

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

22

ENERO - JUNIO

2021

www.cidep.com.ve

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

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

Número 22
Enero – Junio 2021
Segunda etapa

Caracas, 2022

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

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

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

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

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

© **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**
Número 22. Enero – Junio 2021

Publicación semestral. Segunda etapa

URL DEL EJEMPLAR: <https://cidep.com.ve/ojs/index.php/redav/issue/view/redav-21>

FECHA DE PUBLICACIÓN: 16-05-2022

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

TWITTER: @redav2012

ISSN: 2542-3169

Depósito legal: DC2021001708

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Caracas, Venezuela

Correo electrónico: contacto@cidep.com.ve

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

Twitter – Instagram – LinkedIn – Youtube: @cidepVE

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

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

El CIDEP desarrolla principalmente actividades de investigación y divulgación.

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

Normas y criterios editoriales

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

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

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

Índice

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA DIGNIDAD HUMANA (SOBRE LA RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO POSTPANDEMIA), Jaime Rodríguez-Arana Muñoz9

Introducción9

i. Dignidad humana y Derecho Administrativo.....18

Reflexión conclusiva: un Derecho Administrativo para la dignidad humana 27

POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN VENEZUELA, Rafael Badell Madrid33

Introducción 33

i. La potestad sancionatoria de la administración34

ii. La potestad sancionatoria de la administración en Venezuela.....47

iii. Principios que informan la potestad sancionatoria.....58

iv. Mutación de la potestad sancionatoria a la potestad expropiatoria.....79

EL “PODER POPULAR” Y SU DESVINCULACIÓN CON LA POLÍTICA NACIONAL DE DESCENTRALIZACIÓN, Gabriel Sira Santana..... 85

A modo de introducción85

i. Los consejos comunales como el origen del “Poder Popular”87

ii. La metástasis y la falacia del “Poder Popular”.....89

iii. La imposibilidad de conciliar al “Poder Popular” con la descentralización..91

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONCESIÓN Y EL CONTRATO DE OBRA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO Y LAS ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS, José Ignacio Hernández G..... 97

Introducción97

i. La gestión privada de infraestructuras en el Derecho Administrativo venezolano a través de la concesión99

ii. La necesidad de adecuar el derecho administrativo venezolano a los estándares interamericanos de alianzas público-privadas.....109

Conclusiones124

DERECHO ECONÓMICO Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO, Jesús A. Villegas Ruiz127

i. Derecho a la libre competencia y su impacto empresarial128

ii. Derechos de los consumidores140

iii. Prácticas económicas Ilícitas y el revés de los delitos económicos143

iv. Elementos de un programa de cumplimiento en materia de derecho económico151

Nota final157

LA NECESARIA REINTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE REPARACIÓN INTEGRAL EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y LAS REPARACIONES POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS, Darrin J. Gibbs H. 159

Introducción 160

i. Sistemas de protección de derechos humanos161

ii. Sistema de protección frente a la responsabilidad patrimonial del Estado 169

iii. Régimen constitucional de protección de derechos humanos y de responsabilidad del Estado172

iv. Derecho a la reparación integral.....177

v. Definiciones de interés..... 182

vi. Principios relativos al derecho a la reparación integral.....184

vii. Medidas y formas de reparación integral 187

Conclusiones191

El Derecho Administrativo y la dignidad humana (sobre la reconstrucción del Derecho Administrativo postpandemia)

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ*

REDAV, N° 22, 2021, pp. 9-32

Resumen: Hoy, en una época de grave crisis general, política, económica, social y cultural, agudizada por la pandemia, el Derecho Administrativo se encuentra ante una encrucijada. Hay quienes quieren convertirlo en el expediente que justifique las tropelías y arbitrariedades de los poderes políticos, económicos y financieros y hay quienes quisieran doblegarlo para hacer buenas sus aspiraciones de perpetuación en la cúpula. Sin embargo, a través de sus técnicas y categorías, el Derecho Administrativo está llamado a articular y diseñar un espacio de servicio objetivo al interés general centrado en la dignidad humana a través del cual se mejoren sustancialmente las condiciones de vida de los ciudadanos, especialmente de los desfavorecidos, de los excluidos.

Palabras clave: Derecho Administrativo – Dignidad humana – Pandemia de la COVID-19.

Abstract: Today, amidst a severe political, economic and cultural crisis aggravated by the COVID pandemic, the Administrative Law is at a crossroads. Some are trying to transform it into an authoritarian instrument to justify arbitrariness and abuses from the political, economic, and financial powers, while others are trying to use it to perpetuate political elites. However, through its techniques and categories, the Administrative Law must be a space to serve general interests centered on human dignity, increasing the livelihood conditions, mainly for the vulnerable and excluded.

Keywords: Administrative Law – Human dignity – COVID pandemic.

Recibido

20-04-2022

Aceptado

03-05-2022

Introducción

El Derecho Administrativo, bien lo sabemos los que nos dedicamos cotidianamente a su estudio e investigación, está en constante transformación. Por un lado, porque hunde sus raíces en la realidad, cambiante y dinámica por definición, y por otro, porque permanentemente ha de estar buscando las categorías e instituciones más apropiadas para la

* Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Catedrático-Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global de la Universidad de La Coruña.

ordenación racional del interés general según los imperativos de la justicia.

Hoy, tras la pandemia o, más bien, todavía saliendo de ella, esta rama del Derecho adquiere un significado especial pues, en los últimos tiempos, no ha sido capaz de cumplir con la función encomendada, la de ser el Derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas, la de ser un Derecho comprometido con la dignidad del ser humano. Más bien, la situación de desigualdad reinante pone de relieve que nuestra disciplina ha fracasado pues, en términos generales, no ha sido capaz de alumbrar técnicas adecuadas para una efectiva protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales, individuales y sociales, de la persona.

En este sentido, el Derecho Administrativo es una rama del Derecho Público en continua evolución que, sin embargo, presenta un común denominador que siempre lo caracteriza esencialmente: el servicio objetivo al interés general anclado en la dignidad humana. Ahora, por su inserción en un Estado social y democrático de Derecho, defendiendo, protegiendo y promoviendo tal dignidad y los derechos fundamentales que de ella se derivan, sean individuales, sean sociales.

Hoy, en una época de grave crisis general, política, económica, social y cultural, agudizada por la pandemia, el Derecho Administrativo se encuentra ante una encrucijada. Hay quienes quieren convertirlo en el expediente que justifique las tropelías y arbitrariedades de los poderes políticos, económicos y financieros y hay quienes quisieran doblegarlo para hacer buenas sus aspiraciones de perpetuación en la cúpula. Sin embargo, el camino de este magnífico instrumento de *civiltá* como lo denominó GIANNINI es bien otro. A través de sus técnicas y categorías el Derecho Administrativo está llamado a articular y diseñar un espacio de servicio objetivo al interés general centrado en la dignidad humana a través del cual se mejoren sustancialmente las condiciones de vida de los ciudadanos, especialmente de los desfavorecidos, de los excluidos, de los que no tienen voz, de los más pobres de este mundo. Hoy, en tiempo de postpandemia, tal funcionalidad marca y orienta su sentido y misión en este mundo tan sorprendente como el que nos ha tocado en suerte.

Precisamente en estos momentos el Derecho Administrativo vuelve a estar de palpitante y rabiosa actualidad porque forma parte del destino de los hombres que aspiran al progreso de sus sociedades, porque es un producto cultural, porque es una rama del Derecho Público y, como tal, aspira a construir espacios de justicia y de racionalidad profundamente humana. Nos guste más o menos, la intervención pública, hoy especialmente, puede ordenarse a la mejora de las condiciones de vida

de los ciudadanos o a satisfacer las ansias de poder y privilegios de determinados grupos que aspiran al control social, hoy como ayer.

Hoy más que nunca se precisa de la real proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre nuestra disciplina y, sobre todo, se necesita una aproximación a una nueva forma de entender el Derecho Administrativo, liberada de prejuicios y clichés del pasado, que tiene su eje central en un concepto más humano y racional del interés general, inscrito en la realidad y en permanente exigencia de argumentación y participación social. Hoy el Derecho Administrativo emerge como un ordenamiento para la realización plena y completa de los derechos fundamentales, especialmente los de orden social.

El Derecho Administrativo, en la medida que es el Derecho del Poder público para la libertad solidaria de las personas o, también, el Derecho que ordena racionalmente los asuntos de interés general de acuerdo con la justicia, se nos presenta en este convulso tiempo como un ordenamiento desde el que comprender mejor el alcance de las actividades tradicionales de los Poderes públicos de limitación, de ordenación, de fomento y de servicio público. Además, la dimensión global de la crisis aconseja construir un Derecho Administrativo global conectado con el Estado social y democrático de Derecho. Igualmente, la perspectiva dinámica del Estado de Bienestar, tan ligada al Derecho Administrativo, reclama hoy nuevas maneras de entender las categorías tradicionales de nuestra disciplina. Del mismo modo, el aspecto ético nos invita a considerar que esta consideración tan ligada al Derecho no puede quedar al margen de lo jurídico como si Derecho y Moral fueran fenómenos paralelos.

El Derecho Administrativo y la Administración pública son dos realidades íntimamente unidas. Tanto que una sin la otra no tiene explicación. La Administración pública precisa del Derecho para que los poderes y potestades estén al servicio objetivo del interés general. Y el Derecho Administrativo ordena jurídicamente el ejercicio del poder público que ordinariamente proviene de la actuación administrativa. Por eso, las políticas públicas no se pueden estudiar al margen del Derecho, aunque, efectivamente, el Derecho no sea el único aspecto para considerar pues es menester analizar, dada la consideración plural y multidisciplinar de la Administración pública, los enfoques económicos, organizativos, históricos o sociológicos.

El Derecho Administrativo es, en el tiempo en que vivimos, una rama del Derecho Público que partiendo de la Norma Fundamental aspira a la realización efectiva del modelo del Estado social y democrático de Derecho que hoy caracteriza la forma de Estado dominante en el planeta. Desde sus orígenes, el Derecho Administrativo se nos presenta

dependiente del interés general, de aquellos asuntos supraindividuales que a todos afectan por ser comunes a la condición humana y que reclaman una gestión y administración equitativa y que satisfaga las necesidades colectivas en un marco de racionalidad y de justicia.

El Derecho Administrativo en sentido estricto, especialmente a partir de la Revolución francesa, bien lo sabemos y bien lo hemos estudiado, surge como un Derecho autoritario sobre la base del acto administrativo y sus principios atributos: ejecutividad y ejecutoriedad, propiedades inherentes a la actuación administrativa que se entienden desde ese tiempo, en buena parte hasta nuestros días, en clave de privilegio y prerrogativa.

Eran tiempos en los que la legalidad administrativa procedente del Estado liberal de Derecho era la guía y el norte de la actuación administrativa. La Administración solo podía hacer única y exclusivamente aquello que le permitía la ley o, más adelante, sólo podía desarrollar su actividad siempre que no estuviera prohibida por la ley. En este contexto, los derechos fundamentales de la persona eran los de libertad, los tradicionales civiles y políticos, ante los cuales el Estado no tenía más remedio que la abstención y la no interferencia. Por cierto, los derechos civiles y políticos nacieron, es fuerza reconocerlo, anclados a una determinada manera de comprender el derecho de propiedad y, sobre todo, a una determinada clase social, la burguesía, que precisaba de instrumentos de conservación y mantenimiento del poder para afirmar su posición en la vida social de aquel tiempo como gráficamente se deducía de la conformación sociológica de las primeras Asambleas parlamentarias de la República francesa.

El paso del tiempo contribuyó, especialmente a raíz de la industrialización y el éxodo masivo de la población del campo a la ciudad, con las consiguientes limitaciones y dificultades laborales de esa etapa histórica, a que creciera la conciencia social del Estado y a que esté considerada que debía no solo defender y proteger los derechos fundamentales puramente individuales, sino que también, y de modo central, debía promover las condiciones que hicieran posible el libre y solidario desarrollo de la persona. Aparece el Estado social de Derecho en el que la solidaridad es también una función del Estado. Más tarde, la participación social se presentó como una condición inexcusable para el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas y a la caracterización social del Estado se agrega su condición democrática. En este contexto, la Constitución sustituye a la legalidad administrativa como la principal fuente del Derecho y comienza tímidamente un proceso en el que la Administración pública, más allá de esa legalidad administrativa, positiva o negativa, se compromete con la realización de los valores y objetivos constitucionales, especialmente de los postulados del Estado

social y democrático de Derecho en la cotidianeidad a través, sobre todo, de la acción del complejo Gobierno-Administración pública.

La primacía de los valores y principios constitucionales reclama que la legalidad administrativa se integre y se aplique a partir de estos valores y principios. Tal tarea, lamentablemente todavía *in fieri*, se pone de manifiesto precisamente cuando se estudia la funcionalidad de los derechos sociales fundamentales en el Derecho Administrativo. Entonces, como intentamos demostrar a lo largo de estas páginas, nos topamos con algunos valladares casi inexpugnables que impiden que, efectivamente, la luz de esos valores y principios constitucionales, impregne también el quehacer de las Administraciones públicas después de más de dos centurias de la célebre Revolución francesa.

El denominado Derecho Administrativo Constitucional exige nuevos estudios e investigaciones más conectados con los valores y principios constitucionales entre los que se encuentran, entre otros, el servicio objetivo al interés general, la centralidad de la dignidad del ser humano, la función promocional de los Poderes públicos, y, por supuesto, una concepción más abierta de los derechos fundamentales de la persona, entre los que se encuentran también los denominados derechos fundamentales sociales.

La cláusula del Estado social trae consigo una profunda transformación en el tradicional entendimiento del Derecho Administrativo. En efecto, el Estado debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impiden su efectividad y fomentando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural. Por tanto, esta impronta constitucional, en España reconocida en el artículo 9.2 de la Carta Magna, debe presidir el sentido y funcionalidad de todas las categorías e instituciones del Derecho Administrativo. Un Derecho Administrativo que habrá de tener una nueva textura y sensibilidad, para lo que precisará de instituciones y técnicas adecuadas a las nuevas finalidades que la Constitución le impone.

Especialmente relevante en la construcción del Derecho Administrativo Constitucional es la participación ciudadana pues, como ya señaló el Tribunal Constitucional Español en una sentencia del 07-02-1984 el interés general debe definirse con participación social. Atrás quedaron las versiones cerradas y unilaterales del interés general, abriéndose las puertas a nuevas perspectivas que han de contar con la presencia y participación de los ciudadanos. Es decir, el interés general ya no se define unilateral y monopolísticamente por la Administración pública, como antaño. Ahora es preciso convocar y recibir la vitalidad real que

emerge de la vida social, lo que reclama una cada vez más intensa y honda participación social.

