativo: son cargas, p. ej., la comparecencia en un procedimiento administrativo para ser

³⁹ José Ignacio Hernández González: *El rapto del derecho civil por el derecho administrativo: a propósito del contrato administrativo. Un ensayo crítico*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. N° 10, 2018, p. 207.

⁴⁰ Carmona: *La tributación en Venezuela...*, ob. cit., p. 44.

tenido por interesado; la petición de ampliación de plazos, o la interposición de recursos; la clasificación de los contratistas para la celebración de determinados contratos con las Administraciones Públicas, entre otros múltiples supuestos⁴¹.

Por su parte, la doctrina⁴² es conteste en que el proceso no es una relación obligacional y que las partes no tienen obligaciones en el sentido sustantivo, sino “cargas” y “expectativas”. Por lo que, el cumplimiento de la carga genera la expectativa de la sentencia favorable. Así, desde que el proceso se separó del derecho sustantivo, no se habla de “obligaciones” sino de “cargas procesales”. La parte no tiene “obligaciones” en el proceso sino “cargas” en beneficio de su propio interés. Sin embargo, nótese como el tema de la carga no tiene un componente de carácter estrictamente obligatorio, pues al ser un imperativo del propio interés de la parte, se puede cumplir como no cumplir; y es que, tal como lo indica SANTAMARIA PASTOR, para el caso en que no se haya cumplido con la carga, el actor sencillamente habrá perdido una ventaja.

Siguiendo con la revisión de los aportes que ha hecho la doctrina nacional a la figura en estudio, encontramos la del autor patrio ALLAN R. BREWER-CARIAS, quien en el prólogo a una obra que comentaremos de seguidas, y sobre la figura en estudio, ha dicho lo siguiente:

Con estas previsiones en la ley de contrataciones públicas, estamos en presencia de unas típicas cláusulas de orden público previstas en la Ley, y que son de obligatoria aplicación para las partes. Es decir, los contratos públicos, como todo contrato, en principio se rigen por las cláusulas que establezcan las partes conforme a la libertad de contratación, configurándose en principio las normas tanto del Código Civil y de otras leyes especiales que le sean aplicables, cómo la Ley de Contrataciones Públicas, como de aplicación supletoria, con excepción, precisamente, de las que sean previsiones de orden público.

Esta noción de norma o previsión de “orden público” en el ordenamiento jurídico venezolano, como hemos dicho, se refiere a aquéllas previstas en leyes que son de obligatorio cumplimiento para las partes en un caso contrato, que no se pueden relajar o modificar por convenios entre ellas, y que al sancionarse incluso pueden configurarse como de aplicación inmediata a los contratos existentes. El concepto se aplica a cualquier tipo de contrato, público o privado, conforme a lo que establece el artículo 6 del Código Civil, siendo este el límite general fundamental a la voluntad entre las partes en las relaciones contractuales, al disponer que el mutuo acuerdo entre ellas no puede alterar las regulaciones legalmente consideradas que sean de orden público, lo que implica que, incluso, previsiones de orden público que se dicten en leyes que entren en vigencia con posterioridad a la firma de contrato, también le son aplicables, dejando a salvo lo que proceda en esos

⁴¹ Juan Alfonso Santamaría Pastor: *Principios de Derecho Administrativo General. I.* P. 345. IUSTEL. Segunda Edición, 2009, p. 345 y ss.

⁴² James Goldschmidt: *Derecho Procesal Civil.* Editorial Labor, S.A., 1936.

casos, cómo derecho del contratista a ser indemnizado por la afectación a derechos adquiridos y la ruptura del equilibrio económico del contrato⁴³.

Como vemos, el autor maneja la noción de cláusula de orden público al referirse a la naturaleza jurídica del compromiso de responsabilidad social. Y sobre ello, tan solo cabría admitir la caracterización, aunque con una cierta reserva en lo que tiene que ver con una noción tan espinosa como la del orden público. Pues, como es sabido, se trata de un tema que en principio no admite interpretación extensiva y es a su vez de derecho escrito; y es el caso que la ley de contrataciones públicas en ningún momento hace alusión a que su articulado tenga naturaleza de orden público, tal y como el propio actor lo reconoce.

Finalmente, encontramos la opinión de la autora venezolana KHAIRY PERALTA, quien en una obra reciente sobre la materia, esto ha dicho en relación al punto que nos concierne:

Los compromisos de responsabilidad social son obligaciones tipificadas legalmente que constituyen una fuente de ingresos financieros para el Estado, aunque no serán destinadas al tesoro nacional ni suelen estimarse en los presupuestos institucionales de los entes recaudadores, que tiene por objeto una prestación con valoración económica, en especie o monetaria⁴⁴.

Para a su vez señalar que:

Ello permite señalar que son exacciones parafiscales y que su naturaleza jurídica es tributaria, aunque no clásica, porque 2 de las características de mayor relevancia en la Responsabilidad Social Empresarial o Responsabilidad Social Corporativa son que los compromisos son manifestaciones voluntarias y suelen convenirse mediante contratos. Los compromisos de responsabilidad social son obligatorios y su cumplimiento está tipificado legalmente, entonces, los contratistas no tienen posibilidad de escogencia⁴⁵.

Sobre la autora, y en particular, sobre la obra en referencia, debemos decir que ella constituye, acaso, la única monografía especializada en el tema que hemos encontrado en toda la bibliografía nacional. Aunque es una obra enfocada al derecho tributario, hemos querido traerla a colación, puesto que, y como ya hemos referido, una de las caracterizaciones que hace la doctrina justamente a esta figura del compromiso de responsabilidad social, tiene que ver con aquella que lo integra en la categoría de: una nueva forma de tributación. Como se ve, la autora parte de la idea de que la figura objeto de estudio constituye un especial tipo de tributo, y en específico, la encuadra en la categoría de las exacciones parafiscales; siendo entonces su naturaleza de orden tributario. No

⁴³ Allan R. Brewer-Carías: *Sobre los compromisos de responsabilidad social como normas de orden público en el régimen de la contratación pública*. Prólogo al libro: *Contratación pública y compromisos de responsabilidad social. Una nueva forma de tributación*, de Khairy Josvett Peralta Fung. EJV, Caracas, 2020, p. 14.

⁴⁴ Khairy Josvett Peralta Fung: *Contratación pública y compromisos de responsabilidad social. Una nueva forma de tributación*. EJV, Caracas, 2020, p. 163.

⁴⁵ Id., p. 169.

obstante ello, y al margen de esa caracterización, la autora a su vez es del criterio de que esta figura es una clara obligación tipificada legalmente y constituye un requisito legal indispensable para la adjudicación del contrato.

Como se ve, las opiniones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del compromiso de responsabilidad social han estado lejos de ser unánimes. No obstante ello, en nuestra opinión el compromiso de responsabilidad social se nos presenta como una clara obligación en razón de la ley, siendo a su vez un requisito de obligatorio cumplimiento a los fines de la celebración del contrato; con un claro carácter accesorio al contrato mismo, pues la mayoría de las veces esa obligación no se corresponderá con el objeto principal del contrato; y con un marcado carácter social, como derivación expresa de la cláusula del Estado social prevista en el artículo 2 del texto fundamental.

III. El compromiso de responsabilidad social y el contencioso administrativo en Venezuela

En el presente capítulo haremos referencia a cómo ha sido tratada la figura del compromiso de responsabilidad social por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Más en concreto, por parte del máximo órgano que conforma ésta jurisdicción: la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Al respecto, traeremos a colación varias decisiones de la Sala, en las que, mediante casos concretos, la misma ha tenido que emitir pronunciamientos expresos para negar o acordar el pago reclamado por concepto del compromiso de responsabilidad social.

Además de ilustrar cuáles fueron en su momento los planteamientos requeridos por las partes, y examinar con carácter particular el relativo a la exigencia de pago por concepto del compromiso de responsabilidad social, haremos una serie de comentarios al respecto, al tiempo de hacer una serie de críticas personales y con lo cual cerraremos de ese modo, el contenido del presente trabajo.

Pues bien, en el marco de una demanda de contenido patrimonial, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, tuvo oportunidad de conocer una pretensión en concreto relativa a la solicitud de pago ante el incumplimiento del compromiso de responsabilidad social.

Para contextualizar al lector en el tema, en apretada síntesis, el caso fue el siguiente: en el marco de una demanda de contenido patrimonial, una empresa contratista demandó a una empresa del Estado. La parte accionante hizo valer una serie de peticiones expresas en contra de la parte accionada. A lo cual esta última, por su parte, interpuso una reconvencción en el proceso, y esgrimió también una serie de reclamos en

contra de la empresa contratista. Dentro de la serie de reclamos que interpuso la parte demandada en sede reconvenicional encontramos justamente la petición expresa hacia la empresa contratista a que le sea reconocido lo relativo al pago por el incumplimiento del compromiso de responsabilidad social. Es necesario comentar que traemos a colación en este trabajo el contenido de tres decisiones⁴⁶ emanadas de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Y en casos que casualmente involucran a las mismas partes, solo que con relación a diferentes tipos de contratos. A su vez, en cada una de esas decisiones, se hace una petición expresa por concepto de la figura del compromiso de responsabilidad social. Sin embargo, advertimos al lector desde ya, que el argumento que da la Sala para resolver el punto es exactamente el mismo en todas y cada una de las decisiones en referencia. Así, el argumento de la Sala en relación con ése punto en particular fue el siguiente:

Tomando en consideración las normas supra transcritas, esta Sala observa que el Legislador, en aras de promover un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, ha desarrollado un ordenamiento jurídico cónsono con los principios de justicia social, democracia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el equilibrio entre el crecimiento económico del sector privado y el desarrollo integral de la colectividad.

En consecuencia, la iniciativa privada a través de diversos planes, programas y proyectos de responsabilidad social, tiene el compromiso de coadyuvar al Estado en elevar el nivel de vida de la población, garantizando una justa distribución de la riqueza y atendiendo las principales demandas socioeconómicas de la comunidad.

En este sentido, se infiere que dicho compromiso nace con la finalidad de aportar a la sociedad un provecho devenido en la propia ejecución del contrato, obligación esta que asume la contratista al momento de suscribir el mismo y que deberá llevar a cabo conforme a lo establecido en la Ley, su Reglamento y en el mismo contrato de obras.

Ahora bien, visto que el incumplimiento por parte de la contratista generó un daño social, al resultar afectados intereses colectivos y difusos de la comunidad beneficiaria, considera esta Sala procedente el pago del compromiso de responsabilidad social, estimado por la Corporación de Industrias Intermedias de Venezuela, C.A. (CORPIVENSA), en la cantidad de "Ciento Setenta y Dos Mil Novecientos Dos Bolívares con Ocho Céntimos (Bs. 172.902,08)", suma que deberá ser destinada a la ejecución de un proyecto de inversión social, en el entorno de la obra no realizada. Así se decide.

Como se evidencia de la cita transcrita, la Sala maneja el criterio de que el compromiso de responsabilidad social es un componente obligatorio en el contrato suscrito por las partes. En virtud de ello, y visto el

⁴⁶ Sentencia N° 876, del 01-08-2017, caso: Vangil Ingenieros C.A.; sentencia: N° 1091, del 17-10-2017, caso: Vangil Ingenieros C.A.; y sentencia N° 1445, del 25-10-2017, caso: Vangil Ingenieros C.A. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

incumplimiento reclamado en sede reconvenicional, la Sala acuerda el pago por tal concepto. No obstante ello, conviene hacer unos comentarios finales al respecto.

En primer lugar, cabría hacer entonces una breve aproximación a ése denominado "contencioso patrimonial" de conformidad con la ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa⁴⁷. Y lo primero que salta a la vista es su carácter totalmente impreciso, cuestión reseñada por la doctrina. Así, para TORREALBA SÁNCHEZ⁴⁸ el vocablo "contenido patrimonial" peca de impreciso debido a que son muy escasas las demandas que no ostentan de alguna u otra forma un contenido patrimonial (El autor cita por ejemplo, el caso de las demandas referidas al estado y capacidad de las personas). En igual sentido se pronuncia KIRIAKIDIS⁴⁹ para quién cualquier pretensión administrativa podría acarrear consecuencias patrimoniales. No obstante ello, y a los fines de dilucidar el verdadero sentido y alcance de la noción en el contencioso administrativo venezolano, el primero de los autores que comentamos, señala que ésta expresión bien pudiera reducirse a: pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad contractual o extracontractual de los órganos que ejercen el Poder Público. Más en concreto, el autor sostiene que las demandas de contenido patrimonial a que se refiere la ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa, comprenden aquellas contentivas de pretensiones de condena al pago de cantidades de dinero, por responsabilidad patrimonial, contractual o extracontractual. Dicho esto, y tal y como lo precisáramos previamente, el caso que comentamos estuvo referido a una demanda de contenido patrimonial en dónde se hicieron valer una serie de reclamos dirigidos todos ellos a procurar la condenatoria de la parte demandada al pago de sumas de dinero en virtud de un incumplimiento contractual. Cuestión esta que fue replicada en los mismos términos en la reconvenición. No obstante ello, y si bien es cierto que la Sala una vez verificado el incumplimiento acordó el pago solicitado, creemos que de alguna manera se desnaturalizó la pretensión hecha valer, al fundamentar tal decisión en la supuesta lesión de intereses colectivos y difusos, cuestión cuyo conocimiento no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, y a su vez al invocar una noción inexistente en derecho como la del "daño social".

⁴⁷ Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.447 de 16-06-2010, reimpressa en N° 39.451 de 22-06-2010.

⁴⁸ Miguel Ángel Torrealba Sánchez: *Estudios de Derecho Procesal Administrativo*. RVLJ. Caracas, 2021, p. 110 y ss.

⁴⁹ Jorge C. Kiriakidis Longhi: *El Contencioso Administrativo Venezolano a la luz de la ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa*. FUNEDA. Caracas, 2012, p. 108.

Conclusiones

Pues bien, de conformidad con lo anteriormente expuesto, es posible señalar las siguientes ideas, a modo conclusivo:

Se trata como hemos tenido ocasión de revisar ya, de una figura relativamente novedosa en el ordenamiento jurídico. Claro que, y como también vimos, su planteamiento actual no es coincidente con el de la legislación anterior.

Por otra parte, la figura en estudio despierta un marcado interés desde el punto de vista del variado entramado de factores de los que se nutre. Por un lado, tiene un evidente fundamento constitucional al ser derivado expreso primeramente de la cláusula del Estado social, así como también tener un definido carácter de valor constitucional de conformidad con nuestro texto fundamental.

También es indudable la aplicación práctica que de la noción de responsabilidad se hace en nuestro ordenamiento jurídico, presentando esta figura notoria incidencia en diversos ámbitos y entornos de la actividad ordinaria. Y encontrando como uno de los campos de aplicación de esa noción en Venezuela, y como vimos, al régimen de la contratación pública.

Pero sin duda alguna que donde hemos encontrado mayor interés e inquietud a lo largo del desarrollo del artículo, ha sido en lo relativo al tema de su naturaleza jurídica, en virtud de la diversidad de opiniones que, como hemos tenido oportunidad de revisar, han sido expresadas por parte de la doctrina nacional.

Finalmente, algo que también nos resultó de especial interés en la elaboración del presente artículo ha sido el tratamiento que se le ha dado a la figura por parte de la jurisdicción contencioso administrativo, y en especial por parte de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Y lo cual no deja de ser curioso, más aún si se repara en la condición de ser ésta la máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativo en Venezuela. Por decir lo menos, se ha dejado pasar la oportunidad para que la Sala orientara y perfilara aún más los contenidos de este instituto.

Por nuestra parte, esperamos haber contribuido al desarrollo del presente tema, que a pesar de ser relativamente reciente, no deja de ser interesante, como ya lo hemos afirmado; ni mucho menos dudamos de que tenga una especial aplicación práctica en el ámbito de la contratación pública venezolana. ■

La corrección monetaria en los procesos de formulación de reparo por parte de los órganos de control fiscal

Alonso José MACÍAS LUÍS*

REDAV, N° 27, 2023, pp. 105-124

Resumen: Este ensayo busca desarrollar la vinculación existente entre la corrección monetaria con el procedimiento de la formulación de reparo realizado por los órganos de control fiscal. Se desarrolla un procedimiento por menorizado acerca de la aplicabilidad de la corrección monetaria en el procedimiento de formulación de reparos, utilizando para ello la remisión realizada por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal a las normas civiles que regulan la materia. Concluimos acerca de la necesidad de reformar la ley para adaptarla a la realidad económica reinante en el país, así como, la obligatoriedad del órgano rector del Sistema Nacional de Control Fiscal de ajustar sus criterios a las nuevas tendencias, para así dar una efectiva batalla en sede administrativa en contra del flagelo de la corrupción.

Palabras clave: Control Fiscal – Corrección Monetaria – Reparos.

Abstract: *This essay seeks to develop the link between monetary correction and the procedure for formulating objections carried out by fiscal control bodies. Likewise, a detailed procedure is developed regarding the applicability of the monetary correction in the procedure for formulating objections, using for this purpose the referral made by the Organic Law of the Comptroller General of the Republic and the National Fiscal Control System to the civil norms that regulate the matter. Concluding on the need to reform the law to adapt it to the prevailing economic reality in the country, as well as the obligation of the governing body of the National Fiscal Control System to adjust its criteria to new trends, in order to wage an effective battle in administrative headquarters against the scourge of corruption.*

Keywords: *Fiscal Control – Monetary correction – Repairs.*

Recibido

31-03-2024

Aceptado

09-05-2024

Introducción

Durante los debates constituyentes, se comenzó a verificar la necesidad de establecer dentro del texto fundamental los denominados

* Abogado egresado de la Universidad José María Vargas (UJMV). Especialista en Derecho Administrativo egresado de la Universidad Fermín Toro (UFT). Profesor de pregrado en la Universidad Fermín Toro. Ex Consultor Jurídico de la Contraloría del Estado Lara. Ex Director Académico del Instituto de Desarrollo de Estudios de la Contraloría del Estado Lara (IDECCEL). Coordinador del Centro de Estudios Jurídicos y Políticos de Universidad Fermín Toro (CEJP-UFT).

estados de excepción, los cuales podrían solventar una situación extraordinaria que se presente dentro del territorio del Estado de forma inmediata. Al momento de aprobar la Constitución de 1999, dentro de ella se establecieron cuatro tipos de estados de excepción, a saber, alarma, emergencia económica, conmoción interior y exterior.

Continuando con este orden de ideas, durante el año 2016, la grave situación económica por la que atravesaba el país llevó a que el Presidente de la República dictase por primera vez en la historia republicana un estado de excepción, en esa oportunidad el denominado estado de emergencia económica, estatuido en el artículo 338 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone: *"Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual"*.

Al respecto, el Decreto N° 2184, de fecha 14-01-2016, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.214, de la misma fecha¹, se declara el estado de emergencia económica en todo el territorio nacional, el cual tenía como finalidad solventar la situación derivada por el detrimento de los ingresos económicos de los ciudadanos, situación esta que incidió de forma negativa en la consecución de los derechos estatuidos en la Constitución de 1999, así como, en el ordenamiento jurídico nacional acerca del acceso libre a los bienes y servicios esenciales requeridos para obtener una calidad de vida adecuada.

Aunado a lo anterior, el ejecutivo nacional, ha decretado durante las dos últimas décadas tres reconversiones monetarias, lo que implicó la reexpresión de la unidad monetaria venezolana el Bolívar. La primera reconversión data de 2007, con la aprobación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reconversión Monetaria, la cual dispone en su artículo 1 lo siguiente:

A partir del 1° de enero de 2008, se reexpresa la unidad del sistema monetario de la República Bolivariana de Venezuela, en el equivalente a un mil bolívares actuales. El bolívar resultante de esta reconversión, continuará representándose con el símbolo "Bs", siendo divisible en cien (100) céntimos. En consecuencia, todo importe expresado en moneda nacional antes de la citada fecha, deberá ser convertido a la nueva unidad, dividiendo entre 1.000, y llevado al céntimo más cercano².

En consecuencia, según lo dispone la norma antes citada, la moneda de curso legal en Venezuela fue reexpresada desde el año 2008, teniendo el efecto práctico de eliminar tres ceros a la expresión

¹ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.214, de 14-01-2016.

² Gaceta Oficial N° 38.638, de 06-03-2007.

monetaria nacional, comenzando a denominarse desde el momento de la entrada en vigencia de la ley como Bolívar Fuerte.

Posteriormente, en el año 2018, el ejecutivo nacional emitió el decreto N° 3.548, del 25-07-2018, publicado en Gaceta Oficial N° 41.446, de la misma fecha³, en el marco del estado de excepción de emergencia económica, en el cual en el artículo 1 indica que:

A partir del 20 de agosto de 2018, se reexpresa la unidad del sistema monetario de la República Bolivariana de Venezuela, en el equivalente a cien mil bolívares (Bs. 100.000) actuales. El bolívar resultante de esta reconversión, continuará representándose con el símbolo "Bs", siendo divisible en cien (100) céntimos. En consecuencia, todo importe expresado en moneda nacional antes de la citada fecha, deberá ser convertido a la nueva unidad, dividiendo entre cien mil (100.000).

Aunado a ello, la reconversión del año 2018, en la práctica eliminaba cinco ceros de la moneda nacional, ello producto de la grave crisis económica que se desarrollaba en el territorio nacional vista las causas expresadas en el decreto de estado de emergencia económica dictado por el Presidente de la República en el año 2016.

Durante el 2021, un nuevo decreto de reconversión monetaria fue dictado por el ejecutivo nacional, en esa oportunidad la moneda venezolana fue reexpresada en el equivalente de un millón de bolívares, entrando en vigencia esa nueva disposición a partir del 01-10-2021, como lo indica el artículo 1 del Decreto N° 4.553, del 06-08-2021, publicado en Gaceta Oficial N° 42.185, de la misma fecha⁴.

Dado lo anterior, la economía nacional ha sufrido importantes cambios durante las últimas décadas, viéndose afectada de forma negativa por múltiples factores que impiden el normal desenvolvimiento de las actividades económicas dentro del territorio venezolano, situación que ha conllevado a que el Presidente de la República en uso de sus facultades extraordinarias dictase medidas que buscaban la definitiva recuperación económica del país.

Dicha afectación económica incide en múltiples áreas del acontecer nacional, entre los cuales se cuentan la formulación de reparos y multas impuestas mediante el procedimiento para la determinación de responsabilidades administrativas establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, dado que estas se ajustan a la unidad tributaria vigente para el momento de la ocurrencia del presunto hecho generador de responsabilidad.

³ Gaceta Oficial N° 41.446, de 25-07-2018.