En este sentido, el concepto de interés general, ahora abierto a la participación por exigencias de un Estado que se presenta como social y democrático de Derecho, presenta un irreductible núcleo básico conformado precisamente por la efectividad de los derechos fundamentales de la persona, los individuales y los sociales. Es más, no se comprendería que las realizaciones y operaciones administrativas promovidas desde el interés general no estuvieran acompañadas en todo momento de su compromiso radical con la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos fundamentales de la persona, concebidos en su origen como derechos de libertad, derechos ante los que el Estado debía declinar toda actuación, por mor de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho se amplían hacia nuevos caminos, imprescindibles para una vida digna. Es el caso de los derechos sociales fundamentales, entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho a la alimentación, al vestido, a una vivienda digna, a la protección social, a la igualdad en el acceso al mercado de trabajo, a la educación o a la salud. En estos casos la sociedad y la institución estatal han de facilitar a las personas los medios necesarios para la satisfacción de estos derechos, concibiéndose como obligaciones de hacer en favor de ciudadanos. El derecho fundamental al mínimo vital o existencial debe estar cubierto en nuestras sociedades y, a partir de este suelo mínimo, a través de los principios de progresividad de las políticas sociales y prohibición de la regresividad de las medidas sociales, se debe transitar hacia mayores cotas de dignidad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos sociales fundamentales deben tener acomodo constitucional como derechos fundamentales que son. Y mientras ello no acontezca, siguiendo la estela del Tribunal Constitucional Alemán, entre otros, nuestros Tribunales Constitucionales deberían, a través de la argumentación racional, alumbrar dichos derechos como exigencias inmediatas de un Estado que se define en su Constitución como social y democrático de Derecho. La pandemia ha conseguido que, en España, en la España de 2020, se haya regulado un derecho al mínimo vital digno para las personas que hayan quedado sumidas en situación de extrema pobreza, puedan recibir una asignación con cargo a los presupuestos públicos para poder vivir con dignidad.

Los derechos sociales fundamentales son cruciales para una construcción avanzada del Estado social y democrático de Derecho. En el tiempo en que estamos, aprovechando inteligentemente la crisis general e integral que se ha desatado en estos años, deberíamos poner negro

sobre blanco esta cuestión y reconocer, es el primer paso, que nuestro Derecho Administrativo aún sigue prisionero de determinados enfoques y aproximaciones que le impiden volar hacia su condición de ordenamiento de defensa, protección y promoción de derechos fundamentales a través de los diferentes quehaceres y políticas públicas que conforman la actuación constitucional del complejo Gobierno-Administración pública.

En la medida que los derechos sociales fundamentales o derechos fundamentales sociales implican ordinariamente, en virtud del superior criterio de la subsidiariedad, que sea comúnmente el Estado quien deba asumir esas obligaciones de hacer que permiten el despliegue de estos derechos, el derecho fundamental a la buena administración brilla con luz propia como derecho básico para que estas prestaciones se realicen adecuadamente. Las características de la buena administración –equidad, objetividad, racionalidad y plazo razonable– aseguran que la realización de estas prestaciones públicas, en defecto de la actuación social, puedan efectivamente hacer posible en tiempo y forma el ejercicio de unos derechos que son realmente fundamentales para la existencia digna y adecuada de los ciudadanos.

En efecto, el derecho a la buena administración, enmarcado en las modernas tendencias de un Derecho Administrativo menos apegado al privilegio y más conectado a la tarea de contribuir a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, es crucial para el normal despliegue de los derechos sociales fundamentales. Especialmente, en el caso de los derechos sociales fundamentales de mínimos, el plazo razonable en la prestación de las obligaciones que compete a la Administración, en defecto de actuación social, es de tal calibre que es determinante para que la dignidad del ser humano sea respetada o gravemente violada. Ejemplos hay y tan obvios, algunos de expresión gráfica en este tiempo, que huelgan demasiadas glosas o comentarios al respecto.

El Derecho Administrativo se ha dedicado por largo tiempo a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos individuales de los ciudadanos. Ahora, sin embargo, los postulados del Estado social y democrático de Derecho y las exigencias del interés general, nos invitan a pensar en un nuevo Derecho Administrativo también comprometido con los derechos sociales fundamentales pues la dignidad del ser humana se refiere a la persona también en su dimensión social.

Es decir, el interés general, por mucho tiempo vinculado a la protección, defensa y protección de los derechos civiles y políticos, debe abrirse a la defensa, protección y promoción también ahora, sobre todo, de los derechos sociales fundamentales. Por una razón bien obvia, porque los derechos fundamentales de la persona, lo han confirmado y ratificado

hasta la saciedad las principales Cartas y Declaraciones Internacionales en la materia, son universales e inescindibles, porque son y pertenecen al ser humano y, por ello, forman parte indeleble de la misma condición de miembro de la especie humana al estar inscritos en la misma dignidad que caracteriza y reconoce a las personas. La categoría de los derechos fundamentales es única y su régimen jurídico, también en lo que respecta a la protección jurisdiccional, no admite despliegues o proyecciones diversas según circunstancias de oportunidad o conveniencia política.

Si convenimos en que la dignidad del ser humano es la piedra de toque del ordenamiento del Estado social y democrático de Derecho, tendremos que empezar a actualizar y replantear todas las categorías e instituciones jurídicas en esta dirección. Una dirección, quien podría imaginarlo, que en este tiempo va contra corriente a causa de la intensa mercantilización de la vida social, política y cultural, también de la actividad pública.

Por eso, merece la pena recordar que la dignidad humana es de tal calibre y condición jurídica que se levanta, se yergue, omnipotente, soberana y todopoderosa, frente a cualquier embate del poder político o financiero por derribarla, o, lo que es peor, ignorarla. Por eso, cuando por alguna causa, esa dignidad es lesionada, en el grado que sea, por acción u omisión de los entes públicos, de las autoridades o funcionarios que actúan en su nombre, el Derecho Público se nos presenta como la fuente para restaurar de inmediato la dignidad violada para que el ser humano en todo momento pueda estar en las mejores condiciones posibles para desarrollarse libre y solidariamente.

El Derecho Administrativo, como bien sabemos, ha sido a lo largo de la historia objeto de muchas definiciones y de variadas aproximaciones, tantas casi como autores han escrito sobre el particular. Desde la idea del poder, pasando por el servicio público o por la noción de equilibrio entre prerrogativa y garantía, se han sucedido muchas formas de entender esta rama tan importante del Derecho Público. Entre nosotros, por largo tiempo prevaleció una perspectiva subjetiva que focalizaba la cuestión en la Administración pública como punto central de nuestra disciplina. Eran los tiempos del primado del Estado liberal de Derecho, los tiempos en los que la potencia de la luz revolucionaria imponía sus dictados y más o menos, con mayor o menor intensidad, se pensaba que el Derecho Administrativo cumplía su tarea ofreciendo una panoplia de instituciones y categorías capaces de restaurar los nocivos efectos de una Administración acostumbrada al privilegio y a la prerrogativa.

Pues bien, a pesar del tiempo transcurrido desde la formulación del Estado social y democrático de Derecho no son muchos los estudiosos

del Derecho Administrativo que han caído en la cuenta de que el Derecho Administrativo es algo más que un ordenamiento dispuesto para reaccionar jurídicamente contra el exceso del poder, contra la desviación del poder. MEILÁN GIL, solo hay que leer su monografía de 1967 "El proceso de la definición del Derecho Administrativo", es pionero de la definición del Derecho Administrativo desde el primado de los intereses colectivos al subrayar la centralidad como *punctum dolens* para la definición del Derecho Administrativo¹, ayudándonos así a comprender el alcance del concepto de interés general en el Estado social y democrático de Derecho como piedra toque del moderno Derecho Administrativo².

En efecto, el interés general en el Estado social y democrático de Derecho, además de ser un concepto que se incardina necesariamente en la realidad administrativa concreta y que ha de ser expresado en forma racional, dispone de un núcleo indisponible que responde precisamente a la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona, los denominados de libertad y, por supuesto, también los de naturaleza social. En este sentido, el Derecho Administrativo aparece comprometido con la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integran sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación de todos en la vida política, económica, social y cultural.

Desde este punto de vista cobra especial actualidad la tesis del profesor argentino BALBÍN cuándo señala que, precisamente en el marco del Estado social y democrático de Derecho el Derecho Administrativo es un derecho de inclusión social, un Derecho que más allá de restaurar jurídicamente los daños causados a los ciudadanos por los Poderes públicos, es un derecho preventivo precisamente comprometido con esa tarea de crear condiciones igualitarias que hagan posible el libre y solidario desarrollo de los habitantes³.

En efecto, el Derecho Administrativo de este tiempo, más si lo contemplamos desde la estrepitosa crisis de la versión estática del Estado de Bienestar en un mundo en postpandemia, debe replantear muchas de sus categorías y conceptos, demasiado sólida deudora de una legalidad administrativa anclada en el siglo XIX, hoy superada por la misma definición del Estado como social y democrático de Derecho. Este

¹ Vid. J.L. MEILÁN GIL, *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*, Madrid, 1967.

² Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA, *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar*, Madrid, 2013.

³ C. BALBÍN, "Un Derecho Administrativo para la inclusión social", *La Ley*, 28-05-2014.

estudio parte precisamente de esta consideración: la primacía de la Constitución y de la forma de Estado en ella alumbrada, reflexión que ha de trascender y reinterpretar el conjunto de un sistema pensado y diseñado para otro tiempo. Sencillamente, hoy la clave es la dignidad del ser humano, que es raíz y centro del Estado, y desde ahí, a partir de esta sólida base, deberemos acercarnos a estudiar y analizar todas y cada una de las categorías que conforman el Derecho Administrativo. Desde las fuentes, el reglamento, el acto administrativo, la actividad de limitación, de servicio público o de fomento, la potestad sancionadora, los bienes públicos y, por supuesto, las diferentes expresiones sectoriales de la actividad administrativa.

I. Dignidad humana y Derecho Administrativo

La crisis actual del Derecho Administrativo, atravesada por variadas y complejas causas, demanda en este tiempo de profunda dificultad, agudizada por la pandemia que estamos sufriendo a escala planetaria, su reinvención a partir de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho anclada en la dignidad humana.

La ausencia de respuestas satisfactorias a los problemas colectivos de nuestro tiempo reclama del Derecho Administrativo una reflexión honda y radical, un test en profundidad de sus contradicciones y aporías, un alto en el camino y una reconstrucción de sus fundamentos, una nueva estructura y nuevos desarrollos. Precisamos una nueva metodología, más inductiva, en alianza estratégica con otras Ciencias Sociales, más apegada a la real realidad. Necesitamos categorías e instituciones a través de las cuales discurran los valores constitucionales con la finalidad de la protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales, individuales y sociales, del ser humano.

El Derecho Administrativo, como es sabido y como comprobamos en esta época, no ha conseguido ser un ordenamiento para la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona que dimanen de la dignidad del ser humano. Los datos de la real realidad lo acreditan fehacientemente. La desigualdad y la pobreza continúan creciendo ante la impotencia de un Derecho concebido desde la prerrogativa y el privilegio de la Administración pública falto de reflejos para ofrecer soluciones efectivas. No han permeado suficientemente los valores y parámetros constitucionales en su seno a causa de resistencias de todo orden que hoy deben superarse a partir del impulso y la potencia de la dignidad humana proyectada sobre las categorías e instituciones del Derecho Administrativo.

En efecto, hoy, en el marco de una emergencia humanitaria de incalculables consecuencias, el examen al que está sometido el Derecho

Administrativo refleja su incapacidad para ofrecer soluciones acordes a la dignidad de los seres humanos. Que esto sea así, según parece, trae causa de décadas y décadas de desconexión del Derecho Administrativo de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. La crisis de la emergencia sanitaria de 2020 ha puesto de manifiesto, como la financiera de 2007-2008, una vez más, ahora de forma indubitable, las insuficiencias de esta rama del Derecho Público para regular los asuntos del interés general de acuerdo con la justicia. Necesitamos un Derecho Administrativo de rostro humano con técnicas e instituciones idóneas para que prime el servicio objetivo al interés general.

Desde hace bastante tiempo, el edificio del Derecho Administrativo presenta fallas en sus fundamentos, fallos en la estructura y, por su supuesto, también hay desperfectos en los complementos o acabados. Es más, el Derecho Administrativo como correa de transmisión de los valores dignidad, libertad o justicia, ni está ni en su actual conformación se le espera. Es tal el grado de descamino en que se encuentra sumido que no hay más remedio que salir en su ayuda para reinventarlo, reconstruirlo, replantearlo, por qué no, refundarlo, partiendo de la real realidad y de una nueva metodología más inductiva que facilite esta aproximación, de arriba abajo, y de un lado hacia el otro, en la que el principio y fin de su concepción es la dignidad humana.

El descamino es integral, proverbial: tenemos una estructuración jurídico-administrativa del siglo XIX para resolver asuntos de un Estado-nación que ha sido desbordado por arriba y por abajo. Los medios de los que dispone la Administración pública para su actividad de servicio objetivo al interés general están obsoletos, las estructuras no están incardinadas en la realidad, el personal en ocasiones es ajeno a su misión de servicio a la comunidad, las categorías centrales: acto administrativo, disposiciones administrativas, contratos, fomento, policía, servicio público, control, bienes... no están a la altura de las necesidades colectivas de los ciudadanos, ni, es lo más grave, están orientadas en su diseño a la propuesta de mejores condiciones de vida para las personas.

Por si fuera poco, al descamino sigue, lógicamente, el descrédito. En efecto, ¿por qué hoy la sola mención de la expresión Derecho Administrativo o Administración Pública o, en general, la referencia a lo público provoca tanto rechazo y se identifica tantas veces con irracionalidad, dilación, favoritismo o inequidad? Probablemente, porque a pesar del tiempo transcurrido desde el advenimiento del Estado social y democrático de Derecho, la legalidad administrativa, y sus principales actores, no han conectado a fondo con sus valores y vectores principales ni con las respuestas efectivas que éste nos propone. Las causas parecieran ser variadas, habrá que contrastarlas, por lo que debiéramos preguntarnos acerca de la necesidad de remozar los basamentos de un Derecho

Administrativo en el que la palabra dignidad humana, es verdad, no suele hacer acto de presencia en los manuales y cursos de la disciplina. Por eso, cuando recibí en 2012 el encargo del Consejo Latinoamericano de la Administración Pública para el Desarrollo (CLAD) para elaborar la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la Administración Pública, rubricada por todos los ministros de Administración Pública de la Región el 10-10-2013 en Panamá, incluí en varios pasajes la palabra dignidad humana, así como en la misma definición del derecho fundamental de todo ciudadano a la buena administración pública.