⁴ Gaceta Oficial N° 42.185, de 06-08-2021.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento para la formulación de reparo, el mismo es conceptualizado por PEÑA SOLÍS⁵, como:

El acto emanado de los órganos competentes de control fiscal, que resulta de un procedimiento iniciado por éstos, de oficio, por denuncia o a solicitud de cualquier órgano o empleado público, cuando detecten indicios de que funcionarios públicos encargados de la administración, manejo, custodia de los bienes públicos, y excepcionalmente particulares, han causado un daño al patrimonio, o más concretamente, al patrimonio de los entes y órganos enumerados en (...) la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Según lo expresa el autor anteriormente citado, la formulación de reparo es un acto el cual puede iniciarse de oficio, denuncia o solicitud de parte, cuando existan presuntamente indicios que algún funcionario público haya causado un daño al patrimonio a los órganos y entes públicos sujetos a control por parte de las instituciones que forman parte del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Es así que con la declaratoria de estado de excepción y las reconversiones monetarias establecidas por el Ejecutivo Nacional, tanto las multas como la formulación de reparo, son insuficientes para evitar y sancionar los actos de corrupción cometido por funcionarios públicos que no apegan su actuar a lo dispuesto en las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico nacional, en virtud que al estar ajustado a la unidad tributaria del momento que ocurrió el hecho, el resarcimiento al daño patrimonial es insignificante, siendo más costoso la apertura del procedimiento que el beneficio conseguido por la administración pública, situación está que violenta el principio de economía estatuido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁶, sin embargo, el artículo 84 de la ley *supra* mencionada, dispone lo siguiente:

La responsabilidad civil se hará efectiva de conformidad con las Leyes que regulen la materia y mediante el procedimiento de reparo regulado en esta Ley y su Reglamento, salvo que se trate de materias reguladas por el Código Orgánico Tributario, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones en él contenidas.

La norma citada, dispone que la responsabilidad civil puede hacerse efectiva conforme a las leyes que regulen la materia, es así que siendo la formulación de reparo un tipo de responsabilidad civil, al momento de aplicar la misma podrá el órgano de control fiscal competente, hacer uso del Código Civil y Código de Procedimiento Civil, para lograr que ese daño al patrimonio público obtenga un resarcimiento acorde al hecho que lo ocasiono.

⁵ José Peña Solís, *El Régimen de la formulación de reparos* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2002), 170.

⁶ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.013, de 23-12-2010.

Es así, que dentro de estas normas de naturaleza civil, encontramos la denominada corrección monetaria, la cual ha sido definida en sentencia N° 731, de fecha 31-10-2016, por el Juzgado Superior en lo Contencioso Administrativo del Estado Carabobo⁷ como:

Una figura jurídica que tiene por finalidad evitar que el fenómeno inflacionario afecte de manera inminente al acreedor de un deuda potencial, como consecuencia del tiempo transcurrido entre la oportunidad que se causa la obligación y el momento en el cual se cumple con dicha obligación, en virtud que la cantidad pecuniaria adeudada pierde su poder adquisitivo.

Siendo esta una figura jurídica de carácter procesal, contenida en el ordenamiento jurídico de naturaleza civil, el cual puede ser aplicable de manera supletoria en la formulación de reparo, es que consideramos necesario estudiar el procedimiento aplicable para hacer efectiva la corrección monetaria.

En este sentido, nos proponemos realizar en primer lugar un estudio acerca de los aspectos fácticos que llevaron a la pérdida del valor de nuestro signo monetario nacional; en segundo lugar, la institución del reparo administrativo como un tipo de responsabilidad civil; y en tercer lugar, la aplicabilidad de la corrección monetaria para el resarcimiento efectivo del daño causado al patrimonio público del Estado.

I. El estado de excepción de emergencia económica y las reconversiones monetarias de los años 2008, 2018 y 2021.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en el Título VIII, Capítulo II, de los estados de excepción, y en particular el artículo 337 los define como:

... las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.

De lo antes expresado, la Carta Magna dispone que las circunstancias extraordinarias en ámbitos sociales, económicos, políticos, naturales o ecológicos, serán resueltas mediante mecanismos y medidas excepcionales dictadas por el Presidente de la República, denominados estados de excepción.

A su vez, RIVAS QUINTERO⁸, nos indica la importancia de los estados de excepción, señalando que:

⁷ "Corrección Monetaria e Intereses Moratorios", Veritas Lex, <https://grupoveritaslex.com/blog/correccion-monetaria-e-intereses-moratorios-594>

⁸ Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional* (Valencia, Venezuela: Andrea C.A., 2009), 550.

La Declaratoria de los estados de excepción a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, es materia reservada al Órgano Ejecutivo Nacional, conforme lo contempla el artículo 337 de la Constitución Nacional. Tal atribución a favor del Presidente (a) de la República que ha de asumir en Consejo de Ministros, robustece significativamente su marco de competencia para atender situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios de que dispone el Estado para afrontarlos.

Es así que según lo expresado por el autor antes citado, la importancia que tiene los estados de excepción es que robustecen el marco competencial del que dispone la Presidencia de la República para atender situaciones que afecten gravemente la vida política, económica, sanitaria y ambiental de la nación, cuando los mecanismos ordinarios que dispone el estado sean insuficientes.

Así mismo, los artículos 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, regulan los distintos estados de excepción que puede decretar la Presidencia de la República, así como, los lapsos y supuestos en los cuales se deben aplicar los mismos, teniendo especial relevancia para la presente investigación el denominado estado de excepción de emergencia económica desarrollado en el artículo 338 de la Carta Magna.

Siguiendo este orden de ideas, la norma anteriormente referida estipula que el estado de excepción de emergencia económica se podrá decretar cuando en el territorio nacional se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten de manera grave la vida económica de la nación, teniendo una duración de sesenta días prorrogable por igual lapso de tiempo.

Ahora bien, en el 2016 el Presidente de la República decretó el estado de excepción de emergencia económica indicando en el artículo 1 del decreto N° 2.184, de fecha 14 de enero de ese año, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.214 de la misma fecha, que se dictó a los fines que el Ejecutivo Nacional dispusiera de las medidas oportunas que permitieran atender la situación excepcional y extraordinaria por la que atravesaba la economía nacional, asegurando que la población venezolana pudiese disfrutar plenamente de sus derechos de naturaleza económica y el libre acceso a los bienes y servicios fundamentales.

Posteriormente, durante los años siguientes, el Presidente de la República se emitieron prorrogas del estado de excepción de emergencia económica, en virtud que las causas que motivaron su emisión no habían cesado, situación que violentaba de manera flagrante lo dispuesto en la Carta Magna en cuanto a la vigencia y prorrogas de la medida extraordinaria.

A pesar de ello, desde el año 2016 al 2019, el estado de excepción de emergencia económica se mantuvo en vigencia, lo que indica que las causas extraordinarias y excepcionales aducidas en el decreto emitido

por la Presidencia de la República persistían, afectando de esa forma la vida económica de la nación.

Continuando este orden de ideas, resulta de vital importancia en el presente estudio la figura de la reconversión monetaria, la cual es conceptualizada por TORTOZA⁹ como: *“una política monetaria que tiene como objetivo colocar correctivos a elementos que distorsionan la economía, como son la inflación, la liquidez monetaria, disminución del poder adquisitivo, entre otros”*.

En virtud de lo anterior, la reconversión monetaria como una política monetaria que aplican los estados, tiene como finalidad la corrección de los elementos que deforman la economía de un país, tales como la inflación y la devaluación del signo monetario, por tan solo mencionar algunas de las causas que llevan a emitir tal política pública.

Es el caso que, en el año 2008, el Presidente de la República mediante el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reconversión Monetaria, publicado en Gaceta Oficial N° 38.638, de fecha 06-03-2007, reexpresa la unidad del sistema monetario venezolano (Bolívar), al equivalente de mil bolívares, a través de la división entre 1000 de la cantidad expresada en moneda nacional antes del 01-01-2008, es decir, el valor nominal de la moneda se dividía entre 1000, lo que conlleva en términos prácticos a la eliminación de tres ceros al Bolívar existente para la época de la emisión de la norma.

Con posterioridad, en el 2018, el Ejecutivo Nacional a través del Decreto N° 3.548 del 25 de julio, publicado en Gaceta Oficial N° 41.446 de esa misma fecha, estableció la reexpresión de la unidad del sistema monetario nacional de la República Bolivariana de Venezuela, para ese entonces denominado Bolívar Fuerte (Bs. F), a partir del 20 de agosto, en consecuencia, dicha reexpresión se aplicaba dividiendo el valor monetario entre 100.000, lo que implica la eliminación de cinco ceros a la moneda nacional.

Tal situación continuó presentándose para el año 2021, en el cual el Presidente de la República, emite el Decreto N° 4.553, del 6 de agosto, publicado en Gaceta Oficial N° 42.185, de esa misma fecha, en el cual se reexpresa la unidad del sistema monetario al equivalente de 1.000.000 Bs, para ese entonces, aplicando la operación aritmética mencionada en párrafos anteriores, es decir, la división entre 1.000.000, teniendo como resultado la supresión de 6 ceros al signo monetario nacional denominado en ese momento Bolívar Soberano.

En tal sentido, tanto el estado de excepción de emergencia económica como la reconversión monetaria fueron políticas públicas

⁹ “¿Por qué una reconversión monetaria?”, Samiyara Tortoza, https://www.bcv.org.ve/system/files/archivos-descargables/trabajo_minci.pdf

económicas y monetarias aplicadas por el Ejecutivo Nacional que buscaban el mejoramiento de la situación económica excepcional y extraordinaria que acontecía en el país durante los años 2016 en adelante.

Ahora bien, en cuanto a la reconversión monetaria, la aplicabilidad de los diversos decretos explicados con anterioridad, implican que fueron suprimidos durante los años 2008 al 2021, un total de 14 ceros al Bolívar como signo monetario nacional, lo que conlleva que los montos correspondientes a los ingresos y gastos, como los valores históricos de los bienes adquiridos por los órganos y entes públicos debían reexpresarse a los fines de ajustarse a la política monetaria, teniendo incidencia directa dicha reexpresión en los montos estimados mediante las actuaciones fiscales correspondientes a los presuntos daños causados al patrimonio público de los órganos sujetos a control, es decir, a las cantidades de los reparos administrativos.

II. La formulación de reparo impuesta por los órganos de control fiscal

Con respecto a los órganos de control fiscal que tienen la potestad de imponer reparos administrativos, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece en su artículo 36 una organización de carácter administrativa compuesto por diversos órganos, denominado Sistema Nacional de Control Fiscal.

Tal es el caso que, dicho sistema está compuesto por la Contraloría General de la República como órgano rector; las Contralorías Estadales, Distritales y Municipales; la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana; así como, las Unidades de Auditoría Interna de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, Estatal, Distrital y Municipal.

En el mismo orden de ideas, para RIVAS QUINTERO¹⁰, el Sistema Nacional de Control Fiscal, tiene como objetivo:

...fortalecer la capacidad del Estado para ejecutar eficazmente su función de gobierno, lograr la transparencia y la eficiencia en el manejo de los recursos del sector público y establecer la responsabilidad por la comisión de las irregularidades relacionadas con la gestión de las entidades aludidas en el artículo 9, numerales 1 al 11 de la ley.

En virtud de lo antes expresado, el Sistema Nacional de Control Fiscal fortalece las capacidades del Estado en la ejecución de las funciones inherentes a los órganos y entes que componen la Administración Pública en sus tres niveles de gobierno.

¹⁰ Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional* (Valencia, Venezuela: Andrea C.A., 2009), 475.

Así mismo, los órganos que componen dicho sistema tiene la atribución de establecer las responsabilidades administrativas que correspondan por los daños patrimoniales causados a los bienes, ingresos y gastos realizados por los funcionarios públicos investidos o no de autoridad.

Es importante destacar que, la Contraloría General de la República ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Control Fiscal, como lo determina la ley que regula las competencias de ese órgano de carácter constitucional.

En tal sentido, para MILL DE POOL¹¹, la Contraloría General de la República como órgano de control fiscal puede: *"...realizar investigaciones a objeto de comprobar la transgresión de una norma legal o reglamentaria, establecer un monto por los daños causados al patrimonio público, así como identificar y determinar el ejercicio de acciones fiscales"*.