¿Por qué el Derecho Administrativo no es un ordenamiento de transformación social en el que sus categorías e instituciones se diseñen precisamente para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, para una vida digna? La respuesta, con todos los riesgos que entraña, que no son pocos, afecta a los fundamentos, a las fuentes, a las modalidades de la actuación administrativa, al control; en definitiva, a todo el sistema del Derecho Administrativo, en la actualidad moribundo y lánguido, incapaz y sin recursos morales para atender debidamente las obvias y evidentes, hoy acuciantes necesidades colectivas en tantas partes del mundo. El vehículo, el Derecho Administrativo, deambula por la ruta desconcertado, sin rumbo fijo, desconcertado porque no acierta a comprender lo que le muestra su mirada con las potenciales de su auto. El conductor y acompañantes, que manejan un automóvil de otro tiempo por una vía que por momentos cambia de fisonomía, parecen presos del autismo probablemente por no querer, o quizás no poder contemplar la real realidad. Por eso, es momento de parar, de detenerse y de cuestionarse todo, absolutamente todo: la idoneidad del coche, la pericia del conductor, la función de los acompañantes, las condiciones de la ruta, las señales de tránsito y, por supuesto, el fin del camino. Aquí radica la novedad y la originalidad de la idea y su ingreso a las fronteras del conocimiento.

En este sentido, debemos plantearnos la construcción de un nuevo paradigma para reinventar desde una perspectiva más profundamente humana y social, el conjunto de las categorías e instituciones propias de esta área de conocimiento del Derecho. En esta tarea será necesario un especial replanteamiento del interés general aplicado a la actividad administrativa social, con el objeto de esta reconstrucción *in toto* que conduzca a lo que es, ha sido y debe ser, ahora más que nunca, el Derecho Administrativo en un Estado social y democrático de Derecho: El derecho del poder público para la libertad equitativa y solidaria de los ciudadanos, para una vida en dignas condiciones.

En efecto, desde los actos administrativos, los reglamentos, pasando por la actividad administrativa de policía, fomento y servicio público, y

siguiendo por el resto de las materias, es menester reconstruir y rediseñar la dimensión social del Derecho Administrativo, hoy bajo mínimos a causa de una preocupante privatización del interés general y del olvido sistemático de su razón de ser, de sus orígenes. La originalidad de esta reflexión descansa en la pertinencia de recuperar hoy, en este tiempo, el punto de partida: la vocación de compromiso social con la que nació el Derecho Administrativo y que pareciera que se ha ido diluyendo poco a poco a partir de la influencia de factores económicos y políticos en cuya virtud se ha ido sometiendo paulatinamente el Derecho a criterios exclusivamente económicos, de eficiencia y eficacia al margen de la ética y, sobre todo, alejados cada vez más, de esa equidad inscrita en el alma de esta rama del Derecho Público que tanto tiene que hacer para combatir las desigualdades, la fragilidad y vulnerabilidad en que se encuentran tantos millones de habitantes en el mundo entero.

En este sentido, precisamos una nueva fundamentación del Derecho Administrativo desde la centralidad de la dignidad humana que permita reconstruir y rediseñar las principales categorías e instituciones de esta rama del Derecho Público, necesitadas desde hace tiempo de ser comprendidas desde la cláusula del Estado social y democrático de Derecho recuperando así nuestra disciplina la impronta social inscrita desde sus orígenes en su esencial conformación.

Además, si el Derecho Administrativo es, esencialmente, el Derecho Constitucional concretado, es necesario, desde el pensamiento complementario, un análisis acerca de lo que he denominado en mis trabajos Derecho Administrativo Constitucional pues la propia estructura de los valores constitucionales del Estado social y democrático de Derecho, conduce inexorablemente a su asunción por parte del entero sistema del Derecho Administrativo, de todas y cada una de sus categorías e instituciones iluminadas por el sentido y consecuencias de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, cláusula que descansa en la excelsa dignidad humana.

Lamentablemente, durante demasiado tiempo la realidad acredita que se ha diseñado un Derecho Administrativo de corte tecnoestructural, preñado de burocratismo y verticalidad, tanto para los agentes económico-financieros, como para los políticos, olvidando que en el ADN de esta rama del Derecho Público está la lucha contra las inmunidades del poder, por una parte, y, por otra, en sentido positivo, la defensa jurídica del interés general en un Estado de Derecho. En este sentido, es menester una inversión copernicana del abordaje estructural de la ciencia jurídico-administrativa en un área que perdió su brújula hace ya demasiados años tal y como esta crisis pandémica ha puesto crudamente en evidencia. Debemos recuperar ese espacio de civilidad innato al origen del Derecho Administrativo, hoy olvidado por el fragor de las derivas

tecnosistémicas y la esclavitud de las ideologías cerradas. De abajo a arriba, desde un lado al otro, desde la realidad social comprobaremos la solidez de los fundamentos y desde ahí rediseñaremos el conjunto de las categorías e instituciones.

Esta construcción del Derecho Administrativo sobre la base de la dignidad humana reclama tratar cuestiones bien controvertidas y polémicas en este tiempo como pueden ser, entre otras, la efectividad, justiciabilidad y exigibilidad de los derechos sociales fundamentales, la necesidad de construir un nuevo Derecho Administrativo Global desde la centralidad de la dignidad humana, la exigencia de controles independientes de la actividad administrativa, nuevas formas de afrontar la formación permanente en las Escuelas de Administración Pública, en las Escuelas para la preparación y formación de jueces y fiscales y, por supuesto, en el plan de estudios del grado de Derecho.

El impacto de la dignidad humana sobre el sistema del Derecho Administrativo no solo plantea una nueva fundamentación del Derecho Administrativo consecuencia de la asunción íntegra de los valores constitucionales del Estado social y democrático de Derecho sobre el entero sistema del Derecho Administrativo. También impacta, y no poco, sobre la reconstrucción de la noción de interés general ínsita en el alma de todas las categorías del Derecho Administrativo, que habrán de ser repensadas desde esta perspectiva. Las distintas modalidades de la actuación administrativa, de policía, fomento, servicio público, y ahora de prevención o precaución, deben ser objeto de reformulación. Como la lógica de los procedimientos administrativos, de elaboración de actos, normas y de toda la contratación, ahora entendidos desde la centralidad de la posición de los derechos del ciudadano derivados del fundamental a una buena Administración pública.

El marco teórico de la intervención pública, al igual que la justificación del despliegue de las potestades y poderes, no privilegios o prerrogativas de la Administración, debe revisarse, así como todas las formas de control de la actividad administrativa. De igual manera el proceso judicial de control de las actuaciones administrativas debe sufrir drásticos cambios y transformaciones, así como el ejercicio de la potestad sancionadora. Los distintos sectores de la actividad administrativa, con especial referencia a la salud, la educación, la inmigración y los servicios sociales deben también replantearse en su sentido y funcionalidad. Y, por supuesto, el Derecho Presupuestario, que debe adscribirse a técnicas más realistas y más en consonancia con las necesidades colectivas de los ciudadanos, especialmente las de los más frágiles y vulnerables. Finalmente, es menester una reforma integral y completa de las instituciones y procedimientos del Derecho Administrativo Global, hoy al margen, en muchos de sus ámbitos, de los principios del Estado de Derecho.

De acuerdo con algunos presupuestos metodológicos de las Ciencias Sociales, en especial, el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que llevo años aplicando a la investigación en Derecho Administrativo, constatamos que los cambios y transformaciones en nuestra disciplina se plantean retóricamente, pero sin resultados prácticos porque en muchos casos es menester resistir muchas inercias y el peso de una tradición que condena a un inmovilismo lampedusiano. Sin embargo, hoy el Derecho Administrativo debe inexorablemente prepararse para albergar en su seno categorías e instituciones profundamente replanteadas y reconstruidas desde la centralidad de la dignidad humana que desplieguen su eficacia con urgencia, pues la deriva totalitaria que se divisa en el horizonte apremia, y mucho.

La tarea consiste en rediseñar, reconstruir, reinventar, desde los pilares, las categorías e instituciones centrales del Derecho Administrativo a partir de un enfoque centrado en la dignidad de la persona humana, no tanto en los poderes y potestades administrativas. El principal objetivo es colmar una laguna pendiente desde hace décadas en el Derecho Administrativo y sobre la que llevo reflexionando desde hace mucho tiempo: ¿Por qué todavía no disponemos de un Derecho Administrativo en el que la cláusula del Estado social de Derecho haya desplegado todas y cada una de sus consecuencias o efectos? ¿Por qué todavía seguimos presos de esa autotutela ejecutiva y de esa unilateralidad absolutas que provocan tanta indefensión a los ciudadanos? ¿Por qué no ha penetrado con toda su potencia la dimensión ética del servicio objetivo al interés general en la forma de administrar y de gestionar lo público?

Hoy, es momento de plantear con claridad y radicalidad que la dignidad humana, además de vector central de la Filosofía o de la Ética, es el principio y fin del Derecho. Afirmación que significa que es tal el relieve y el rango, no sólo ético o filosófico, también jurídico, de la dignidad humana, que se levanta y se yergue, omnipotente, todopoderosa y soberana como antes señalamos, frente a cualquier intento del poder, cualquiera que sea su naturaleza, por eliminarla o, lo que –tal vez– es peor, ignorarla en su camino. Por eso, estamos persuadidos de que pensar y construir jurídicamente desde la dignidad nos lleva a desafíos y propuestas realmente revolucionarias, tanto en su postulación proactiva, como en su desarrollo y corolarios.

Hoy, el fracaso del Derecho Administrativo como instrumento para garantizar y preservar condiciones de vida dignas a las personas es una realidad sobre la que la ciencia jurídica, en sinergia con las demás ciencias sociales, debe trabajar en los próximos tiempos. Las causas de ese fracaso y las vías para revertir el estado actual es uno de los principales desafíos de la comunidad científica jurídica mundial, hasta el momento en punto muerto debido a la falta de perspectiva integral para

comprender la magnitud del problema y a la falta de reflexión sobre las causas de tales insuficiencias y aporías, en especial sobre la necesidad de una metodología claramente pluridisciplinar.

Desde el Derecho Administrativo, probablemente a causa del funcionalismo y de las urgencias y emergencias de distinto tipo, no se ha abordado, con la radicalidad y profundidad debida, aspectos que tienen que ver con su sentido y misión en este tiempo, recuperando su impronta social anclada en la dignidad humana. El documento del Consejo de Europa "Viviendo con dignidad en el siglo XXI. Pobreza y desigualdad en sociedades de derechos humanos. La paradoja de las democracias" (2013) nos interpela a replantear el actual Estado de Bienestar y el mismo interés general para que la universalidad, indivisibilidad e integridad de los derechos humanos sean una realidad, lo que implica una visión radicalmente distinta de la aproximación a la pobreza y desigualdad reinante. En este sentido, la necesaria liberalización del ser humano de la actual cosificación, como plantea el Consejo de Europa, debe presidir nuevas y disruptivas formas de entender el sentido del Estado de Bienestar, anclado en la estaticidad y alumbrar nuevas formas de realización de políticas públicas, especialmente en el ámbito social.

Existen algunos trabajos relevantes sobre la dignidad humana como valor constitucional, como la monografía de Aharon Barak, *Human dignity. The constitutional value and the constitutional right* (2015); y desde una perspectiva más filosófica, la obra de Stephen Riley Routledge, *Human dignity and Law: legal and philosophical investigations* (2017) y Andrea Sangiovanni, *Humanity without dignity. Moral equality, respect, and human rights* (2017). En el orden del Derecho Global, destaca la obra colectiva *Globalization of law. The role of human dignity* (2018). Y, en el campo de los derechos sociales, deben citarse las obras de Luis Jimena Quesada, *Social rights and policies in the European Union: new challenges in a context of economic crisis* (2016) y Thomas M. Antkowiak, *A "dignified life" and the resurgence of social rights* (2020), así como las obras colectivas *Addressing inequality from a human rights perspective: Social and economic justice in the Global South*, y *Property and human rights in a global context* (2019).

Entre los síntomas reconocidos de la profunda crisis en que se encuentra el Derecho Administrativo se encuentran el fracaso del Estado del bienestar, la crisis de la justicia administrativa, la tecnocracia, la sobrerregulación o la vetocracia. El modelo del Estado de Bienestar, anclado en versiones estáticas y tecnosistémicas, no ha conseguido desarrollar y desplegar plenamente su dinamismo y potencialidad y los resultados de las políticas públicas no han mejorado las condiciones de vida de los ciudadanos. La justicia administrativa, por diversas circunstancias que se avizoran en el horizonte, no ha culminado su esencial

tarea de dar a cada uno lo suyo (*iussum cuique tribuendi*). Las políticas públicas en muchas latitudes nacen lastradas por su dependencia tecnocrática y no se dirigen resueltamente a la defensa, protección, y promoción de los derechos fundamentales; en ocasiones, no pocas, el personal al servicio de la Administración pública sigue sin superar la tentación del dominio y señorío de los procedimientos, manifestando en algunos casos preocupantes carencias formativas de base y, sobre todo, una ausencia notable de hábitos y cualidades democráticas. La protección y defensa de las libertades por parte de las Administraciones públicas, dominadas por una sobrerregulación o re-regulación asfixiantes, han provocado un intervencionismo que reduce al ser humano en muchas latitudes a un ser inerte, condenado a esperar todo, absolutamente todo, de los Poderes públicos. En fin, el Derecho Administrativo Global, a pesar del tiempo transcurrido, continúa *in fieri*, contando con instituciones donde todavía rige una vetocracia injustificable, donde prevalecen intereses parciales y donde la justicia real es sencillamente una quimera; la eficiencia y la eficacia al servicio del funcionalismo han ido, con el paso del tiempo, dominando a la ética incardinada en el corazón mismo del Derecho Administrativo con las consecuencias por todos conocidas.