Según lo expresado por el autor, la Contraloría General de la República es un órgano que ostenta competencias públicas para proceder a realizar procedimientos de carácter investigativo, cuando exista la presunción acerca de la existencia de un daño patrimonial, o cuando exista una vulneración de una normativa legal o sub legal, así como imponer la respectiva sanción de carácter pecuniario, como lo son la responsabilidad administrativa, configurada mediante una multa o el reparo.

En consecuencia, tanto la Contraloría General de la República como los demás órganos que conforman el Sistema Nacional de Control Fiscal, poseen potestades públicas referentes a la determinación de responsabilidades en materia civil, como lo son la formulación de reparo.

Con relación a esto, la responsabilidad civil es definida por ORLANDO como: *"la que tiene lugar cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, ya sea por acción u omisión, produce un daño de orden patrimonial a un tercero o a la propia Administración, el cual debe reparar"*¹².

Destaca el autor citado que, se configura la responsabilidad civil cuando un funcionario público en ejercicio de las atribuciones conferidas en el ordenamiento jurídico o en los instrumentos normativos internos de la institución, por acción u omisión produce un daño al patrimonio público del órgano o ente donde ejecuta sus funciones, teniendo la obligación determinada por la ley de resarcir el daño causado.

¹¹ Andrés Mill De Pool, *La investigación administrativa en Venezuela* (Maracaibo: Los Ángeles Ediciones, 2007), 13.

¹² Freddy Orlando, *La potestad inquisitiva de los órganos de control fiscal y la determinación de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos*, 2da Edición (Caracas: UCAB, 2006), 65.

Vinculado a lo anterior, es primordial destacar el contenido del artículo 1.185 del Código Civil Venezolano¹³, el cual estipula que la persona que con intención o por negligencia o imprudencia cause un daño a otra, está en la obligación de repararlo, constituyéndose esta norma jurídica la base fundamental de la responsabilidad civil en Venezuela.

Continuando en este mismo orden de ideas, para CALVO BACA¹⁴, el hecho ilícito contenido en el mencionado artículo *supra*, constituye:

...un antecedente o condición de la aplicación de sanciones, y con independencia de que se considere o no a la sanción como elemento esencial para la definición del Derecho, la sanción es un término primario que nos permite establecer cuándo estamos en presencia de un hecho ilícito.

Como lo expresa el autor citado, el hecho ilícito es una condición requerida por la legislación venezolana para la implementación de una sanción bien sea en el ámbito meramente civil o administrativo.

En cuanto a la materia administrativa, los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control Fiscal, tienen la competencia para imponer reparos conforme lo dispone el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, cuando en el curso de las auditorías, fiscalizaciones, inspecciones, exámenes de cuentas o investigaciones que realicen detecten indicios de que se ha causado daño al patrimonio de un órgano o ente sujeto a control, todo ello como consecuencia de actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o sub legal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno, así como, cuando se configure una conducta omisiva o negligente en el manejo de los recursos públicos.

En ese orden de ideas, los reparos según lo señala PEÑA SOLÍS¹⁵, se definen como:

...el acto emanado de los órganos competentes de control fiscal, que resulta de un procedimiento iniciado por éstos, de oficio, por denuncia o a solicitud de cualquier órgano o empleado público, cuando detectan indicios de que funcionarios públicos encargados de la administración, manejo, custodia y de los bienes públicos, y excepcionalmente particulares, han causado un daño al patrimonio público y más concretamente al patrimonio de los entes y órganos enumerados en el artículo 9, numerales 1 al 11 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En base a lo anterior, los reparos son procedimientos iniciados de oficio o a solicitud de parte, cuando se tenga la presunción que un

¹³ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.990, de 26-07-1982.

¹⁴ Emilio Calvo Baca, *Código Civil Venezolano. Comentado y Concordado* (Caracas: Libra, 2002), 666.

¹⁵ José Peña Solís, *El Régimen de la formulación de reparos* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2002), 7.

funcionario público ha causado un daño al patrimonio público de los órganos y entes que conforman la Administración Pública Nacional, Estatal, Distrital, Municipal y Descentralizada, teniendo éstos la obligación de responder por el daño causado.

Es así que, los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, a través de la Dirección de Determinación de Responsabilidades, tiene la competencia constitucional y legal de imponer reparos a los funcionarios públicos que presuntamente hayan cometido un daño patrimonial al órgano o ente sujeto a control, bien sea por acción u omisión, detectada tal irregularidad en el curso de cualquier actuación de control fiscal.

III. La corrección monetaria en los procesos de formulación de reparos dictados por los órganos de control fiscal

Es importante destacar, en primer término, la conceptualización esbozada por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 181, de fecha 24-11-2020¹⁶, definió la corrección monetaria indicando que ella:

...se encuentra dirigida a actualizar el valor de la moneda que se ha depreciado por el transcurso del tiempo, siendo posible su ajuste en caso de obligaciones de valor (vgr. sentencias de esta Sala Nos. 576 del 20 de marzo de 2006 y 438 del 28 de abril de 2009), cuyo propósito no es más que es restablecer el equilibrio económico que resulta alterado por la variación en el poder adquisitivo de la moneda durante el tiempo de mora en el pago (cfr. fallo de la Sala de Casación Civil N° RC.00737 del 27 de julio de 2004).

Según lo expresado por el máximo tribunal de la República en su fallo vinculante, la figura de la corrección monetaria o indexación busca actualizar el valor de la moneda que por el transcurso del tiempo se ha depreciado, ajustándolo al coste real, reestableciendo con ello el equilibrio económico cambiado por la pérdida del valor adquisitivo de la misma.

Siendo de este modo, esta institución jurídica de naturaleza civil y mercantil, refleja una utilidad práctica al momento de que los efectos inflacionarios y la pérdida del valor real de la moneda de curso legal, se presente en cualquier nación, situación que se presentó en Venezuela posterior a la implantación de los estados de excepción de emergencia económica decretados por el Presidente de la República en el año 2016 y siguientes.

A pesar de ello, mediante Memorándum N° 04-00-249 del 04-08-2005, emitido por la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República¹⁷, se dictó opinión jurídica en cuanto

¹⁶ SC/TSJ, N° 181 de 24-11-2020.

¹⁷ Dictámenes de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República 2005 – 2006, memorándum N° 004-00-249, de 04-08-2005.

a la imposibilidad de aplicar la indexación a los montos de los reparos referentes a los bienes del patrimonio público.

En tal sentido, la referida unidad de apoyo jurídico del máximo órgano de control fiscal, inicio el análisis conceptualizando la figura del reparo, luego, la institución de la corrección monetaria, para posteriormente, indicar lo siguiente:

...al trasladar dicha definición al asunto consultado, existe la posibilidad de corregir monetariamente los montos en bolívares correspondientes a los costos históricos de los bienes del patrimonio público objeto de reparos hasta el momento en que se produjo el daño, o hasta el momento en que el órgano o ente administrativo solicita vía reparo, su resarcimiento, lo que implica una fórmula permisible para ajustar los montos e incidencia económicas; no obstante, encontramos que esta figura no encuentra asidero jurídico en la normativa que regula el control fiscal, en virtud de no estar prevista por el legislador en ninguno de los instrumentos legales sobre la materia.

Según lo expresado con anterioridad, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Contraloría General de la República, inicialmente indica que la corrección monetaria podría ser aplicada en los procesos de formulación de reparos dictados por los órganos de control fiscal, siendo una fórmula permisible a los fines de ajustar los valores del presunto daño patrimonial causado.

Posteriormente, señala que la figura *in comento* no tiene asidero jurídico normativo dentro de la legislación nacional que regula las actividades inherentes al control fiscal, es decir, fundamentándose en el principio de legalidad dicha unidad administrativa opina que la corrección monetaria no es aplicable a las formulaciones de reparo, debiendo en el caso de los bienes utilizarse los valores históricos para la determinación de la responsabilidad civil.

Es importante resaltar, que no compartimos el criterio emitido por la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República, en virtud que dicha opinión jurídica fue emitida en el año 2005, es decir, anterior a los hechos que motivaron la emisión de los decretos de estado de excepción de emergencia económica y de la implementación de la política monetaria correspondiente a la reconversión monetaria, lo cual hace que no encuentre incidencia real y efectiva en la actualidad.

Así mismo, el argumento principal indicado por el máximo órgano de control fiscal en el dictamen jurídico, es referente a la inexistencia dentro de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal de una norma jurídica que permita a los órganos de control fiscal aplicar la figura de la corrección monetaria en la formulación de los reparos.

A pesar de ello, tanto la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal del 2001, norma vigente para el momento de la emisión de la referida opinión jurídica, así como, la vigente ley publicada en Gaceta Oficial en el año 2010, regulan en su artículo 84 la posibilidad que en materia de responsabilidad civil, es decir en materia de reparo, se apliquen las leyes que regulen dicha institución, aplicando el procedimiento de formulación de reparo contenido en la legislación que regula las actuaciones de control fiscal.

Si bien es cierto, que la institución de la corrección monetaria no se encuentra regulada de manera expresa dentro de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no es menos cierto que dentro de esa norma, existe una remisión expresa de utilizar de manera supletoria los artículos del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil referentes a la responsabilidad civil, por lo cual el aspecto referente a la inexistencia del principio de legalidad sobre el tema, es desvirtuado con la simple lectura y aplicación del contenido del artículo 84 de la ley que regula a la Contraloría General de la República, el cual dispone:

La responsabilidad civil se hará efectiva de conformidad con las Leyes que regulen la materia y mediante el procedimiento de reparo regulado en esta Ley y su Reglamento, salvo que se trate de materias reguladas por el Código Orgánico Tributario, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones en él contenidas.

Es así que, en base al artículo 84 de la ley anteriormente citada, pueden aplicarse de manera supletoria las disposiciones contenidas en los artículos 1.277 y 1.737 del Código Civil, los cuales indican que los daños resultante de retardos deben ser pagados mediante la aplicación del interés legal, así como, el supuesto dado en el caso de la disminución del valor de la moneda, se debe dar la cantidad dada en préstamo, es decir, el equivalente monetario al momento de realizar el pago, normas estas que constituyen la base fundamental de la corrección monetaria en Venezuela.

IV. Procedimiento aplicable para hacer efectiva la corrección monetaria en la formulación de reparos realizados por los órganos de control fiscal

Como se expresó en los apartados anteriores, los órganos de control fiscal tienen la potestad de imponer reparos a aquellos funcionarios públicos que por acción u omisión hayan generado un daño al patrimonio público del órgano o ente para el cual haya prestado servicio.

Aunado a lo anterior, para que las distintas Direcciones de Determinación de Responsabilidad de los órganos que componen el Sistema Nacional de Control Fiscal puedan imponer reparos administrativos,

necesariamente el presunto daño patrimonial tuvo que haber sido detectado y señalado por la comisión auditora que realizó la actuación fiscal al órgano o ente público en el Informe Definitivo de la Auditoría.

Cubierto este aspecto necesario para la formulación de reparo, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal contiene en su capítulo IV el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, el cual abarca los artículos 95 al 104 de la mencionada norma.