Entre los remedios ensayados sin éxito, se encuentra el sistema actual del Derecho Público presupuestario, incapaz de atender a la real realidad manifestada en la fragilidad y vulnerabilidad de millones de seres humanos; anclado en técnicas pretéritas, debe adecuarse a la realidad y buscar la manera de que el contenido de los presupuestos públicos, sobre todo en las áreas sociales, pueda atender efectivamente, con indicadores susceptibles de medición científica, apremiantes necesidades colectivas que hoy en día lesionan la dignidad de millones de personas en todo el globo. La dimensión cuantitativa de la solidaridad, en crecimiento exponencial a través de subvenciones, ayudas y auxilios a los vulnerables, no ha incidido favorablemente, desde una perspectiva cualitativa, en una mejora real de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Cada vez son más las voces autorizadas que propugnan construir el Derecho Administrativo sobre la base de la conciencia clara de que no nos referimos necesariamente a la pobreza económica, pues la desigualdad y su capacidad de destrucción de la dignidad de tantas personas no es necesariamente vinculable a un nivel determinado de ingreso o gasto económicamente apreciado; es cultural y social y, por ello, el Derecho Administrativo debe, como producto cultural que es y como instrumento de civilización y humanidad que explica su nacimiento y desarrollo, estar presente en estos graves dilemas y ofrecer aportaciones positivas. Según todos los indicios existentes, estamos instalados en una comprensión y desarrollo del Derecho Administrativo que precisa abandonar

la economía como rampa única de análisis y renovar sus fundamentos y su marco teórico, pues es patente que a su través no se ha conseguido, ni mucho menos, el grado de desarrollo social que cabría esperar, sobre todo si tenemos en cuenta la potencialidad que tiene la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, pilar fundamental del ordenamiento europeo. Es apremiante, urgente, que, de una vez por todas, la proyección del modelo de Estado social y democrático de Derecho, abierto y dinámico, proyecte su luz con toda su intensidad sobre el entero sistema del Derecho Administrativo, hoy todavía enclaustrado en perspectivas tecnoestructurales y en interpretaciones cerradas del interés general.

Hoy, el Estado de Bienestar debe superar la dimensión estática del presente, y recuperar la senda dinámica e inclusiva que le es propia para despertar y apoyar iniciativas sociales valiosas que puedan colaborar con los Poderes públicos a mejorar la calidad de la atención a los sectores más frágiles y vulnerables, hoy muy descuidados y en pleno crecimiento exponencial. Las ayudas, subvenciones y subsidios públicos pueden, y deben, con un adecuado rediseño de su tratamiento jurídico y nuevo dinamismo, contribuir a construir salidas efectivas y prácticas a estas relevantes deficiencias en el marco de los principios de solidaridad y subsidiariedad.

Hoy, es imprescindible erradicar sistemas de trabajo y funcionamiento de las Administraciones públicas propios de otros tiempos, que deben mudar para que la sensibilidad de los funcionarios de los tres poderes del Estado aumente exponencialmente con relación a la justicia-bilidad y efectividad de los derechos humanos en todos los niveles gubernamentales. Hace falta una mejor Administración, una buena administración de lo público que parta de la defensa, protección y promoción efectiva de la dignidad humana.

Hoy, el interés general es, con frecuencia, manejado por la función pública como un espacio reservado a su conocimiento y especialización, debiendo abrirse en abanico a una visión abierta, plural, vital, dinámica y complementaria, que debe concretarse, motivarse y vincularse a la efectiva realización de la dignidad humana animada por la participación social. Si no profundizamos en la impronta democrática del interés general, tal y como se reclama desde el Estado social y democrático de Derecho, será imposible afrontar los cambios y transformaciones necesarias para hacer real y efectivo el compromiso social del nuevo paradigma del Derecho Administrativo. Sin participación social efectiva construida desde técnicas surgidas de la real realidad a partir de las aportaciones de quienes conocen y experimentan el funcionamiento de los servicios públicos, por ejemplo, será muy difícil, imposible levantar un auténtico Derecho Administrativo Social con fundamento *in re*.

Hoy, no podemos ni debemos dejar pasar la oportunidad de detectar con tiempo suficiente los riesgos sociales, con un Derecho Administrativo mejor preparado para la prevención, la precaución y la propuesta de cursos de acción eficaces con dimensión global y comprensiva de las complejidades que nos desafían las crisis, como la padecida a partir de 2007 y la reciente y aun existente crisis sanitaria.

Hoy, el Derecho Administrativo debe recuperar espacios perdidos, abordar destinos ignorados o factores no considerados con la intensidad necesaria. Los trabajos de campo y el diagnóstico revelarán estas deficiencias en la concepción tradicional del Derecho Administrativo y el nuevo itinerario deberá afrontarlas.

El Derecho Administrativo no puede esperar, como lo ha hecho en reiteradas oportunidades, a que la economía solucione los problemas de dignidad y de su raíz en cuestiones de equidad, pues no se encuentran ellos entre sus metas ni cometidos específicos. Ya está comprobado que un excelente PBI de ningún modo asegura ni garantiza una justa distribución o apoyo a los sectores sociales más desfavorecidos. Como dijimos más arriba, es apremiante, urgente, que, de una vez por todas, la proyección del modelo de Estado social y democrático de Derecho, abierto y dinámico, proyecte su luz con toda su intensidad sobre el entero sistema del Derecho Administrativo, hoy todavía enclaustrado en perspectivas tecnoestructurales y en interpretaciones cerradas del interés general.

Reflexión conclusiva: un Derecho Administrativo para la dignidad humana

Los derechos fundamentales de la persona son derechos que conceden a sus titulares un conjunto variado de posiciones jurídicas dotadas de tutela reforzada y que imponen al poder público una gama diversificada de obligaciones correlativas a las diferentes funciones derivadas de cada una de dichas posiciones jurídicas⁴. Desde esta perspectiva debemos afirmar que la aplicabilidad inmediata es la misma en el caso de los derechos fundamentales individuales que en los sociales, por más que las técnicas a emplear puedan variar, se derivan de la diversidad de funciones incardinadas en cada derecho. No es que en un caso estemos en presencia de derechos de defensa y en otro de derechos prestacionales, el problema es que los derechos fundamentales son una categoría única que admite una expresión multifuncional. En otras palabras, es necesario comprender los derechos fundamentales, todos, desde la perspectiva de un todo, de manera que cada derecho fundamental

⁴ D. WUNDER HACHEM, *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por un implementacao espontânea, integral e igualitaria*, Tesis Doctoral, Universidad Federal de Paraná, 2014, p. 132

presenta un conjunto de posiciones jurídicas fundamentales de dónde se derivan funciones de respeto, funciones de protección y funciones de prestación⁵.

El hecho de que la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales, reconocidos *ad hoc*, por conexión, por argumentación racional del supremo intérprete de la Constitución, o por recepción de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, caso del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cueste más dinero no quiere decir que no sean fundamentales. Es solo una cuestión accidental, que no afecta a la sustancia. Y como lo accidental o formal debe seguir a lo sustancial o material, lo lógico es orientar las estructuras de facilitación de estos derechos colocando el presupuesto público a su servicio y no al revés.

El problema de la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales, de sus costes de implementación no se encuentra al interior de estos derechos fundamentales de la persona, sino en la existencia de obstáculos e impedimentos sin cuento a las funciones de protección y de prestación inherentes a todo derecho fundamental, sea de la naturaleza que sea.

Los derechos fundamentales son una misma categoría con un mismo régimen que deriva de la misma dignidad humana y ésta tiene las mismas condiciones de exigibilidad sea cual sea el derecho de que se trate. Las estructuras y los procedimientos se diseñan y actúan al servicio de las personas, no al revés. En un presupuesto público hay que atender muchas necesidades y conceptos pero en puridad la cantidad que se debe presupuestar para estas finalidades debe estar en función de la situación de los derechos sociales fundamentales en el país y de los medios disponibles porque otra cosa sería imposible. Pero de ahí a lo que acontece en la actualidad, en la que en muchos sistemas estos derechos no son fundamentales y su exigibilidad está puesta en cuestión, hay un largo trecho. El tema esté en afirmar el carácter fundamental de estos derechos y empezar a caminar en este terreno. A partir de ahí, los progresos serían notables. No se trata de negar la realidad, que las disponibilidades presupuestarias son las que son y que conforman el marco para averiguar la racionalidad de las demandas judiciales en la materia. Se trata, simple y llanamente, de afirmar que estos derechos sociales fundamentales pertenecen a la categoría única de los derechos fundamentales de la persona.

Una cuestión que, en tiempos de pandemia, afecta, y de qué manera, a la dignidad humana, se refiere al alcance y funcionalidad del

⁵ Id.

derecho al mínimo vital, un derecho fundamental de mínimos que permite que no se quiebre la condición humana, que no se lesione la misma dignidad humana.

En este sentido debemos recordar que existen unos derechos sociales fundamentales mínimos que el Estado o la Sociedad, según los casos y las posibilidades, deben asegurar y garantizar para evitar la deshumanización de la persona. En este punto, sin embargo, debe quedar claro que, en efecto, la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales no se reduce al reconocimiento del mínimo vital o existencial. Todos los derechos sociales fundamentales, todos, por ser derechos fundamentales de la persona, poseen eficacia directa sencillamente porque disfrutan de la misma categoría y régimen jurídico de los derechos fundamentales.

El marco de lo que es imprescindible para una existencia humana responde al derecho al mínimo vital pero más allá de esta garantía de mínimos existen otros derechos sociales fundamentales, ordinarios, como puede ser el derecho a una salud digna, el derecho a una protección social digna, el derecho a una educación digna. Es decir, una cosa es lo mínimo imprescindible para una existencia o para una vida propia de una persona humana y otra distinta la garantía de un marco de racionalidad y progresividad en el ejercicio de estos derechos que apunta más allá de lo imprescindible, de lo mínimo.

Si entendemos el mínimo existencial como el techo mínimo, el suelo mínimo de los derechos sociales fundamentales, comprendemos que a partir de este solar se pueden levantar o edificar derechos sociales fundamentales. A partir de esa esfera de una existencia mínimamente digna, aplicando el principio de progresividad podemos llegar a afirmar la existencia de derechos sociales fundamentales que consisten en garantías y prestaciones, junto a protecciones y defensas, de posiciones jurídicas dignas, de una dignidad superior a la mínima. No de otra manera debe interpretarse las apelaciones que las Constituciones de nuestra cultura jurídica realizan a una mejor calidad de vida para las personas o una existencia o vida digna.

En el marco de los deberes de protección y de promoción de prestaciones fácticas positivas, debe afirmarse que el contenido de las prestaciones que integran el mínimo existencial son siempre y en todo caso exigibles ante cualquier juez o tribunal a través de cualquier instrumento procesal con independencia de la existencia de disponibilidades presupuestarias o de estructura organizativa pública, pues afectan al contenido de la mínima dignidad posible, aquella que diferencia al ser humano de los animales irracionales o de los simples objetos o cosas.

Los derechos sociales fundamentales pueden estar previstos en la Constitución como tales, no es lo más frecuente, o pueden derivarse de la relación con otros derechos fundamentales o de una argumentación racional a partir de las bases mismas de la Constitución en relación con los postulados del Estado social y democrático de Derecho y de la centralidad de la dignidad del ser humano.

El derecho fundamental de la persona a un nivel de vida adecuado (artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), a una digna calidad de vida, como reza el preámbulo de la Constitución española de 1978, es, siguiendo a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XI, la que permita los recursos públicos y los de la comunidad, o, dice el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Tales previsiones sitúan en el centro del orden social, político y económico a la dignidad del ser humano, lo que implica, lisa y llanamente, que las disponibilidades presupuestarias del Estado y de la sociedad, de la comunidad, han de orientarse y gestionarse para que, en efecto, se garantice a todos los hombres y mujeres una digna calidad de vida.

El artículo 130.1 de la Constitución española reclama a los Poderes públicos que equiparen el nivel de vida de los españoles a partir de una política económica adecuada a este fin. Tal nivel de vida, como sostiene PÉREZ HUALDE, es el que implica y exige, para ser tal, la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica que, a su vez, garantizan el acceso a otros derechos también humanos y fundamentales, también de gran importancia⁶. PÉREZ HUALDE sitúa el epicentro de los derechos sociales fundamentales en las necesidades colectivas de los ciudadanos, unas necesidades, como el agua potable, el servicio sanitario, el servicio eléctrico, el suministro del gas, de transporte público, de corredores viales, del correo, actividades todas ellas que ordinariamente se garantizan, al menos muchas de ellas, a través de la técnica de la intervención pública.

Tanta intervención como sea imprescindible y tanta libertad solidaria como sea posible es una famosa máxima que se hizo célebre entre los profesores de la Escuela de Friburgo a mediados del siglo pasado. En realidad, el fin del Estado reside en que cada persona pueda realizarse libre y solidariamente. Y para ello el Estado ha de asumir este compromiso cuándo las instituciones e iniciativas sociales no sean capaces de ayudar a los individuos a su libre y solidaria realización.

⁶ A. PEREZ HUALDE, *El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global*, en A. EMBID IRUJO (Director), *Derechos económicos y sociales*, Madrid, 2009, pp. 93-94.

El problema de la técnica del servicio público para estos menesteres reside, como ya advirtiera certeramente DEVOLVÉ no hace mucho tiempo, en que las actividades objeto del servicio público son de titularidad pública, algo que no se puede predicar, por ejemplo, de la educación o de la sanidad, que son derechos fundamentales de la persona y, por ende no deben ser calificadas como de ámbitos de titularidad pública. En cambio, bajo la técnica de la *ordenatio*, de las autorizaciones, licencias o permisos, las cosas caminan por otros derroteros puesto que en estos supuestos se trata de regular actividades privadas, de los ciudadanos, que son de interés general.

En efecto, el Estado, en virtud de la subsidiariedad, tiene, por su propia estructura y esencia, la superior tarea de garantizar el pleno, libre y solidario ejercicio de los derechos, cometido supremo de la instancia estatal que como señalara VIDART CAMPOS, no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio, me permito apostillar solidario, de los derechos humanos⁷.

Sin embargo, como apunta PÉREZ HUALDE, desde la concepción del servicio universal, que no es una característica privativa del servicio público en sentido estricto, sino más bien de las actividades privadas de interés general, es posible paliar de alguna manera, a causa de la intervención pública –servicio de interés general– dirigida a este fin, la situación de injusticia objetiva, por desigualdad material, en la que se encuentran las personas necesitadas de esos bienes económicos imprescindibles para un nivel de vida adecuado, acorde a la comunidad en la que se desarrolla⁸.

Poco a poco, en este tiempo de convulsiones y de transformaciones, esperemos que la efectividad y exigibilidad de los derechos sociales fundamentales ocupe un lugar por derecho propio en la mente y en la agenda de las principales decisiones que tomen las autoridades políticas, económicas, sociales y culturales. Nos jugamos mucho en ello, tanto como que la dignidad del ser humano y sus derechos inalienables funden, de nuevo, ahora con más fuerza, un remozado orden jurídico, económico y social que ya no puede esperar más tiempo.