Como punto de interés dentro del presente análisis, lo constituye la creación por parte del legislador nacional de un único procedimiento que determina la responsabilidad administrativa e impone el reparo, y en tal sentido, PEÑA SOLÍS¹⁸ alude al tema indicando que:

...los redactores de la nueva ley... incurrieron en el grave error de crear un único procedimiento, para la determinación de la responsabilidad civil (formulación de reparos) y administrativa (declaratoria de responsabilidad y sanción), olvidando que ambas responsabilidades, pese a que pueden concurrir, e inclusive tener su origen en el mismo hecho, acción u omisión, son sustancialmente distintas, pues la declaratoria de responsabilidad administrativa es esencialmente de carácter sancionatoria, y para su procedencia no se requiere necesariamente con su actuación el funcionario ocasione un daño al patrimonio público, sino básicamente el encuadramiento de la conducta del funcionario en uno de los tipos ilícitos enumerados taxativamente en el artículo 91 de la ley, y conduce ope legis a la imposición de un cumulo de sanciones, que van desde la de carácter pecuniario (multa)... En cambio, la declaratoria de responsabilidad civil (formulación de reparos) es esencialmente de naturaleza resarcitoria, y para su procedencia se requiere necesariamente, a diferencia de la administrativa, que la acción u omisión cause un daño al patrimonio público, por ser contraria a una norma legal o sub legal expresa, o a uno de los elementos integrantes del sistema de control interno, o sea, que no se requiere que la conducta encuadre en un tipo previamente definido como ilícito administrativo.

Concordamos con la opinión del autor anteriormente citado, dado que ambas instituciones difieren en su finalidad, constituyendo la responsabilidad administrativa una sanción en sentido estricto, en cambio, la formulación de reparo, tiene naturaleza resarcitoria, y depende de la existencia o no de un daño patrimonial detectado con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo.

Aclarado el anterior acápite, es necesario para el entendimiento del presente estudio describir el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidad e imposición de reparo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a los fines de conocer en qué fase procesal se encuadra la corrección monetaria dentro de la formulación de reparo.

¹⁸ José Peña Solís, *El Régimen de la Formulación de Reparos* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2002), 26-27.

La mencionada norma trae consigo una fase previa a la determinación de responsabilidad como lo es la potestad investigativa, contenida en los artículos 77 al 81, iniciando este tramo procesal con el auto de proceder, en el cual el órgano de control fiscal que esté realizando el procedimiento vincula a los presuntos responsables del hecho administrativo generador de la sanción o la persona que presuntamente realizó el daño patrimonial, señalada la persona en el referido auto, corresponde la etapa de notificación para que el interesado realice los descargos, garantizando con ello el cumplimiento del derecho a la defensa y el debido proceso estatuido en nuestra Carta Magna.

Dicha fase previa, culmina con el denominado Informe de Resultados, en el cual se vincula o desvincula a los presuntos responsables de los hechos administrativos contrarios a la norma, o aquellos que por acción u omisión hayan generado un daño al patrimonio público del órgano o ente que se sometió a la actuación fiscal.

El referido informe, será valorado por la Dirección de Determinación de Responsabilidades correspondiente, mediante un Auto de Valoración, en donde se motiva los elementos que dan lugar a la apertura del procedimiento sancionatorio o se desestiman los hechos por no haber elementos suficientes de convicción o por no existir daño patrimonial alguno, con la elaboración del auto se da inicio a la última fase del proceso como lo es la determinación de responsabilidades.

En el caso que existan elementos suficientes de convicción y que se presuma la ocurrencia de un daño patrimonial, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece en su artículo 98 que en el Auto de Inicio se debe indicar los hechos imputados, los presuntos responsables, los elementos probatorios contenidos en el expediente, así como, las razones que hacen presumir al órgano de control fiscal la existencia de una responsabilidad administrativa o la ocurrencia del daño patrimonial.

Concatenado con la norma mencionada, en el caso exclusivo de las formulaciones de reparos, el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, indica los elementos que debe contener el Auto de Inicio, tales como: identificación del destinatario del reparo y la identificación de la actuación fiscal donde se detectó el presunto daño patrimonial; la fecha de la ocurrencia del hecho; la determinación de la naturaleza del reparo, es decir, sí el mismo es civil o de carácter tributario; la fijación del monto del reparo; la indicación de los recursos procedentes en contra del reparo, indicando lapsos y órganos o tribunales competentes; así como, cualquier otra circunstancia que considere necesario señalar el órgano de control fiscal que realice el procedimiento.

Es importante recalcar, que el referido artículo señala la obligatoriedad que tienen los órganos de control fiscal actuantes de indicar el monto del reparo en el respectivo auto de inicio, situación que conlleva a que sí dicho órgano decide aplicar el mecanismo para corregir el monto del mismo, derivado de los efectos inflacionarios, se debe señalar de manera expresa que en el caso de ser declarado con lugar la imposición del reparo, se dictará en el acto oral y público un auto para mejor proveer, tal como lo indica el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a los fines que un experto contable determine el monto resultante del reparo por la aplicación de la corrección monetaria o indexación, situación que se deriva de la aplicación de las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil Venezolano¹⁹, referentes a la prueba de experticia.

Sobre el particular, RENGEL ROMBERG²⁰ conceptualiza a la prueba como: “*la actividad de las partes dirigida a crear en el juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos alegados en la demanda o en la contestación*”. En tal sentido, las pruebas en la determinación de responsabilidad administrativa y formulación de reparo, tiene como objetivo que la autoridad administrativa competente para decidir el procedimiento, tenga la convicción de que los hechos detectados en la actuación fiscal o el presunto daño patrimonial tiene plena certeza, imponiendo de esta manera a los imputados en autos la sanción correspondiente o el reparo respectivo, o por el contrario, son desestimados los hechos imputados con la lógica consecuencia que ello conlleva, la absolución de la responsabilidad administrativa o la no imposición del reparo, según sea el caso.

Concatenado con lo anterior, en materia administrativa, los artículos 53 y 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²¹, indican la obligación de la Administración Pública de realizar todos los trámites necesarios que conlleven al mejor conocimiento del asunto, así como, los medios de pruebas aplicables en los procedimientos administrativos son los contenidos en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil.

En palabras de BREWER CARIAS²²:

...la Administración tiene la responsabilidad y obligación de realizar todos los trámites que le conduzcan a un mejor conocimiento, dice el Artículo 53 de la Ley, y los medios de prueba son todos los que prevé el ordenamiento

¹⁹ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.209, de 18-09-1990.

²⁰ Aristides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987*, Tomo III. Teoría General del Proceso (Caracas: Graficas Capriles, 2001), 219.

²¹ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.818, de 01-07-1981.

²² Allan Brewer Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2003), 304.

de los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, tal como lo prevé el Artículo 58... Por tanto, la Administración, de oficio o a instancia de parte y de los particulares pueden evacuar las pruebas pertinentes a través de todos los medios de prueba.

Ahora bien, en cuanto a los medios probatorios aplicables en el procedimiento de determinación de responsabilidad y formulación de reparo, el señalado artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, indica que los mismos son los contenidos en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil y Código de Enjuiciamiento Criminal (hoy Código Orgánico Procesal Penal), por lo tanto, y como lo indica el Maestro BREWER CARIAS²³: *“Se establece... una gran amplitud probatoria en vía administrativa, con las únicas restricciones establecidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública”*.

En concordancia con lo anterior, los artículos 100 y 102 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, indican que se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés por todos los medios probatorios que no se encuentren expresamente prohibidos por la ley, así mismo, el funcionario competente para imponer la responsabilidad administrativa o imponer el reparo, podrá apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, a menos que exista una norma legal que determine la forma de valorar el mérito de la prueba.

En consecuencia, tanto la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como norma general en materia procedimental, como la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, remiten la aplicación de todo lo concerniente a los medios probatorios al ordenamiento de naturaleza civil que los regula, es decir, al Código Civil y al Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la prueba de experticia en particular, la doctrina nacional, en específico RENGEL ROMBERG²⁴, la conceptualiza como:

...el medio de prueba consistente en el dictamen de personas con conocimientos especiales (científicos, artísticos, técnicos o prácticos), designadas por las partes o por el juez, con el fin de cooperar en la apreciación técnica de cuestiones de hecho sobre las cuales debe decidir el juez según su propia convicción.

En concreto, la prueba de experticia es un dictamen emitido por una persona experta en determinada área, siendo que en materia de formulación de reparo, puede ser requerido dicho experto por el órgano de control fiscal a los fines de determinar mediante la aplicación del

²³ Id., 317.

²⁴ Arístides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987*, Tomo IV. El Procedimiento Ordinario. Las Pruebas en Particular (Caracas: Graficas Capriles, 2001), 383.

ajuste inflacionario el monto del reparo indexado, derivado esto por la pérdida del valor real del signo monetario nacional en virtud de la declaratoria del estado de excepción de emergencia económica y las reconversiones monetarias efectuadas por el Presidente de la República.

Dicha prueba se encuentra regulada en los artículos 451 al 471 del Código de Procedimiento Civil, los cuales indican que una vez sea admitida la prueba, o en el caso en estudio, cuando el órgano de control fiscal, imponga el reparo y se establezca mediante auto para mejor proveer la corrección monetaria del monto del resarcimiento, la autoridad administrativa procederá al nombramiento del experto, el cual debe cumplir con los parámetros legales establecidos para ser designado como tal.

Posteriormente, el experto será juramentado por la autoridad administrativa correspondiente, conforme lo indica el artículo 459 del Código de Procedimiento Civil, debiendo en el lapso establecido en el artículo 101 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es decir, un término no mayor a quince días hábiles para su cumplimiento.

Luego de juramentado, el experto deberá indicar a la autoridad administrativa competente acerca del inicio de las diligencias correspondientes, con al menos 24 horas de antelación, conforme lo indica el artículo 466 del Código de Procedimiento Civil.

La referida prueba de experticia culmina, como lo expresa el artículo 467 del Código de Procedimiento Civil, cuando el experto rinde el dictamen pericial por escrito ante la autoridad con competencia para decidir la formulación de reparo, agregándose inmediatamente a los autos, debiendo contener el mismo, la descripción del objeto de la experticia, en el caso de estudio, la indicación de la corrección monetaria o indexación motivado a la pérdida del valor de la moneda nacional derivada de la crisis económica acaecida desde el 2016 y a la aplicación de las reconversiones monetarias durante los años 2018 y 2021; así como, los métodos y sistemas utilizados, y las conclusiones a las que ha llegado el experto.

Realizado los pasos descritos con antelación, se garantiza el cabal cumplimiento del principio de economía en el ejercicio del control fiscal contenido en el artículo 25, numeral 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual alude a que los costos no deben exceder de los beneficios esperados.

En tal sentido, para CRUZ y SIERRA²⁵, indican que el principio de economía: *“alude a la necesidad de realizar el control fiscal de una manera*

²⁵ Andrés Cruz y Jaqueline Sierra Páez, *Control Fiscal. Estudio Preliminar, Jurisprudencia y Ley* (Maracaibo: Los Ángeles Ediciones, 2006), 25.

austera, con ahorro y reduciendo los gastos". Así mismo, CISNEROS²⁶, señala acerca del referido principio que este: *"busca determinar si con los recursos disponibles, se obtiene el máximo de desempeño de la entidad y, adicionalmente, se verifica el parámetro de los costos mínimos"*.

Los autores referenciados, indican que el principio de economía en el ejercicio de control fiscal, busca que los órganos que componen el Sistema Nacional de Control Fiscal, realicen sus actuaciones de manera tal que los gastos que conlleva realizar las actuaciones fiscales o los procedimientos de determinación de responsabilidad administrativa y formulación de reparos, no excedan de los beneficios que se esperan.

En cuanto a la formulación de reparo, los montos determinados por la comisión auditora correspondiente al presunto daño patrimonial causado, al tener que ser reconvertidos, conlleva a que el resarcimiento no sea efectivo, es decir, que al imponer un reparo con valores reconvertidos se esté violentando el principio de economía en el ejercicio de control fiscal, al ser mayor el gasto que genera la realización del procedimiento administrativo, máxime sí dentro del mismo, el imputado tuvo que ser notificado mediante cartel conforme lo indica la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo que se deriva en un gasto que excede por mucho el beneficio esperado.