Si la dignidad del ser humano y el libre y solidario desarrollo de su personalidad, que es lo mismo, son el canon fundamental para medir la

⁷ G.J. BIDART CAMPOS, *La responsabilidad en los Tratados de jerarquía constitucional*, en J.A. BUERES y A. KEMELMAJER DE CARLUCCI (Dirs.), *Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini*, Buenos Aires, p. 427.

⁸ A- PEREZ HUALDE. Cit., p. 105.

temperatura y la intensidad del Estado social y democrático de Derecho, entonces es llegado el tiempo en el que de una vez por todas las técnicas del Derecho Administrativo se diseñen de otra forma. De una forma que permita que los valores y parámetros constitucionales sean una realidad en la cotidianeidad. ■

Potestad sancionatoria de la administración en Venezuela

Rafael BADELL MADRID*

REDAV, N° 22, 2021, pp. 33-84

Resumen: La potestad sancionatoria de la administración es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, que ejerce la administración pública a través de la actividad de policía, por medio de la cual impone a los administrados sanciones, previamente determinadas por la ley y mediante un procedimiento, cuando incumplen las disposiciones legales preestablecidas, con el fin de salvaguardar el interés general y el orden público. La Constitución de 1999 reconoció que la potestad sancionatoria de la administración, al igual que la judicial, está sometida a los principios que rigen el debido proceso. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico venezolano encontramos casos de deslegalización y violación de las garantías procedimentales que rigen la potestad sancionatoria de la administración.

Palabras clave: Actividad administrativa – Debido proceso – Potestad sancionatoria – Principio de legalidad.

Abstract: *The sanctioning power of the administration is a manifestation of the ius puniendi of the State, which is exercised by the public administration through police activity, by means of which it imposes sanctions, previously determined by the law and following the due process, when the people fail to comply with the provisions of the law, in order to safeguard the general interest and public order. The 1999 Constitution recognized that the sanctioning power of the administration, likewise judicial, is subject to the principles that govern the due process. However, in Venezuela, many examples of delegalization and violation of the procedural guarantees that govern the sanctioning power of the administration can be found.*

Keywords: Administrative activity – Due process – Sanctioning power – Rule of law.

Recibido

26-04-2022

Aceptado

10-05-2022

Introducción

La potestad sancionatoria de la administración es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, que ejerce la administración pública a través de la actividad de policía, por medio de la cual impone sanciones

* Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor Titular de Derecho Procesal Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Socio del Despacho de Abogados Badell & Grau 1985. bglegal@badellgrau.com

a los administrados, previamente determinadas por la ley y previo el cumplimiento de un procedimiento administrativo, cuando incumplen las disposiciones legales preestablecidas, con el fin de salvaguardar el interés general y el orden público.

Vamos a formular algunas consideraciones sobre la potestad administrativa sancionatoria en general y, en particular, sobre la manera como se presenta esta forma de la actividad de la administración en Venezuela, sobre todo teniendo en cuenta que la Constitución de 1999 reconoció que esa potestad sancionatoria de la administración, al igual que la judicial, está sometida a los principios que rigen el debido proceso.

Para cumplir con ese propósito haremos algunas precisiones generales sobre el origen, concepto, contenido y la delimitación de la potestad sancionatoria; luego nos referiremos a la regulación constitucional y legal de este tema en Venezuela, así como a su tratamiento doctrinal. En particular voy a resaltar la valiosa doctrina venezolana, así como también referirme a los aspectos jurisprudenciales del tema.

I. La potestad sancionatoria de la administración

1. Aparición y evolución

La noción de potestad sancionatoria es producto de una importante evolución doctrinal, jurisprudencial y legal. Recordemos que el criterio que comienza a introducirse desde la Carta Magna de 1215, es que se reconocía un monopolio judicial penal respecto de la imposición de sanciones frente a conductas tipificadas como infracciones; se impuso al Rey la norma de que ningún hombre libre podía ser detenido, preso, exiliado ni arruinado sino por *legale iudicium parium* y según la *lex terrae* (previo el juicio legal de sus pares y según la ley del país). Esto dio origen a la institución del jurado y la incapacidad represiva del monarca y del ejecutivo, pues se consideraba exclusiva de los tribunales¹.

Sin embargo, en algunos países como Alemania y Austria se produjo en el siglo XVI un reforzamiento de la potestad sancionatoria ejercida por el poder ejecutivo del Estado sobre la potestad jurisdiccional, “*que obedeció, entre otras razones, a que durante largo tiempo no estuvo consolidada una organización judicial suficiente e independiente a la*

¹ Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, t. I, Parte General, 8° ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 514.

que poder deferir el enjuiciamiento de los ilícitos de menor importancia”².

En parte de Europa durante el Estado absolutista, se postulaba la existencia de un poder de policía que reposaba en la administración pública y le permitía realizar actos, coactivos o no, para impedir o prevenir la realización de males a los miembros de la comunidad para lograr el bienestar de los súbditos³.

Posteriormente, en el siglo XVII, concretamente en el año 1607, con motivo del desarrollo y estabilidad de la actividad de los tribunales en Europa, la concepción del monopolio judicial sancionatorio fue acentuada con la decisión del *Chief Justice* Edward Coke, en el conocido caso de las “*Prohibiciones del Rey*”, mediante la cual sostuvo que el juzgamiento criminal debía ser realizado por los tribunales de la justicia, pues tales decisiones no eran guiadas por la razón natural sino por el juicio y la razón del derecho. De este modo se reconoció que, aunque la justicia se administraba en nombre del Rey, este no podía ejercerla por sí mismo, si no que existía una delegación permanente e irrevocable en los tribunales⁴. De forma que se aceptó de manera general, y así lo determinaban las leyes promulgadas entre los siglos XIII y XVIII, que las sanciones serían impuestas por las denominadas “*Justicias*”, es decir por órganos de naturaleza estrictamente judicial.

En ese sentido ALEJANDRO NIETO señala que si bien las sanciones administrativas son hoy en día, indudablemente, consecuencia del ejercicio de la potestad de policía ejercida por los órganos y entes de la administración pública, es cierto que “*Hasta el siglo XVIII, no resulta correcto, por tanto, hablar de sanciones administrativas, aunque sea por la conocida circunstancia de que, no habiendo separación de poderes, los mismos órganos, de naturaleza sustancialmente judicial, aplican toda clase de sanciones*”⁵.

En España a mediados del siglo XVIII comenzó a encomendarse de manera excepcional a determinados órganos no judiciales, la represión directa de las conductas infractoras sin necesidad de acudir a las Justicias⁶. ALEJANDRO NIETO señala al respecto que una de las normas más significativas de la época fue la Instrucción del 21-10-1768, que dio origen a

² José Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Editorial Trivium, Madrid, 1989, p. 57.

³ José Peña Solís, *La potestad sancionatoria de la administración pública venezolana*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 33.

⁴ Ramón Parada, ob. cit., pp. 514-515.

⁵ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4º ed. totalmente reformada, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 53.

⁶ Id., p. 54.

la autonomía de las autoridades de policía permitiéndoles exigir multas sin necesidad de acudir a los jueces; además, a partir de dicha Instrucción se crearon los llamados “*alcaldes de barrio*”, que se establecieron en las ciudades más importantes con el objeto de velar por el cumplimiento de los bandos de policía sobre temas de alumbrado y limpieza, pudiendo imponer multas en caso del incumplimiento⁷. Posteriormente, se dictó el Real Decreto de 17-03-1782, el cual establecía lo siguiente:

Se crea una superintendencia general de policía para velar en la ejecución de las leyes, autos acordados, bandos, decretos y demás providencias tocando a la policía material y formal, corrigiendo y multando a los contraventores [...] y que estas facultades y jurisdicción del superintendente fuese por vía económica, gubernativa y ejecutiva, como son todas las leyes y bandos de policía, sin apelación o recurso [...] y en los casos en que de los procedimientos resultase descubrirse algún delito, perjuicio de tercero, o motivo de formal instancia judicial, cuidaría el superintendente de remitirlo todo al juez correspondiente⁸.

Sin embargo, reiteramos que esa regulación era excepcional, debido a que en gran parte del territorio español se conservaba el antiguo modelo de represión conforme al cual:

[...] en las villas y pueblos castellanos la represión correspondía a los alcaldes –jueces o “Justicias” y al tiempo cabezas del concejo local que era un órgano político administrativo– quienes actuaban, según la naturaleza de las causas, con o sin “estrépito judicial”, es decir, con arreglo a un procedimiento judicial o meramente gubernativo⁹.

Los alcaldes actuaban en ambos tipos de causas, judicial y administrativa, de una manera muy fluida, pues para entonces el principio de tipicidad legal no había adquirido rigidez.

A finales del siglo XVIII, con el triunfo de los principios que promovía la Revolución Francesa, en especial, el principio de separación de poderes, se adoptó nuevamente el monopolio de la potestad punitiva en la función jurisdiccional, de manera que “*la idea de que los jueces eran los únicos titulares del aludido poder represivo [...] encuentra su sustento teórico en la Europa continental, a partir de la Revolución Francesa*”¹⁰. En efecto, con el advenimiento de la separación de poderes cambia el panorama “*en la medida en que los tribunales abandonan sus antiguas*

⁷ Id., p. 55.

⁸ Id.

⁹ Id.

¹⁰ Id., p. 31.

*funciones acumuladas de administración y jurisdicción, para concentrarse únicamente en las jurisdiccionales*¹¹.

Así, la gran revolución del sistema represivo supuso la adopción del derecho penal legalizado y judicializado bajo el principio rector *nulla crimen, nulla poena sine lege; nulla poena sine lege iudicium*. Bajo esta impronta se dictó en Francia el primer Código Penal en 1791, que estuvo regido por los principios penales contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹².

Tras la revolución francesa, las monarquías del siglo XIX –incluso las más alejadas de los principios de la Revolución– se animaron a adoptar el nuevo sistema represivo, abandonando el Antiguo Régimen; no obstante, estas monarquías no apartaron sus propios poderes sancionatorios en virtud del viejo principio del siglo XVII, el cual consistía en el uso del poder de justicia por parte de la policía administrativa¹³.

En España, por ejemplo, el sistema represivo de policía se mantuvo hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1848, quedando todas las penas judicializadas, sin embargo, este acontecimiento no produjo el desplazamiento total de los poderes de policía de la administración. Posteriormente entró en vigencia el nuevo Código Penal: el Real Decreto de Competencia de 1849, promulgado sobre un dictamen del Consejo de Estado que resolvió el primer conflicto entre la autoridad judicial y administrativa¹⁴.

En este sentido el Real Decreto de 1849 se inclinaba en favor de un gobernador frente al juez de primera instancia el cual reclamaba la competencia que, en principio, le confería el referido Código Penal de 1848, sin embargo, el Real Decreto estableció la existencia de la competencia subjetiva de los alcaldes para imponer multas gubernativamente, como una atribución necesaria para el desempeño de esas funciones¹⁵.

Esta decisión fue de especial importancia para la configuración del sistema administrativo español, quedando establecido que la judicialización de las faltas contenidas en el Código Penal de 1849 no eliminaba realmente los poderes represivos de los alcaldes y gobernadores,

¹¹ AA.VV. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, t. I, Parte General, Parte Especial 1, 2º ed., Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 63.

¹² Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 4º ed., Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 163.

¹³ Id., p. 163.

¹⁴ Id.

¹⁵ Antonio Beristain, "La multa penal y administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad", *Capítulo Criminológico*, *Revista Científica del Instituto de Criminología Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas la Universidad del Zulia*, N° 5, Maracaibo-Venezuela, 1977, p. 257, en <https://bit.ly/3vDxOcw>

quienes podían ejercer paralelamente los poderes judiciales y administrativos. Por tanto esto sirvió para invocar el principio de separación de poderes entre la administración y la justicia, en virtud de que la independencia de la administración podría verse comprometida si no tuviese ninguna potestad coercitiva, pues eran funciones propias del poder judicial delegados a la administración. Así quedó establecido en la práctica en el derecho español¹⁶.

De este modo para el siglo XIX quedó asentado el principio de legalidad penal en la mayoría de los países del continente europeo. Ahora bien, las diversas formas de interpretación de los principios de separación de poderes y de legalidad penal, produjo en algunos países el monopolio del poder represivo en el poder judicial y la absoluta interdicción de la administración pública para su ejercicio, mientras que en otros, derivó en una especie de paralelismo de poderes, confiriéndole por una parte la potestad sancionatoria a los tribunales y por otra, a la administración pública¹⁷.

En efecto, como afirma ALEJANDRO NIETO, durante el siglo XIX algunos países europeos siguieron vías diversas de regulación de la potestad sancionatoria de la administración pública en virtud de la distinta recepción e interpretación del principio de la separación de poderes que tuvo lugar en cada país. Reseña NIETO que:

[...] en Francia y Alemania, por ejemplo, se procedió a una radical jurisdiccionalización de la potestad sancionadora en cuanto que su ejercicio fue encomendado, con ligerísimas excepciones, a los Tribunales, mientras que en otros países, como Suiza, Austria y España, el mismo principio de la separación constitucional de poderes de modo alguno impidió a la Administración ser titular de una potestad sancionadora propia, que incluso, y aunque fuera excepcionalmente, podía ejercer casi con absoluta impunidad¹⁸.

JOSÉ PEÑA SOLÍS indica que paradójicamente:

[...] a pesar del blindaje que proporcionaba el principio de legalidad al Estado de derecho, el referido poder de policía se “coló” en el mismo, e inclusive [...] los revolucionarios franceses llegaron a justificarlo sobre la base del argumento relativo a que todos los ciudadanos tenían el deber genérico de no perturbar el orden público, razón por la cual el incumplimiento de dicho deber, bastaba por sí solo, sin necesidad de ley que lo habilitase, para legitimar el ejercicio de todas las potestades implicadas en ese poder de policía¹⁹.

Por tanto, la admisión de este poder de policía al margen absoluto del principio de legalidad sirvió de fundamento para que la administración pública ejerciera de forma válida la potestad represiva.

¹⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 163.

¹⁷ José Peña Solís, ob. cit., p. 33.

¹⁸ Alejandro Nieto, ob. cit., p. 53.

¹⁹ José Peña Solís, ob. cit., pp. 33-34.