Conclusiones

Conforme a lo analizado en el presente estudio, se deriva la imperiosa necesidad existente de realizar una reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, a los fines de ajustar el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidad, a la situación fáctica acaecida con relación a la economía nacional, ajustando los montos de las sanciones administrativas; creando una nueva unidad de cálculo que permita su permanencia en el tiempo, como ocurrió con la implementación de la moneda extranjera de mayor valor conforme a la tasa oficial del Banco Central de Venezuela, en la reforma de la Ley Contra la Corrupción del año 2022; así como, la implementación de procedimientos autónomos en cuanto a la determinación de responsabilidad y a la formulación de reparo.

Sin embargo, hasta tanto ese clamor no sea materializado mediante la reforma de la ley por parte de la Asamblea Nacional, los órganos de control fiscal, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, tienen la posibilidad de realizar las formulaciones de

²⁶ "Control Fiscal en Venezuela", Patricia Cisneros, <https://www.gestiopolis.com/control-fiscal-en-venezuela/>

reparos conforme a la normativa de naturaleza civil que regula ese importante aspecto.

En cuanto al criterio expresado por la Contraloría General de la República en referencia a la no aplicabilidad de la indexación en los procesos de formulación de reparo, el máximo órgano de control fiscal externo tiene la obligación de ajustar sus criterios a la realidad país, realizando con ello un cambio o giro favorable que busque realmente el combate efectivo de la corrupción en sede administrativa, entendiendo que la aplicación de la corrección monetaria no violenta el principio de legalidad, por el contrario, la institución se encuentra desarrollada ampliamente en las normas civiles venezolanas, teniendo una aplicabilidad práctica en materia de formulación de reparos que se deriva de la remisión expresa hecha por el mencionado artículo 84, y de la supletoriedad de la norma, dado que en materia referente a los procedimientos administrativos es perfectamente permisible.

Es por lo que, a los fines de realizar un combate efectivo al flagelo que implica la corrupción, los órganos de control fiscal deben realizar las formulaciones de reparos bajo montos indexados, es decir, al momento de iniciar el procedimiento de determinación de responsabilidad antes descrito, indicar que se ajustará el monto por resarcimiento patrimonial aplicando la prueba de experticia indicada y desarrollada en párrafos que anteceden, atendiendo al contenido del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y aplicando las normas que desarrollan la corrección monetaria o indexación contenidas en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil. ■

Historia sobre los orígenes de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA) y su actividad durante el periodo 2019-2021

José Rafael BELANDRIA GARCÍA*

REDAV, N° 27, 2023, pp. 125-136

Resumen: Este trabajo expone la historia sobre los orígenes de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y su actividad más relevante durante el periodo 2019-2021.

Palabras clave: AVEDA – Derecho Administrativo – Historia.

Abstract: *This paper explains the history of the origins of the Venezuelan Association of Administrative Law and his most relevant activity during the period 2019-2021.*

Keywords: AVEDA – Administrative Law – History.

Recibido

21-07-2023

Aceptado

25-10-2023

Introducción

Dos son los objetivos de ese trabajo: exponer la historia sobre los orígenes de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA)¹ con base en un valioso testimonio e información documental; y hacer referencia, a modo de crónica, a las actividades más relevantes de la AVEDA durante el periodo 2019-2021². Esta crónica es a la par una manera de difundir el quehacer de la AVEDA y que esté al alcance de instituciones públicas o privadas y de quienes se dedican al Derecho Administrativo.

I. Historia sobre los orígenes de la AVEDA

El profesor ALLAN R. BREWER-CARÍAS fue fundador, junto con un grupo de eminentes juristas, de la actual Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y fue asimismo primer secretario de esta Institución

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Abogado por la Universidad de los Andes. Miembro ordinario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

¹ En torno a este tema puede verse el siguiente trabajo de nuestra autoría: Belandria García, José Rafael. "La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 17-19. Caracas, 2019. pp. 129-140.

² Para ello se ha seguido el Informe de rendición de cuentas del Presidente del Consejo Directivo, profesor Juan Domingo Alfonso Paradisi.

desde mayo de 1968³ hasta 1987⁴. En un evento realizado el 28-05-2021, bajo los auspicios de la AVEDA (una videoconferencia dictada por el autor de este trabajo, titulada “Fundación y actividad de la AVEDA: a propósito de su aniversario”, que está disponible Youtube⁵ y el texto fue publicado en el Anuario de la AVEDA de 2021⁶), participó al final el profesor BREWER-CARÍAS. En su participación explicó los trabajos preparatorios para la constitución de la Asociación y otros aspectos sobre sus orígenes. A partir de su extraordinaria experiencia, el profesor BREWER-CARÍAS expresó en esa oportunidad –desde New York– lo siguiente:

Muchas gracias al profesor Belandría por ese recuento histórico, que sobre todo ha sido recuento histórico de los tiempos más recientes, pero hay una parte de interés en el origen y en los primeros años, [...] lamentablemente o afortunadamente el único que tiene ese récord soy yo y en la memoria, porque la Asociación cuando se constituye, el Derecho Administrativo como bien ustedes lo pueden suponer no era nada colectivo, era un grupo de profesores de Derecho Administrativo que había y básicamente en la Central [Universidad Central de Venezuela] porque los mismos profesores que luego fueron a dar a la Católica [Universidad Católica Andrés Bello] eran los profesores de la Central en aquella época y esos profesores cada uno, por su cuenta, tenía su clase y no había, salvo los encuentros casuales en el salón de profesores, no había ninguna vinculación entre ellos. El profesor Moles en el Instituto de Derecho Público, yo había ingresado al Instituto en el 63 y había comenzado a formar la sección de Derecho Administrativo del Instituto, donde empezaron a entrar desde pasantes y luego profesores, desde el inicio el Director actual del Instituto por ejemplo, Gustavo Urdaneta, Nelson Rodríguez, Armando Rodríguez, Ana María Ruggeri, Judith Riever de Bentata, Magdalena Salomón de Padrón, todos estos empezaron a ingresar, Manuel Rachadell, Nelson Socorro, empezaron a entrar entre el 63, 64 y 65. Había un núcleo, por tanto, importante del Derecho Administrativo que era el Instituto, la idea de la Asociación fue tratar de unir la actividad del Instituto con la cátedra y por tanto la propuesta fue constituir la Asociación. Llamé a los profesores de la cátedra y los del Instituto y se constituye la Asociación, se constituyó con la presidencia de Moles, que era el decano vamos a decir de los profesores de Derecho Administrativo y luego los profesores que estaban activos en ese momento, que era el doctor Polanco, el doctor Lares y el doctor Pérez Luciani. Pérez Luciani y Polanco habían sido mis profesores, Lares no fue mi profesor pero estaba ahí en la cátedra y por tanto la idea fue constituir la Asociación y eso lo hicimos. Pero la Asociación, y eso es importante para que ustedes lo tengan como elemento histórico, nació con los profesores de la cátedra [de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela], pero básicamente vinculada al Instituto de Derecho Público, con lo cual hasta cierto punto todo lo que se hizo en el Instituto

³ Belandría García, José Rafael. “La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo”, cit., pp. 131 y 132.

⁴ Véase <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/ACTIVIDADES-EN-INSTITUCIONES-ACADEMIAS-Y-ASOCIACIONES-29-08-07.pdf> (en apartado “III. INSTITUCIONES VENEZOLANAS”, sobre “2. ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN”, p. 13).

⁵ En https://www.youtube.com/watch?v=n5_lmzVKoMA&t=3840s

⁶ En <https://aveda.org.ve/anuario-de-la-asociacion-venezolana-de-derecho-administrativo-2021/>

durante esos años fue auspiciado por la Asociación. Organizamos seminarios, organizamos jornadas nacionales e internacionales desde el Instituto y todas auspiciadas por la Asociación. Inclusive veo que no se mencionó, se sacó una publicación de una de estas jornadas sobre trabajos de un seminario sobre contencioso-administrativo, es una publicación un libro rojo, delgadito, viejo por supuesto, de los años 68, 69, 70, sobre contencioso administrativo, con trabajos de Moles y otros profesores, que se sacó con el sello de la Asociación⁷. De manera que esa es la primera publicación de la Asociación. Luego estos eventos siguieron durante el periodo del Instituto, yo estuve ausente durante un tiempo porque pasé a la Comisión de Administración Pública en el 69, 70, 71, 72, luego estuve en Cambridge, regresé en el 74 y de nuevo se le dio impulso a la Asociación vinculada de nuevo al Instituto y así siguió en la organización de todos los eventos. Yo dejé el Instituto en el 87 y más o menos coetáneamente con esa fecha se creó FUNEDA, que si bien no tenía vínculos con la Asociación, yo diría que fue la continuación de la actividad que venía realizando la Asociación vinculada al Instituto de Derecho Público, la continuó FUNEDA. De manera que yo creo no se puede hablar de la historia de la Asociación sin referirnos también a la labor de FUNEDA que fue, si se quiere, el estandarte de los eventos y de la organización de eventos en materia de Derecho Administrativo pasó de la Asociación a FUNEDA. Y por eso al final de los años 90, yo le propongo, bueno se propone la idea de refundar la Asociación, de retomarla, porque FUNEDA había materialmente como digo sustituido de facto lo que venía haciendo la Asociación anteriormente, con el acuerdo de todos nosotros, porque la actividad de Belén Ramírez en FUNEDA fue más que excelente y sigue siendo más que excelente. De manera que inclusive en esos años 90 cuando se plantea la necesidad de refundar la Asociación, yo propongo que la presida, precisamente, Belén Ramírez, para relanzar la Asociación, cambiándole el nombre y que la Asociación tuviese pues una continuidad con lo que se venía haciendo anteriormente, particularmente desde el punto de FUNEDA y por eso es que Belén aparece en la Asociación. Y luego la Asociación, vamos a decir, adquiere mayoría de edad y ya pues actúa con posterioridad con toda la información que nos ha dado el profesor Belandría. De manera que yo creo para aquella época vale la pena retomar estas pinceladas y trabajar un poco más la historia de esa época, al menos es la historia que yo viví y que vale la pena registrar. Por supuesto, más que complacido estoy de aquella idea inicial de armar una Asociación de la nada en el año 68, para lo cual, por supuesto, sugerí que estuvieran en la directiva los profesores que estaban activos en ese momento y se incorporaron todos los otros que estaban dando clases y que tengamos ahora una Asociación con tantos miembros, con tantas personas, con tanta actividad como la que hemos visto últimamente y por supuesto con el aprovechamiento de toda la tecnología que tenemos ahora y que ha permitido que la Asociación, pues sea, algo pasión de primer orden en el país. De manera que felicito al doctor Belandría por su exposición y felicito a la Asociación por todo el desarrollo que ha tenido y particularmente a Juan Domingo Alfonzo por el liderazgo que le ha dado y le ha impreso a la Asociación y que estoy seguro seguirá adelante.

Con posterioridad, a comienzos de febrero de 2023, quien suscribe contactó por vía telefónica al profesor BREWER-CARÍAS con el propósito de

⁷ En la página en Internet de la AVEDA se indican los siguientes libros editados: <https://aveda.org.ve/publicaciones-aveda/>

ahondar en el título de ese apartado. En esa ocasión sostuvimos una conversación –en pleno invierno neoyorquino– y desde nuestra percepción señalamos lo siguiente: entre 1963 y 1965 el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela comenzó a crecer, con la incorporación de nuevos profesores; también en esos años se creó la Sección de Derecho Administrativo. Hasta entonces la figura central del Instituto de Derecho Público era el profesor ANTONIO MOLES CAUBET. Para esa fecha la cátedra de Derecho Administrativo adquirió más coherencia o consistencia con ese conjunto de jóvenes docentes, investigadores y académicos; también se comenzaron a realizar seminarios, cursos de extensión, etc.