En el sistema español, durante el siglo XX comenzó a desarrollarse la potestad sancionatoria debido a una serie de leyes que tendieron a conferir dicho poder a los órganos centrales; en primer lugar, durante la dictadura de Primo Rivera, se dictó el Decreto-Ley de 18-05-1926 que establecía que en materia gubernativa y disciplinaria el gobierno usaría las facultades discrecionales en la adopción de medidas e imposición de sanciones sin otro límite más que el bienestar de la nación, todo ello conjuntamente con la atribución de facultades sancionatorias a los órganos de la administración central. Luego, en la Segunda República, se dictó la Ley de Defensa de la República de 1931; posteriormente, la administración logra alcanzar mayor protagonismo represor en 1939; y finalmente, en el régimen franquista, se produjo de forma ampliamente desmedida la potestad administrativa de sanciones “*convirtiendo lo penal en administrativo*”, en virtud de la atribución *prima facie* a la administración de sancionar algunas conductas en materias como urbanismo y publicidad²⁰.

A esta situación histórica se le suma el fenómeno de despenalización, el cual surgió como un proceso generalizado en los países europeos, que supuso el traslado del poder represivo desde los jueces penales a la administración sobre los llamados “*delitos bagatela*”, que eran delitos merecedores de sanciones muy leves. Sin embargo en esta instancia se permitía la intervención del juez en caso de existir alguna discrepancia con el infractor²¹.

RAMÓN PARADA sostiene que este proceso surgió como una configuración de determinados ilícitos penales, civiles y administrativos cuya represión era encomendada a la vía administrativa sin necesidad de una posterior intervención judicial²². Además, en algunos ordenamientos jurídicos como los de Suiza, Austria y Portugal, se llevaron a cabo operaciones legislativas de despenalización de determinadas conductas, lo que permitió dotar a la administración pública de poderes represivos, acompañado de regulaciones materiales y procedimentales de la actividad represiva sancionatoria de la administración²³.

Al respecto, indica GARBERÍ LLOBREGAT que:

[...] en los Estados liberal y social se producen una serie de circunstancias que colaboraron decisivamente a la expansión del poder sancionatorio gubernativo, como lo son el mayor intervencionismo estatal en campos sociales y económicos diversos, el aumento de la actividad administrativa del

²⁰ José Garberí Llobregat, ob. cit., pp. 52-53.

²¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 164.

²² Ramón Parada, ob. cit., pp. 518-519.

²³ Véase Ramón Parada, ob. cit., pp. 518-519 y García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 165-166.

Estado, la expansión de la legislación especial o el auge del fenómeno despenalizador²⁴.

A mitad del siglo XX, aún se cuestionaba el ejercicio de la potestad sancionatoria por la administración pública en virtud de que este gran poder represivo no estaba limitado por garantías individuales, pues su ejercicio implicaba una enorme incidencia sobre ciertos derechos individuales tales como la libertad y la propiedad. Sin embargo, la doctrina poco a poco comenzó a abandonar sus antiguos planteamientos de monopolización judicial del ejercicio de *ius puniendi* y fue promoviendo la idea de que la actividad represiva de la administración pública debía estar rodeada de ciertas garantías sobre la base del principio de legalidad penal, obteniendo finalmente su reconocimiento por parte de los órganos jurisdiccionales, y la constitucionalización de la potestad sancionatoria de la administración pública²⁵.

LUCIANO PAREJO afirma que el conferimiento de la potestad sancionatoria a la administración pública, *“responde a una necesidad práctica o real, organizativa y de funcionamiento del Estado en el cumplimiento de su función, necesidad que la evolución misma del Estado no ha hecho más que incrementar”*²⁶.

La Revolución francesa, el constitucionalismo moderno, los procesos y fenómenos que han surgido en torno a la despenalización y la consideración de que no puede haber administración sin esta potestad, ha traído como consecuencia el reconocimiento por parte de la doctrina, luego de la jurisprudencia y después de la Constitución y la ley de la existencia de un único poder represivo del Estado, dividido en dos ramas: la penal y la administrativa. De forma que la rama penal, derivada del ejercicio de la función judicial, estaría destinada a condenar las conductas constitutivas de delito y la rama administrativa que se endereza a reprochar los ilícitos considerados como infracciones administrativas y, tiene como fin la protección de determinados bienes jurídicos como lo son el interés general y la eficacia del orden jurídico administrativo²⁷.

2. Concepto

La potestad sancionatoria es una de las típicas manifestaciones de la actividad de la administración, por medio de la cual los órganos del poder público, previamente facultados por la ley para ello (principio de legalidad) imponen sanciones, previamente definidas en la ley, por la

²⁴ José Garberí Llobregat, ob. cit., p. 53.

²⁵ José Peña Solís, ob. cit., p. 34.

²⁶ Luciano Parejo citado por José Peña Solís, ob. cit., p. 53.

²⁷ Véase Daniela Urosa Maggi, “Aspectos fundamentales de la potestad disciplinaria judicial”, *El Derecho Público a los 100 primeros números de la Revista de Derecho Público*, EJV, Caracas, 2006, pp. 201 y ss.

comisión de hechos o la omisión de actuaciones establecidos en la ley como faltas en cuanto ponen en riesgo o atentan contra el orden público.

La doctrina define de forma más o menos amplia la potestad sancionatoria de la administración como una manifestación de la actividad de policía que se corresponde con aquella dirigida al mantenimiento del orden público (entendido en sentido amplio), mediante la limitación de las actividades privadas. La potestad sancionatoria, en principio, forma parte del *“conjunto de medidas coactivas arbitradas por el derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública”*²⁸. De esta forma, ALEJANDRO NIETO con sabiduría indica que:

[...] el Derecho Administrativo Sancionador es, como su mismo nombre lo indica, Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho público estatal y no un Derecho penal; de la misma manera que la potestad administrativa sancionatoria es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos. No es un azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo Derecho Penal Administrativo haya sustituido desde hace muchos años por el más propio de Derecho Administrativo Sancionador²⁹.

La potestad sancionatoria de la administración es la facultad pública que permite imponer medidas restrictivas a los administrados, en aras de *“hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el Ordenamiento atribuye a la Administración para satisfacer intereses generales”*³⁰. De forma que la potestad sancionatoria no es un fin en sí mismo, sino un medio dirigido a la preservación del ordenamiento jurídico administrativo y el alcance de determinado cometido de interés general³¹. En efecto:

La potestad sancionatoria surge de la necesidad de controlar las posibles infracciones por parte de los particulares respecto de los deberes administrativos que el ordenamiento jurídico-administrativo les impone, corrigiendo así la infracción y reprimiendo además la conducta ilícita a través de una sanción, ello con la finalidad de mantener el orden público que a la Administración corresponde tutelar³².

²⁸ Fernando Garrido Falla, “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, conferencia pronunciada por el autor en el Instituto de Estudios Políticos el 23-04-1953.

²⁹ Alejandro Nieto, ob. cit., pp. 25-27.

³⁰ Ángeles de Palma del Teso, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 38.

³¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23-06-2004 (caso Carlo Palli).

³² Id.

3. Delimitación

La potestad sancionatoria consiste en una manifestación del *ius puniendi* del Estado, que ejerce la administración pública a través de la actividad de policía, por medio de la cual impone sanciones a los administrados, previamente determinadas en la ley, cuando incumplen o contravienen las disposiciones legales preestablecidas, con el fin de salvaguardar el interés general y el orden público.

A objeto de delimitar el concepto de potestad sancionatoria, tengamos en cuenta la discusión doctrinaria que existe en torno a si debe incluirse la potestad disciplinaria dentro de la potestad sancionatoria de la administración, o por el contrario, se trata de dos potestades diferenciadas.

Un determinado sector de la doctrina –EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS FERNÁNDEZ, MARIENHOFF, JOSÉ CANASI y MONTORO PUERTO– considera que la potestad sancionatoria incluye no solo el poder de la administración de penar a todos los administrados, sino además, la facultad de imponer castigos dirigidos exclusivamente a las personas que tienen una relación especial de sujeción con la administración pública, estos son, los funcionarios y empleados administrativos, es decir, los agentes de la administración pública tanto centralizada como descentralizada política o administrativamente³³.

Por ejemplo MARIENHOFF ha señalado que la potestad sancionatoria de la administración es la atribución que le compete a esta para (i) imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos de estos contrarios a lo ordenado por la administración, y (ii) para imponer sanciones disciplinarias “a los funcionarios o empleados por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, todo ello sin perjuicio de la acción de los tribunales judiciales”³⁴.

De otra parte, MONTORO PUERTO explica al respecto que:

[...] el hecho de que mediante aquella (sancionatoria) se tienda a reprimir las infracciones debidas a incumplimiento de deberes genéricos de los ciudadanos y mediante la otra (disciplinaria) a los de carácter específico nacidos de una relación especial de sujeción, no es obstáculo para estimar que, en ambos casos, la administración actúa por idénticas razones y el fundamento de la potestad en virtud de la cual impone sanciones sea el mismo³⁵.

Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que tal posición está hoy en día superada, teniendo en cuenta que si bien la sanción

³³ José Canasi, *Derecho Administrativo*, Vol. I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974, pp. 221-223.

³⁴ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 3º ed. actualizada, Buenos Aires, 1982, pp. 608 y ss.

³⁵ Miguel Montoro Puerto citado por Daniela Urosa Maggi, ob. cit., p. 203.

administrativa y la sanción disciplinaria coinciden formalmente, esto es, en su forma de exteriorización, ambas responden al ejercicio de potestades administrativas diferenciadas que pueden coexistir porque cada una persigue cometidos diferentes –poder propiamente de represión y poder de organización– y por tanto, no es una tributaria de la otra³⁶.

Así lo ha afirmado inclusive la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 01-10-1998 (caso Aníbal Ricardo Pirela Rodríguez), cuando estableció que *“la potestad disciplinaria es totalmente independiente del poder punitivo de tipo general con que cuenta el Estado, el cual, adicionalmente, no deriva de este poder estatal, sino que por el contrario, tiene un origen y régimen jurídico propio”*.

De igual modo señala la profesora UROSA MAGGI que:

Tampoco es la potestad disciplinaria, inherente ni derivada del poder punitivo estatal, pues no está concebida en cuanto poder de represión típico y exclusivo de los órganos del Poder Público, únicos con capacidad de imperio, sino que es atributo de la Administración en cuanto organización que es, tal como sucedería respecto de cualquier ente organizado, incluso de naturaleza privada, a fin de ejercer control sobre la actividad de sus miembros y en consecuencia sobre la eficacia de la actuación de ese aparato, de esa organización³⁷.

ARAUJO-JUÁREZ con el mismo criterio distingue entre las sanciones orientadas a la protección del orden general –entendido como la potestad sancionatoria correctiva– y las que se sitúan dentro de una relación especial de sujeción, entendida como potestad sancionatoria disciplinaria. Respecto a esta última indica que:

La doctrina distingue “cualitativamente” tales sanciones de las anteriores, situando las diferencias fundamentales según que los sujetos activos –personas físicas o jurídicas– de la infracción estén inmersos en una previa relación especial de sujeción con la Administración Pública. Asimismo la finalidad perseguida es diferente a las de las sanciones de protección del orden general, por cuanto en aquellas privaría el aspecto de “autoprotección” de la Administración Pública y sus intereses, del orden disciplinario de las funciones, del buen funcionamiento de la concesión del servicio público, etc.; mientras que en las sanciones de protección del orden general privaría el interés por el mantenimiento del orden y la paz social en general³⁸.

Consideramos que la potestad disciplinaria y la potestad sancionatoria persiguen fines distintos. La primera se corresponde con un fin de instrucción, que busca poner en orden las conductas de los funcionarios

³⁶ Daniela Urosa Maggi, ob. cit.

³⁷ Id.

³⁸ José Araujo-Juárez citado por Jesús Rojas Hernández, *Los principios del procedimiento administrativo sancionador como límites de la potestad administrativa sancionadora*, Ediciones Paredes, Caracas, 2004, p. 49.

o personas que se encuentran en una relación especial de sujeción respecto de la organización administrativa pública, para asegurar que las funciones públicas sean ejercidas de forma regular y eficiente, mediante sanciones como la amonestación, suspensión en el cargo, postergación en el ascenso, remoción o destitución, entre otras³⁹; mientras que la segunda está dirigida a proteger y asegurar el orden público o interés general y puede ser ejercida sobre una pluralidad de sujetos (cualquier persona), esté o no sujeta a una relación especial de sujeción. De allí que, necesariamente, la doctrina haya tenido que diferenciar una potestad de la otra.

4. Sanciones administrativas

La sanción, en sentido general, consiste en una retribución o consecuencia negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como respuesta a la realización de una conducta que infringe una disposición legal. En concreto, la sanción “administrativa” es el producto de una decisión impuesta a un administrado por la administración pública. Esta sanción administrativa es la consecuencia de la potestad represiva de la administración pública inherente a la actividad administrativa⁴⁰, entendida como un mal infligido por la administración al administrado por una conducta reprochable que debe estar legalmente tipificada en el ordenamiento jurídico administrativo.

BARTOLOMÉ FIORINI señala que toda sanción administrativa “*es manifestación de las funciones que corresponden a la función administrativa y por lo tanto es y debe ser un acto administrativo*”, además, agrega que es una “*creación normativa estatal*”⁴¹. Por su parte, DROMI sostiene que las sanciones administrativas “*son las que se aplican a los habitantes del Estado, por faltas que cometen, al incumplir el deber administrativo impuesto o al cumplirlo de forma irregular o deficiente*”⁴².

En la doctrina española, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ han definido la sanción administrativa como “*un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal*”⁴³. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Superior Español ha definido la sanción administrativa como aquella que “*implica la imposición por la Administración de un perjuicio jurídico al*

³⁹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 5° ed., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 263-265.

⁴⁰ Bartolomé, A. Fiorini, *Derecho Administrativo*, t. II, 2° ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 179.

⁴¹ Id., p. 178.

⁴² Roberto Dromi, ob. cit., pp. 266-267.

⁴³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 163.

sancionado por haber incurrido en una actividad ilegal tipificada por el ordenamiento jurídico como infracción"⁴⁴.

Las sanciones administrativas también han sido definidas como *"penas en sentido técnico impuestas por la Administración, utilizando sus prerrogativas, y, por ello, por medio de actos administrativos ejecutivos"*⁴⁵.

En consecuencia de los anterior, podemos definir la sanción administrativa como el acto administrativo dictado por la administración pública, previo el cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, que consiste en la imposición de una aflicción, mal o detrimento en la esfera jurídica del administrado, previamente determinado por la ley, por la comisión de una infracción administrativa, igualmente establecida en la ley. Esta sanción administrativa es la consecuencia jurídica negativa de carácter administrativo, que deriva de la verificación –mediante procedimiento– de una infracción, cometida por personas naturales o jurídicas, que contraviene disposiciones legales de naturaleza administrativa.