Durante esa época el profesor BREWER-CARÍAS consideró que había que colocar en contacto a los profesores de Derecho Administrativo. Con anterioridad no había un fin común o algo que los aglutinara, así como la comunicación era escasa y más bien casual por lo general en el salón de profesores de la Facultad. De ese modo, el germen o la idea de constituir una asociación para agrupar a los profesores de Derecho Administrativo –que hoy en día es la AVEDA– nació desde el Instituto de Derecho Público. Dicha iniciativa, asimismo, fue del profesor BREWER-CARÍAS⁸. El propósito fue establecer contacto entre los profesores de Derecho Administrativo, siendo una forma de unir.

De igual modo, en aquél momento el contacto con profesores de la misma disciplina de otras universidades, en particular de las universidades de los estados del país, era escaso y más bien de tipo personal o por motivos de esta índole. A esto se debe añadir que el estado de las comunicaciones y las telecomunicaciones en esa época era muy distinto al actual.

Una vez que se decidió constituir la Asociación, se redactó el acta correspondiente (que tiene fecha de 17-05-1968), se eligió el Consejo Directivo para el primer periodo y la presidencia quedó a cargo del profesor Antonio Moles Caubet. Los motivos de ello fueron los siguientes: su magisterio, su antigüedad entre los profesores (ingresó a la Universidad Central de Venezuela en 1947), había sido profesor de quienes ya eran profesores⁹ y en fin era *primus inter pares*, así como debido a que su gran labor fue la de formar.

⁸ Para conocer las actividades del profesor Brewer-Carías en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, del que llegó a ser Director entre 1979 y 1987, véase: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/ACTIVIDADES-EN-UNIVERSIDADES-Y-CURSOS-DICTADOS-29-08-07.pdf> (en apartado “I. UNIVERSIDADES EN VENEZUELA”, sobre “I. UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA”, pp. 1 y 2).

⁹ También por esos años, entre otras cosas, se desempeñó como tutor de tesis de grado y puede verse entre otros trabajos el siguiente: Varela Cáceres, Edison.

Es propicio destacar que en el Acta Constitutiva de la Asociación se encuentran, por un lado, el profesor GUSTAVO PLANCHART MANRIQUE, quien fue docente de Derecho Constitucional; y por el otro, que se designó como miembro honorario de la naciente institución al distinguido profesor italiano MASSIMO SEVERO GIANNINI (docente de la Universidad de Roma y Doctor *honoris causa* por la Universidad Central de Venezuela), quien aceptó el nombramiento y ya por aquellos años había ido a Caracas. Igualmente se designó al profesor LEÓN CORTIÑAS PELÁEZ, como miembro corresponsal extranjero por el Uruguay, quien también para la época había visitado el país.

Como otros datos relevantes se deben señalar los siguientes: desde el momento de la fundación y en los años sucesivos el profesor BREWER-CARÍAS tuvo una importante participación como integrante del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, con sede en Bruselas, Bélgica. Esto probablemente explica que los Estatutos originales de la Asociación, en su artículo 1, señalen que la misma podría actuar como sección nacional del referido Instituto. Por otro lado, desde junio de 1969 a agosto de 1972 el profesor BREWER-CARÍAS fue Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República¹⁰, instancia desde la cual estableció relación y comunicación con la Asociación.

En consecuencia, sirva el testimonio que antecede y estas líneas para acrecentar el registro histórico y las investigaciones sobre los orígenes de la AVEDA, en el 55 aniversario de su fundación¹¹.

II. Actividad de la AVEDA durante el periodo 2019-2021

A continuación se señalarán las principales actividades de la AVEDA durante el periodo 2019-2021. En concreto, se expresarán las labores de difusión, las labores editoriales y las alianzas o acuerdos. Se seleccionó este periodo en virtud de que en un trabajo previo se expuso las principales actividades durante el periodo 2017-2019 y porque representa la gestión del Consejo Directivo electo para el sucesivo bienio¹².

“Semblanza de Antonio Moles Caubet”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 8. Caracas, 2017, pp. 88-100.

¹⁰ Véase en <http://allanbrewercarias.com/categoria-de-biografia/biblioverbigrafia/actividades-profesionales-y-funciones-publicas/>

¹¹ En <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2021/01/La-Asociacion-Venezolana-de-Derecho-Admin-istrativo-Jos%C3%A9-Rafael-Belandria-Garc%C3%ADa.pdf>

¹² En noviembre de 2019 se eligió un Consejo Directivo para un periodo de dos años, el cual culminó su mandato en noviembre de 2021.

1. Labores de difusión

Dentro de las labores de difusión de la AVEDA se señalarán: los encuentros bimestrales, las jornadas anuales, los coloquios internacionales, los seminarios y otros eventos académicos.

A. Encuentros bimestrales

Como una manera de intercambiar opiniones entre expertos en el ámbito del Derecho Administrativo, así como una forma de ofrecer actualización de conocimientos, se diseñaron y colocaron en funcionamiento los encuentros bimestrales de la AVEDA, que se rigen por el respectivo Reglamento dictado el 05-12-2019¹³.

Durante el periodo en referencia se celebraron las siguientes reuniones: “Consideraciones jurídicas sobre el Petro”, el 13-12-2019, a cargo del profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas; “La búsqueda de un nuevo sistema de gobierno para Venezuela”, el 21-02-2020, por el doctor Gerardo Fernández (hasta este punto los encuentros se realizaron de manera presencial, en virtud de la declaratoria de pandemia por la COVID-19 en marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud, los siguientes se realizaron por videoconferencia); “Justicia constitucional”, el 24-04-2020, a cargo del doctor Rafael Badell Madrid; “El control del poder en los estados de excepción”, el 19-06-2020, por el profesor Carlos Ayala Corao; “El régimen jurídico de los estados, con especial referencia a Nueva Esparta”, el 13-08-2020, a cargo del doctor Alejandro Canónico Sarabia; “El Estado de Derecho y las respuestas institucionales ante la pandemia en América Latina”, el 22-09-2020, por el doctor Jesús María Casal; “El alcance de la notoriedad judicial y su utilidad para el traslado de pruebas”, el 19-11-2020, por el profesor Salvador Yanuzzi; “Un nuevo bicameralismo para el Poder Legislativo Nacional”, el 22-01-2021, a cargo del doctor Ramón Guillermo Aveledo; “Estado garante y Derecho Administrativo del riesgo”, el 19-03-2021 por el profesor Luis Alfonso Herrera Orellana; “Derecho Administrativo ¿garantizador?”, el 21-05-2021, a cargo del profesor José Araujo-Juárez; “Cambios en el contencioso bancario”, el 23-07-2021, por el doctor Gonzalo Pérez Salazar; “La ejecución de los laudos en el extranjero, anulados en la sede”, el 24-09-2021, por el doctor Ramón Escovar León. Por consiguiente, se realizaron doce encuentros sobre temas de Derecho Administrativo y Derecho Público en general, con impacto en el orden venezolano e internacional.

B. Jornada anual de la AVEDA

Durante los días 8 y 15 de octubre de 2020, después de varios meses de preparación, así como en cumplimiento de lo previsto en el Reglamento de la Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, se celebró la Jornada Anual de la AVEDA correspondiente

¹³ Véase en <https://aveda.org.ve/reglamentos-y-acuerdos/>

a 2020. En la misma participaron los siguientes quince expositores nacionales y extranjeros: Allan R. Brewer-Carías, Juan Cristóbal Carmona Borgas, Eugenio Hernández-Bretón, José Antonio Muci Borgas, Luciano Parejo Alfonso (España), Rafael Badell Madrid, María Alejandra Correa Martín, Carlos García Soto, Juan Domingo Alfonso Paradisi, Jaime Rodríguez-Arana (España), Claudia Nikken, Michael E. Zolandz y Shahrzad Noorbaloochi (Estados Unidos de América), Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Colombia) y el autor de este trabajo. Es importante destacar que esta fue la primera Jornada Anual, después de la reactivación y reimpulso que la AVEDA experimentó a partir de 2017.

Al año siguiente, durante los días 21 y 28 de octubre de 2021 se celebró la Jornada Anual dedicada al “Derecho de propiedad e intervención del Estado: nuevos y viejos problemas”. En este evento participaron los siguientes catorce ponentes nacionales: Juan Domingo Alfonso Paradisi, Carlos Ayala Corao, Catherina Balasso, Allan R. Brewer-Carías, Román Duque Corredor, Margarita Escudero León, Luis Fraga Pittaluga, Carlos García Soto, José Ignacio Hernández, Roberto Hung Cavalieri, Jorge Kiriakidis, Gabriel Ruan Santos, Samantha Sánchez Miralles y José Gregorio Torrealba.

Ambos eventos se realizaron por videoconferencia, es posible acceder a ellos a través del canal en YouTube de la AVEDA y de su página en Internet¹⁴ y los textos finales de las ponencias se reunieron en sendos volúmenes que fueron editados y publicados por la Asociación para cada ocasión¹⁵.

C. Coloquios internacionales

A modo de conversación entre expertos o discusión que puede seguir a una disertación se proyectaron y colocaron en marcha los coloquios internacionales. Durante el periodo en referencia se realizaron dos.

El 16-07-2021 se celebró el “Primer Coloquio Venezolano-Mexicano sobre Contratos Administrativos”, con la participación del profesor Luis Fraga Pittaluga y el profesor Luis Ortiz Álvarez (en representación de la AVEDA) y la doctora María Guadalupe Fernández Ruiz y el doctor Gonzalo Armienta Hernández (profesores de universidades mexicanas).

El 16-09-2021 se celebró el “Segundo Coloquio Venezolano-Mexicano sobre Derecho Administrativo Sancionador”, con la participación de la profesora Flavia Pesci-Feltri y el doctor Rafael Badell Madrid (por parte de la AVEDA) y la doctora Alina del Carmen Nattel Barrera y el doctor

¹⁴ En <https://aveda.org.ve/jornadas/>

¹⁵ Puede verse: Jornada anual 2020 en <https://www.cidep.online/editorial/otros-titulos/jornada-aveda-2020/> y Jornada anual 2021 en <https://www.cidep.online/editorial/otros-titulos/jornada-aveda-2021/>

Luis Gerardo Rodríguez Lozano (profesores de universidades mexicanas).

D. Seminarios

Otra modalidad de análisis y difusión del Derecho Administrativo a cargo de varios expositores, bajo la denominación de seminarios, se realizó durante este periodo.

El 17-04-2020 se celebró el seminario “COVID-19 y Derecho Público: algunos temas para el debate”, en el que participaron el doctor Julio Castro, el profesor Juan Domingo Alfonso Paradisi, el profesor Faustino Flamarique y el doctor Miguel Mónaco.

Más adelante, el 17-06-2021 se celebró el seminario “40 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en el que fueron ponentes: el doctor Gustavo Urdaneta Troconis, la doctora María Amparo Grau, el doctor Miguel Ángel Torrealba Sánchez y la doctora Cosimina Pellegrino (todos miembros de la AVEDA).

Por último, el 12-08-2021 se realizó el seminario “Derecho Administrativo en el Cine y la Literatura”, en el que participaron la doctora Samantha Sánchez Miralles, la doctora Claudia Nikken, el doctor Carlos Reverón Boulton, la profesora Flavia Pesci-Feltri y la doctora Cosimina Pellegrino.

E. Otros eventos académicos

Además de las actividades anteriores es posible señalar otros eventos patrocinados por la AVEDA –en el contexto del análisis y difusión del Derecho Administrativo– como son las dos siguientes conferencias: “El estado de alarma: origen, evolución y perspectiva”, ante la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, el 21-08-2020, a cargo del doctor Carlos García Soto; y “Fundación y actividad de la AVEDA: a propósito de su aniversario”, el 28-05-2021, a cargo de quien suscribe.

Como cierre de las labores de difusión, es apropiado citar un apartado de una obra de la filósofa española Adela Cortina, del siguiente tenor:

[...] educar con calidad supone, ante todo, formar ciudadanos justos, personas que sepan compartir los valores morales propios de una sociedad pluralista y democrática, esos mínimos de justicia que permiten construir entre todos una buena sociedad. [...] Y también educar con calidad, en la escuela, y sobre todo en la universidad, supone formar buenos profesionales; gentes que, en el caso de poder ejercer una profesión, sepan que no es sólo un medio de vida, ni siquiera es sólo un ejercicio técnico, sino bastante más.

[...] Y sucede que los bancos no son los únicos lugares en los que debería aumentar el número de buenos profesionales, sino también en los juzgados, en los tribunales de justicia de distinto nivel, en el ramo de la construcción y de la ingeniería, en la política, en los medios de comunicación, en los centros sanitarios, en las escuelas y los centros de Enseñanza Media, en las

universidades, y en todos los puntos neurálgicos de una sociedad. Sin embargo, parece ser que la profesionalidad está en horas de bajas, sobre todo porque no suele apreciarse la diferencia entre lo que es un auténtico profesional y lo que es un simple técnico, ni tampoco se valora la fuerza transformadora hacia mejor que tiene el buen ejercicio de una profesión¹⁶.

En el que contexto que precede, se sitúan o se deben situar las labores de difusión del Derecho Administrativo que lleva adelante la Asociación. Tales labores persiguen el intercambio de opiniones entre los asociados, la actualización de conocimientos y contribuir a formar buenos profesionales que sirvan a la sociedad en la época actual.

2. Labores editoriales

Otra faceta relevante de las actividades de la AVEDA ha sido la edición de libros coordinados por miembros de la Asociación. De ese modo, durante el periodo delimitado corresponde mencionar la publicación de los siguientes libros colectivos: “Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo año 2020”; “Jornada anual 2021. Derecho de propiedad e intervención del Estado: nuevos y viejos problemas”, coordinado por Juan Domingo Alfonzo Paradisi y Antonio Silva Aranguren; “Derecho Público en tiempos de pandemia. Reflexiones jurídicas sobre la COVID-19”, editado junto con el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y coordinado por Jessica Vivas Roso; “Allan R. Brewer-Carías: Una personalidad multifacética. Libro homenaje de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por sus 80 años”, coordinado por Carlos García Soto y Antonio Silva Aranguren; y “Temas Fundamentales de Derecho Público. En homenaje a Jesús González Pérez”, editado junto con el CIDEP y la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y coordinado por Daniela Urosa Maggi, Manuel Rojas Pérez y el autor de este trabajo.

3. Alianzas y acuerdos

Para fortalecer las actividades de difusión del Derecho Administrativo y exponer el mismo en otros espacios, durante el periodo delimitado se celebraron los siguientes acuerdos: Convenio entre el CIDEP y la AVEDA, del 15-01-2020, en relación con las publicaciones de la AVEDA; convenio entre la Fundación Universitas y la AVEDA, del 18-09-2020, para la promoción y divulgación de la Jornada Anual de la AVEDA de 2020; Convenio entre la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y la AVEDA, del 15-09-2020, para realizar actividades académicas de formación y extensión en el marco de la investigación y promoción del estudio del Derecho Administrativo; Acuerdo entre el Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro y la AVEDA, del 22-10-2021, para la planificación y

¹⁶ Cortina, Adela. *¿Para qué sirve realmente la ética?* Paidós – Editorial Planeta. Ciudad de México, 2021, pp. 130 y 131.

ejecución de proyectos con el fin de impulsar la cooperación en áreas de mutuo interés¹⁷.

Cabe destacar además las relaciones institucionales, a nivel nacional e internacional, que ha tejido la AVEDA durante este periodo. Entre ellas se hallan, a nivel nacional, la comunicación o correspondencia con el Instituto de Derecho Público de la UCV; la UCAB; la Fundación Juan Manuel Cajigal; la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV; FUNEDA; la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; en la difusión de las Jornadas Domínguez Escobar; y en la creación de la Alianza Venezolana de Asociaciones de Derecho en junio de 2021¹⁸.

En el plano internacional están las relaciones entabladas con el Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR); Federación Internacional de Derecho Administrativo (FIDA); Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA); y Colegio Colombiano de Administrativistas.

III. Un área por explorar

Las actividades de la AVEDA durante el lapso delimitado, así como con anterioridad, han tenido un claro enfoque educativo y académico relacionado con el análisis, enseñanza y difusión del Derecho Administrativo. Esto a través de los encuentros bimestrales, las jornadas anuales, los coloquios internacionales, los seminarios, la edición de libros y la celebración de convenios. Ello puede obedecer a la condición de docentes universitarios de la mayor parte de los miembros. Sin embargo, el propósito de la Asociación no se circunscribe a lo anterior y no hay que olvidar que la misma, de acuerdo con su documento constitutivo estatutario, tiene por objeto fundamental: *“agrupar institucionalmente a los abogados y otros profesionales universitarios especializados en el área del Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración”* (artículo 4).

Dentro de dicho objeto se deducen o extraen varios elementos, siendo el primero el estudio, investigación, actualización y divulgación del Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración. Si bien otros tienen un cariz más práctico o relacionado con el ejercicio de la profesión. A tenor del citado documento constitutivo estatutario está: *“participar institucionalmente en los procesos de redacción y discusión de instrumentos normativos y otros actos jurídicos por ante las*

¹⁷ En <https://aveda.org.ve/wp-content/uploads/2021/11/CONV.-AVEDA.pdf>

¹⁸ Puede verse el especial del *Blog Derecho y Sociedad*, con el “Balance, retos y proyectos de las Asociaciones jurídicas en Venezuela” correspondiente a 2020 (en <https://derysoc.com/balance-retos-y-proyectos-de-las-asociaciones-juridicas-en-venezuela-ano-2020/>) y a 2021 (en <https://derysoc.com/balance-retos-y-proyectos-de-las-asociaciones-juridicas-en-venezuela-ano-2021/>), con entrevistas a los presidentes y directores de distintas asociaciones jurídicas venezolanas.

autoridades competentes, brindando su apoyo técnico, científico y de investigación" (artículo 4).

A manera de opinión o propuesta se puede desarrollar el área que antecede¹⁹, sobre todo a nivel de los estados y municipios por medio del apoyo técnico en la elaboración de leyes, reglamentos y decretos (en el ámbito nacional es poco probable, en la actualidad, por la reticencia a los consejos profesionales e imparciales). En este ámbito la AVEDA tendría mucho que ofrecer, por ejemplo en las siguientes materias: contratación administrativa, principio de transparencia administrativa, formación de funcionarios administrativos, derecho de acceso a la información pública, derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos, servicios públicos a través de páginas en Internet y redes de comunicación, tecnologías disruptivas –Inteligencia Artificial, Blockchain y otras– en la actividad administrativa. En nuestro criterio, también serían posibles las iniciativas o sugerencias relacionadas con la actividad administrativa, pudiendo dar lugar a un diálogo interinstitucional o a procesos más acabados.

IV. La democracia se construye también en las pequeñas acciones

Desde otro punto de vista hay un episodio singular que quisiéramos relatar: durante los últimos meses de 2021 y en cumplimiento del mencionado documento constitutivo estatutario correspondía elegir al nuevo Consejo Directivo de la Asociación. Se inició por parte de las autoridades –en octubre de 2021– un proceso para tales fines y surgió una propuesta consistente en ratificar a todos los miembros del referido Consejo Directivo o que fueran reelectos. Cabe señalar que el citado documento constitutivo permite esta posibilidad. Se intercambiaron opiniones por medio de correo electrónico sobre el tema y participaron varios asociados, así como el presidente del Consejo Directivo para la fecha, quien declinó su intención de repetir en obsequio de la alternancia.

Con el ánimo de situar las cosas dentro de un contexto temporal y político, es adecuado considerar que en lo público ha habido una inclinación o tendencia a la reelección en distintos escenarios y lugares. Esa tendencia con particular intensidad ha atravesado a los países de América Latina en las últimas décadas y permea en esta clase de instituciones civiles, privadas, profesionales y apolíticas. Dicho fenómeno, en mi opinión, ha sido muy negativo en Venezuela durante las últimas

¹⁹ Es posible que previamente se hayan hecho ensayos o intentos en esa dirección, pero no formales o sistemáticos; y dejamos constancia que con anterioridad, en cumplimiento de lo previsto en el citado documento constitutivo estatutario, la AVEDA ha participado en procesos judiciales relevantes relacionados con el Derecho Administrativo.

décadas, incluso durante la vigencia de la Constitución de 1961 (con la reelección no consecutiva) y con la actual Constitución de 1999 (con la reelección consecutiva e indefinida). Cabe destacar que un sistema jurídico-político se conforma a partir del pluralismo, la participación y el aporte de todos y no de la visión de un sólo sector.

Volviendo al escenario asociativo –la democracia se construye también en las pequeñas acciones²⁰– se prepararon las cosas, se recibieron las postulaciones y con la puntualidad de un reloj suizo se convocó la reunión de la asamblea general para elegir el nuevo Consejo Directivo. La elección se celebró, con la participación y el quórum establecido, el 18-11-2021²¹.

v. Final

De noviembre de 2019 a noviembre de 2021 el Consejo Directivo de la AVEDA desplegó una intensa y relevante labor, merecedora de elogios y ejemplar. Hizo todo cuanto se propuso, con muy positivos resultados. También durante este periodo la actividad de la AVEDA contó con la participación de numerosos asociados.

La historia sobre los orígenes de la AVEDA está compuesta por sucesos destacados que se entrecruzan con la actividad universitaria, en particular con la del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela (como se expresó al inicio de este trabajo), la cual forma parte del Derecho Administrativo venezolano. Es difícil explicar la historia de esta disciplina sin considerar a la Asociación y sus aportes. Las principales contribuciones de esta Institución, desde su fundación, han consistido en agrupar a profesores de Derecho Administrativo y en enseñar y difundir esta rama del Derecho Público. Además, hoy en día, la AVEDA está llamada a desempeñar un papel, de manera mediata, en la configuración de una mejor Administración Pública a través de un apoyo técnico, científico y de investigación y en sus potenciales aciertos a nivel nacional, estatal y municipal. ■

²⁰ El Diccionario de la lengua española de la Real Academia española, en su cuarta acepción, define la democracia así: “Participación de todos los miembros de un grupo o de una asociación en la toma de decisiones” (en <https://dle.rae.es/democracia?m=form>).

²¹ El Consejo Directivo electo en reunión del 18-11-2021, el quinto que ha tenido la AVEDA, quedó formado por los profesores: Gustavo Urdaneta Troconis (Presidente); Antonio Silva Aranguren (Vicepresidente); Jessica Vivas Roso (Secretaria General); Jorge Kiriakidis Longhi (Tesorero); Flavia Pesci-Feltri, Claudia Nikken y Belén Ramírez Landaeta (vocales); y María Amparo Grau, Diana Trías Bertorelli, Gabriel Sira Santana, Carlos García Soto, Manuel Rojas Pérez, Catherina Balasso y Gonzalo Pérez Salazar (suplentes).



**REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO
ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

Número 27, Julio – Diciembre 2023
Segunda etapa

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)



www.cidep.com.ve

www.cidep.online



contacto@cidep.com.ve



[@cidepVE](https://www.instagram.com/cidepVE)