Las sanciones administrativas pueden manifestarse de diversas formas, de allí que la doctrina haya dispuesto distintos criterios de clasificación. Veamos algunos de ellos:

A. Según la norma infringida

Una clasificación es aquella que tiene como criterio clasificador la norma o disposición infringida por el administrado y por ello distingue entre las llamadas "sanciones penales-administrativas" o "administrativas en sentido estricto", las sanciones disciplinarias y las sanciones contractuales.

Así pues, las sanciones administrativas en sentido estricto son aquellas que se imponen como consecuencia de una violación a las disposiciones que tutelan el orden público general y abstracto⁴⁶. En este orden, las sanciones administrativas en sentido estricto son las que están dirigidas al control de orden social general y que por su mayor alcance en el orden administrativo en su régimen debe ser aplicable con mayor rigor las garantías constitucionales. Las sanciones administrativas en

⁴⁴ Véase sentencia del Tribunal Superior de España del 10-04-2008, cit. en Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio M. Bueno Armijo, *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 63.

⁴⁵ Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2º ed., Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, p. 172.

⁴⁶ Juan Carlos Sanguinetti, *Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas. Sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables*, en <https://bit.ly/3F73sC9>

sentido estricto pueden ser clasificadas a su vez en sanciones generales o especiales, dependiendo de si están dirigidas al control de orden social general o al control y efectividad de sectores de la acción administrativa tales como el urbanismo, sanidad, seguridad social, libre competencia, consumo, comercio, entre otros⁴⁷. Como señala CASSAGNE:

[...] las sanciones penales-administrativas se pueden clasificar conforme a la materia en que se imponen y así desde las sanciones de policía general y especial –incluidas las relativas a la policía que el Estado ejerce sobre los bienes del dominio público– hasta las sanciones de naturaleza tributaria⁴⁸.

En efecto, dentro de las sanciones penales-administrativas se incluyen especialmente aquellas dirigidas a perseguir y castigar las conductas antijurídicas relacionadas con la vulneración de bienes jurídicos vinculados a los tributos, en aras de proteger el orden económico⁴⁹.

Como ha señalado CARLOS WEFTE, *“el Derecho sancionador, sector del ordenamiento que orienta el ejercicio de la máxima coacción estatal a la protección de los valores fundamentales de la sociedad, encuentra justificación en la protección del orden económico”*, de forma que:

[...] la sanción es, así, reacción frente a la violación de la norma tributaria, que pone de manifiesto la preeminencia del valor protegido por la regla fiscal –el orden económico, y la solidaridad social instrumentalizada en la distribución equitativa de las cargas públicas de acuerdo con la ley–, sirve a su protección y exterioriza –por ello– el mandato estatal de obediencia a la norma. Esta respuesta, la pena, tiene siempre lugar a costa del responsable por haber infringido la norma, en este caso, tributaria⁵⁰.

De otra parte, las sanciones disciplinarias son las que la administración impone a los integrantes de sus cuadros funcionales cuando verifican un comportamiento que *“altere, o sea susceptible de alterar, el buen funcionamiento de sus servicios, y tienen origen en el poder de mando derivado de la existencia de la relación jerárquica”*.

Por último, las sanciones contractuales, como su nombre lo indica, son aquellas que puede aplicar la administración con ocasión del incumplimiento de las obligaciones asumidas en el marco de una relación

⁴⁷ José Peña Solís, ob. cit., p. 323.

⁴⁸ Véase Juan Carlos Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 12º ed., La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 250. Cit. en Juan Carlos Sanguinetti, ob. cit., p. 4.

⁴⁹ Carlos Wefte, “El poder sancionador tributario de los municipios venezolanos”, en AA.VV., *Temas sobre Tributación Municipal en Venezuela*, AVDT, Caracas, 2005, p. 466, en <https://bit.ly/3KBcqJ8>

⁵⁰ Carlos Wefte, “Panorámica general del sistema sancionador tributario aplicable al impuesto sobre la renta en Guatemala”, en *Ustitia Et Pulchritudo*, Vol. 2, N° 2, 2021, pp. 33-77, en <https://bit.ly/3OUJMFw>

contractual con la administración. Estas sanciones administrativas contractuales tienen origen en el respectivo acuerdo de voluntades⁵¹.

Recapitulando, las sanciones administrativas se pueden estructurar bajo distintas formas, dependiendo de la fuente de donde surjan sanciones derivadas de la policía administrativa cuya fuente es la ley y va dirigida al orden público en sus distintas manifestaciones y las sanciones que derivan de las actividades regulatorias; hay sanciones disciplinarias que tienen la fuente en la ley estatutaria; y sanciones provenientes de la infracción de incumplimiento de los contratos⁵².

B. Según la naturaleza del mal infligido al administrado

Otro criterio de clasificación de las sanciones administrativas depende de la forma en que la administración interviene en la esfera jurídica de los administrados en el momento de aplicar la sanción.

Aquí tenemos las sanciones administrativas de naturaleza económica que inciden directamente sobre los bienes e intereses económicos del administrado sancionado. Entre estas sanciones de naturaleza económica destacan las de finanzas dentro del derecho tributario, aduanero y fiscal, tales como el recargo, la multa, intereses punitivos, comiso, retención, caducidad, suspensión de las publicaciones, entre otros⁵³.

También hay sanciones prohibitivas o interdictivas, que pueden consistir en la inhabilitación para ejercer cargos públicos, la suspensión temporal de permisos y licencias, inhabilitación para solicitar autorizaciones para prestar determinados servicios públicos⁵⁴. Como puede observarse, este tipo de sanciones están dirigidas a coartar o limitar la actividad desplegada por la persona sujeta a la sanción. En efecto, este tipo de sanciones no pecuniarias tienen por finalidad impedir que la conducta infractora del administrado persista en perjuicio del interés general.

II. La potestad sancionatoria de la administración en Venezuela

1. Regulación constitucional y legal

La Constitución de 1999 reconoció que la potestad sancionatoria de la administración, al igual que la actividad jurisdiccional de los tribunales penales es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, y como tal

⁵¹ Juan Carlos Sanguinetti, ob. cit., p. 4.

⁵² Carlos Luis Carrillo Artilles, *Modalidades del poder sancionador estatal*, en <https://bit.ly/3P38hkC>

⁵³ Roberto Dromi, ob. cit., pp. 263-265.

⁵⁴ José Peña Solís, ob. cit., p. 323.

está sometida a los principios que rigen el debido proceso. De esta forma, la Constitución de 1999 extendió el ámbito de aplicación del principio de legalidad penal recogido en las constituciones anteriores a todas las actuaciones administrativas, consolidando de esta forma el principio de legalidad sancionatorio⁵⁵.

Esos principios quedaron recogidos en el artículo 49 de la Constitución, en igual sentido para los procesos judiciales como para los administrativos, e incluyen los principios de legalidad, tipicidad, la garantía del debido proceso y derecho a la defensa, proporcionalidad, irretroactividad de las leyes, presunción de inocencia, *non bis in ídem* y de prescripción. En efecto, dispone el artículo 49 de la Constitución que:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

⁵⁵ Id., p. 57.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

En efecto, desde la Constitución de 1811 hasta la de 1961 solo se había previsto el principio de legalidad penal, según el cual los ciudadanos no podían *“ser reconvenidos en juicio, acusados, presos ni detenidos sino en los casos, y en las formas determinadas por la Ley”* (art. 158 de la Constitución de 1811), mas no se había reconocido expresamente la potestad sancionatoria de la administración, como lo hizo la Constitución de 1999.

Sin embargo, pese a que la potestad sancionatoria de la administración no tuvo asidero constitucional en todo el siglo XIX y casi todo el siglo XX, la misma estuvo contemplada en variados instrumentos normativos dictados a partir de 1830, año en el que se creó por ley, el 14-10-1830, la Tesorería Nacional, que fue uno de los primeros órganos contralores de la nueva nación, cuyas funciones eran las de centralizar la contabilidad estatal y ejercer control fiscal previo de los gastos del Estado⁵⁶. Esta ley estableció una serie de normas que atribuyeron la potestad sancionatoria a órganos de la administración, así por ejemplo, el artículo 37 sobre los jefes políticos de los cantones, dispuso que *“Los jefes políticos podrán imponer y exigir coactivamente multas desde uno hasta veinticinco pesos y arrestos que pasen de tres días, a los que desobedezcan sus órdenes, precediendo la exposición breve del motivo”*⁵⁷. Asimismo, en su artículo 52 dicha ley estableció que:

[...] los alcaldes municipales deben promover el orden y tranquilidad, la decencia y moralidad pública cuidando de la observancia de la Constitución, de las leyes y de las órdenes superiores que les comunique el jefe político a quien están inmediatamente subordinados en estas materias.

Esta misma ley en su artículo 93 estableció una sanción que puede calificarse como administrativa sobre la privación del empleo o cargo. En este sentido, dispuso que:

La falta de cumplimiento de cualquier ley o decreto del Congreso, sea por lentitud, negligencia u omisión culpable, sea por pura malicia, será castigada en el funcionario público que la cometa, en el primer caso con la privación del empleo o cargo y resarcimiento de perjuicios; y en el segundo además de estas penas, con la inhabilitación perpetua para obtener otro

⁵⁶ Véase Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela, “80 años al servicio del Estado y del pueblo venezolano”, Publicado en *Correo del Orinoco*, 09-10-2018, en <https://bit.ly/3vBN0VT>

⁵⁷ Ley del 14-10-1830 sobre el régimen y organización política de las provincias, en Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela 1830-1840.

cargo público, a no ser que incurra en casos que por las leyes vigentes tengan señalada pena mayor.

Posteriormente, en mayo 1836, se sancionó la Ley de Elecciones⁵⁸, que estableció algunas sanciones de naturaleza administrativa como la inhabilitación; así, el artículo 63 dispuso que:

Los funcionarios públicos que omitan el cumplimiento de alguno o algunos de los deberes que en materia de elecciones les impone la Constitución o la presente ley, son culpables por mal desempeño de sus funciones, y serán juzgados y castigados con la deposición de sus destinos e inhabilitados para obtener otros de confianza u honor por cuatro años.

El artículo 69 *ejusdem* dispuso que:

Los notables, el juez de parroquia y conjuces que no desempeñen sus encargos o los que los desempeñen mal [...] serán multados por el concejo municipal del respectivo cantón, ante quien se justifique el hecho, con diez pesos cada uno por cada individuo que incluyan o admitan ilegalmente.

De manera que la mencionada ley estableció una infracción administrativa y su sanción respectiva, y, además, le atribuyó la potestad de sancionar al concejo municipal.

Otras leyes dictadas entre 1840 y 1850 también contenían sanciones de naturaleza administrativa, como la Ley del 31-03-1841 sobre las oficinas de correo⁵⁹, la cual en su capítulo "*De la responsabilidad y penas en que incurren los que contravienen a esta ley*", clasificó las faltas en graves, menos graves y leves, y estableció las sanciones pecuniarias correspondiente a las infracciones cometidas. Así, su artículo 37 dispuso que:

[...] las faltas se dividen en graves, menos graves y leves. Las faltas graves se castigarán con multas que no bajen de cincuenta pesos, o con prisión de quince a cuarenta y cinco días. Las faltas menos graves se castigarán con multas desde dos a veinte pesos o prisión desde uno a diez días. Las faltas leves se castigarán con la mitad de la pena señalada a las menos graves.

Asimismo, la Ley del 07-03-1849, que reformó el Código de Instrucción Pública sobre Catedráticos de las Universidades⁶⁰, estableció que por faltar a sus deberes los catedráticos debían ser sancionados con multa, suspensión o destitución (art. 1), además que los catedráticos por faltas leves serían amonestados por el rector, vicerrector o junta directiva (art. 7).

Más adelante, en la segunda década del siglo XX, se promulgó una serie de leyes, cuyas disposiciones profundizaron el contenido sancionatorio al que nos hemos referido. Entre estas leyes podemos mencionar,

⁵⁸ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela 1830-1840.

⁵⁹ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela 1841-1850.

⁶⁰ Id.

por ejemplo, la Ley de Ejercicio de la Farmacia de 1928⁶¹, la cual dispuso sanciones de naturaleza administrativa como la suspensión del ejercicio de la profesión a quienes incurriesen en las infracciones que identifica la ley (art. 18), multas y decomiso (art. 19). Además, estableció que cuando la infracción solo constituyera una falta, le corresponderá a la autoridad de sanidad imponer la sanción correspondiente (art. 17).

De la misma forma, la Ley de Estupefactivos de 1934 estableció sanciones como multas, arrestos, anulación de la matrícula, suspensión del ejercicio de la profesión y la clausura del establecimiento y además dispuso que los funcionarios competentes para imponer estas sanciones eran el ministro de salubridad y agricultura y el director de sanidad del Distrito Federal⁶².

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, las leyes sancionadas a partir de entonces continuaron atribuyendo el ejercicio de la potestad sancionatoria a determinados órganos de la administración pública. Así por ejemplo, la Ley Orgánica de Identificación de 1973⁶³, en el artículo 26, dispuso que los mayores de 18 años que incumplieran con la obligación de obtener su cédula de identidad y quienes incumplieran con la obligación de renovar su cédula de identidad serían sancionados con las multas que determinaba esta ley y dichas sanciones “*serán impuestas por las autoridades de identificación, quienes podrán abstenerse de aplicarlas cuando, a su juicio, existan motivos que justifiquen la falta de cumplimiento a las expresadas obligaciones*”.

Otras leyes establecían sanciones de naturaleza administrativa como el arresto, así como la conversión de multas en arrestos, como por ejemplo la Ley de Mercado de Capitales de 1975⁶⁴ que dispuso en su artículo 138 “*Cuando el sancionado no pague la multa, se la convertirá en arresto*”. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998⁶⁵, dispuso en su artículo 93 que “*los Jueces sancionarán [...] de ocho días de arresto, a quienes irrespetaren a los funcionarios o empleados judiciales; o a las partes que ante ellos actúen*”; el artículo 94 del mismo modo estableció que “*los tribunales podrán sancionar [...] con arresto hasta por ocho (8) días, a los abogados que intervienen en las causas de que aquéllos conocen*”.

Posteriormente se sancionó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981⁶⁶, que expresamente establece como distintas categorías de ilícitos los penales, civiles y administrativos, diferenciándolos

⁶¹ Gaceta Oficial N° 16.551 del 07-07-1928.

⁶² José Peña Solís, ob. cit., p. 46.

⁶³ Gaceta Oficial N° 29.998 del 04-01-1973.

⁶⁴ Gaceta Oficial N° 1.744 Extraordinario del 22-05-1975.

⁶⁵ Gaceta Oficial N° 5.262 Extraordinario del 11-09-1998.

⁶⁶ Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

entre sí. En efecto, el artículo 101 dispone que *“La sanción prevista en el artículo anterior se aplicará sin perjuicio de las acciones civiles, penales o administrativas a que haya lugar. Igualmente, quedan a salvo las demás sanciones previstas en la Ley de Carrera Administrativa”*.

2. Doctrina

En Venezuela, el tema de la potestad sancionatoria ha sido estudiado por una valiosa doctrina. Al igual que en el derecho comparado, en Venezuela la noción, esencia y límites de la potestad sancionatoria de la administración pública partieron de un extraordinario desarrollo doctrinario, que luego sería recogido por la jurisprudencia nacional y finalmente por la Constitución y la ley.

Téngase en cuenta, en primer lugar, a TULLIO CHIOSSONE quien, con una orientación dirigida al estudio de derecho penal, consideraba que la rama de derecho sancionatorio pertenecía al derecho penal y en este sentido llegó a afirmar que *“el Derecho Administrativo no es ‘sancionador’, pero dentro de su preceptiva crea tipos de naturaleza penal en algunos casos en que se transgreden los deberes jurídicos frente a la Administración”*⁶⁷.

La doctrina administrativista ha considerado lo contrario. CECILIA SOSA GÓMEZ señaló que los principios aplicables a la actividad represiva administrativa son de orden constitucional, no penal, por lo que debía abandonarse el criterio de la existencia de un “derecho penal administrativo”. Para SOSA GÓMEZ *“la Constitución de la República de Venezuela consagra un bloque normativo base del Poder Sancionador del Estado, en sus diversas manifestaciones, todo ello en consonancia con la doctrina dominante: como es la existencia del ius puniendi único del Estado”*. En este orden SOSA GÓMEZ señaló que el ejercicio de la potestad sancionatoria en el contexto constitucional:

[...] viene a limitar el ejercicio de los derechos individuales, a los que el Estado sobrepone un interés público y social. Por ello el objetivo fundamental de la actividad administrativa represiva, no es la sanción en sí misma, sino evitar que el daño se produzca⁶⁸.

De otra parte, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, sobre la potestad sancionatoria de la administración señaló que:

[...] el Derecho Sancionatorio es la rama del Derecho Administrativo que estudia el ejercicio del ius puniendi, ejercido por la Administración, ya que esta potestad punitiva del Estado se manifiesta en la represión de los delitos y de las penas que corresponde en el ámbito sustantivo al Derecho Penal y

⁶⁷ Tulio Chiossone, *Sanciones en Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1973, p. 60.

⁶⁸ Cecilia Sosa, “La naturaleza de la potestad administrativa sancionatoria”, *Las formas de la actividad administrativa*, Funeda, Caracas, 1996, pp. 245-246.

en el adjetivo al Enjuiciamiento Criminal y, en la infracción administrativa cuya aplicación corresponde a los órganos de la Administración, y en consecuencia, está sometida en su parte tanto sustantivo como procedimental al Derecho Administrativo, conformando una especialidad dentro del mismo denominado Derecho Sancionatorio o Derecho Represivo⁶⁹.

De esta forma, según HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, la potestad sancionatoria *"Está dirigida a penar la falta del administrado derivada del incumplimiento de una norma legal preexistente, cuya obediencia tutela la Administración"*⁷⁰. Es la facultad-deber de la administración de imponer sanciones administrativas, las cuales son a su vez definidas como *"un mal infligido a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal"*⁷¹.

BREWER-CARÍAS, ha definido la potestad sancionatoria como *"el poder de sancionar determinadas conductas que contraríen disposiciones de la ley"*, que puede establecerse *"tanto en relación a los funcionarios públicos como en relación a la actuación de los particulares"*. BREWER-CARÍAS considera que la potestad sancionadora de la administración está necesariamente sometida a las garantías del debido proceso, el cual, junto con el acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, es la más importante de las garantías constitucionales⁷².

Por su parte, JOSÉ PEÑA SOLÍS⁷³, la define como:

[...] la situación de poder originada en una norma expresa de la Constitución que faculta a la Administración Pública para infligir un mal a los ciudadanos, que en términos generales no se traduce en privación de la libertad, cuando éstos infrinjan una orden o prohibición definida en una norma legal, previa determinación de la culpabilidad del imputado, mediante el debido procedimiento administrativo.

Y además identificó como "ejes básicos" de la potestad sancionatoria en general, y en particular de la administrativa: *"a) las infracciones, que por supuesto están estrechamente vinculadas con el principio de tipificación y con la reserva legal; b) las sanciones administrativas, también vinculadas con las garantías de la tipificación y la reserva legal; y,*

⁶⁹ Hildegard Rondón De Sansó, "La potestad sancionatoria en el derecho venezolano", *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Caracas, 1996, p. 238.

⁷⁰ Hildegard Rondón de Sansó, *Teoría general de la actividad administrativa, organización/actos*, Ediciones Liber, Caracas, 2000, p. 45.

⁷¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, ob. cit., p. 163.

⁷² Véase Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, 5º ed., EJV, Caracas, 1999; y "La garantía del debido proceso respecto de las actuaciones administrativas, y su desconstitucionalización en Venezuela por el Juez contencioso administrativo. Análisis jurisprudencial" en *Revista de Derecho Público*, N° 141, EJV, Caracas, 2015, pp. 179-190.

⁷³ José Peña Solís, ob. cit.

c) *el debido procedimiento previo*". Todos esos ejes, de acuerdo con el autor, encuentran un sólido sustento normativo configurado en forma de garantías en el artículo 49 de la Constitución, y más específicamente en los numerales 1, 2, y 6 de dicho artículo.

DANIELA UROSA MAGGI también ha hecho importantes consideraciones sobre la potestad sancionatoria, a la que –como ya comentamos– diferencia de la potestad disciplinaria, en tanto que:

[...] el ejercicio de la potestad sancionatoria no se verifica en el seno de una relación específica frente a determinado particular, sino con ocasión de la sujeción existente entre la generalidad de los administrados y la Administración, surgida simplemente del poder de imperio de ésta frente a aquéllos, en aras del interés general⁷⁴.

En algunos de los estudios de VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE, dedicados a la potestad sancionatoria, resalta que los derechos humanos constituyen un límite a la actividad estatal de todo órgano o funcionario del Estado en situación de poder, y como consecuencia, explica que la potestad sancionatoria está condicionada a criterios procesales, y está sujeta, a su vez, al ejercicio del denominado control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en virtud de la consagración del derecho al debido proceso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8). Es por ello que todo ejercicio de dicha potestad que viole o menoscabe los derechos reconocidos por la referida Convención será ilícito⁷⁵.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE expresa que:

[...] cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, [...] éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al ordenamiento jurídico, sino que además implica la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención⁷⁶.

JOSÉ GREGORIO SILVA, de otra parte, también ha realizado un importante aporte en el estudio de todas y cada una de las garantías del debido proceso legal, y sostiene que cuando nos referimos al debido proceso consagrado en el artículo 49 constitucional:

[...] no se trata solo de la existencia del proceso en sí mismo como hecho objetivo, sino que debe tener cobertura en la ley, adecuado, que se trate de un proceso efectivamente garantista, y que no se trate solo de una mascarada, para dar apariencia de legalidad [...] No se trata meramente del cumplimiento de las formas que pudiese contener la norma que regula el

⁷⁴ Daniela Urosa Maggi, ob. cit., p. 200.

⁷⁵ Víctor Rafael Hernández-Mendible, "Los criterios procesales que condicionan la potestad administrativa sancionatoria", *Revista Derecho & Sociedad*, N° 54 (II), Caracas, 2020, pp. 1-3.

⁷⁶ Id., p. 3.

proceso, sino que exige igualmente el cumplimiento de elementos subjetivos como en el caso de la presunción de inocencia⁷⁷.

3. Jurisprudencia

En Venezuela a través de la jurisprudencia se ha explicado también este tema de la potestad sancionatoria de la administración. Tengamos presente por ejemplo que luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, cuando aún no se habían regulado constitucional ni legalmente los límites de la potestad sancionatoria, la Corte Suprema de Justicia estableció el criterio según el cual los órganos y entes de la administración pública, al momento de ejercer la potestad sancionatoria debían estar sujetos al principio de legalidad penal, dispuesto en los artículos 60.2 y 69 de la Constitución para el ejercicio de la jurisdicción penal, con el objeto de asegurar la tutela de las garantías de los ciudadanos frente al poder sancionatorio de la administración pública.

Entre esas decisiones, destaca en primer lugar la sentencia de fecha 05-06-1986 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas (caso Difiedemer, C.A. vs. Superintendencia de Protección al Consumidor), en la que se estableció que:

El principio constitucional de legalidad en materia sancionatoria (*nullum delictum, nulla poena sine lege*) expresado en el ordinal 2 del artículo 60 de la Constitución [...] no se limita, como bien advierte la recurrente, al campo penal, ya que su fundamentación y finalidad es la de proteger al ciudadano de posibles arbitrariedades y abusos de poder en la aplicación discrecional de penas y sanciones, sean de tipo penal o administrativo.

Así también, resalta la sentencia de fecha 09-08-1990, que decidió sobre la inconstitucionalidad de los artículos 75 y 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, y determinó que, dicho artículo 75, que establecía que *“toda infracción de la presente Ley no sancionada por ésta o por otras leyes, de su Reglamento o de sus Normas de operación, será castigada administrativamente con multa de [...] Bs. 500 [...] a [...] Bs. 30.000 [...], según la clase y gravedad de la infracción”*, era violatorio del principio de legalidad penal, dado que no especificaba el hecho infractor que daba lugar a la imposición de multa, haciendo énfasis en que la actuación de la administración pública debía acatar las garantías derivadas del principio de legalidad penal, especialmente las relativas a la tipicidad de la conducta infractora y la reserva legal, ello conforme a la condición de validez del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración.

⁷⁷ José Gregorio Silva, “El debido proceso en el Derecho sancionatorio”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7, 2016, p. 780.

Este mismo criterio fue ratificado por la Corte Suprema en la sentencia de fecha 23-02-1996, por medio de la cual resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra tres artículos de la Ley de Mercado de Capitales. Dicho fallo contuvo una motivación mucho más explícita sobre la obligación de la administración de respetar las garantías derivadas del principio legalidad penal. En este sentido, expresó que el enunciado del numeral 2 del artículo 60 de la Constitución, era consagratorio del "*principio de tipicidad de los delitos y de las penas*", de este modo, sostuvo que la legalidad de la acción exigida por esa norma, no solo se refería a las sanciones privativas de la libertad, sino a cualquiera que recayera como sanción a un sujeto del ordenamiento jurídico. Fue así como la sentencia declaró que, el principio de tipicidad de los delitos y las penas forma parte de los principios absolutos de la tutela de los derechos humanos, tratándose ambas sentencias de una interpretación dirigida a tutelar derechos fundamentales de los ciudadanos.

Una muy importante decisión fue la del 13-08-1996, por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia en Pleno, resolvió el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido conjuntamente con la acción de amparo constitucional contra la última parte del ordinal 15 del artículo 133 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por la violación de la garantía de legalidad de las infracciones y penas contempladas en el artículo 60, numeral 2 y 69 de la Constitución. Esa norma establecía que:

Son hechos generadores de responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar, además de lo previsto en el título IV de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, los que se mencionan a continuación: [...] 15) El incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes o en la normativa de que se trate.

La Corte Suprema de Justicia señaló en esta oportunidad que se trataba de una norma sancionatoria inconstitucional por violación del principio de tipicidad, ya que la misma era una disposición sancionatoria genérica⁷⁸.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, corresponde mencionar también la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 22-08-1996, sobre la acción de amparo constitucional ejercida por los miembros de la Junta de Emergencia Financiera y otros directivos del Fondo de Garantía de Depósito y Protección Bancaria (FODAGE), contra la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de Control de la Administración Central y Descentralizada de la Contraloría General de la República sobre la imposición de sanción

⁷⁸ Cit. en Hildegard Rondón De Sansó, La potestad sancionatoria en el derecho venezolano, ob. cit., p. 240.

administrativa. A algunos de estos solicitantes les dictaron auto de responsabilidad administrativa por retraso en la medida de intervención respecto al Banco Progreso prevista en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras⁷⁹.

Los solicitantes señalaron que a la Junta de Emergencia Financiera es a la que le correspondía determinar, dentro de sus funciones, cuáles eran las medidas necesarias para solventar la emergencia financiera y que la Contraloría no podía entrar a conocer sobre el mérito de las decisiones tomadas por los mismos. Asimismo, sostuvieron los solicitantes que las medidas tomadas por la Contraloría además de incurrir en el vicio de usurpación de funciones, violaron el derecho a la defensa y presunción de inocencia consagrados en la Constitución de 1961 (art. 68), la Convención de Derechos Humanos (art. 11) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, numeral 2)⁸⁰.

La Corte Suprema de Justicia declaró con lugar la acción de amparo y sin efecto las medidas impuestas por la Contraloría, estimando que la presunción de inocencia en los procedimientos administrativos tiene rango constitucional, que este derecho fundamental es aplicable al procedimiento de las sanciones administrativas y que prescindir del mismo es violatorio del principio *in dubio pro reo*⁸¹.

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la jurisprudencia, concretamente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 307 del 06-03-2001, ha señalado que la potestad sancionatoria es:

[...] el objeto de estudio y aplicación del Derecho Administrativo Sancionador, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad pública. Esto es así, debido a la necesidad de la Administración de contar con mecanismos coercitivos para cumplir sus fines, ya que de lo contrario la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el *ius puniendi* del Estado frente a la inobservancia de los particulares en el cumplimiento de las obligaciones que les han sido impuestas por ley, de contribuir a las cargas públicas y las necesidades de la colectividad.

En efecto, la Constitución expresamente establece que el debido proceso se aplica a todas y cada una de las actuaciones judiciales o administrativas, por lo que no se permite ninguna interpretación contraria que evada su aplicación⁸².

⁷⁹ Id., p. 241.

⁸⁰ Id.

⁸¹ Id.

⁸² Id., pp. 784-785.

III. Principios que informan la potestad sancionatoria

La administración pública goza de la potestad sancionatoria para castigar las conductas infractoras de los administrados, sin embargo, tal potestad no es ilimitada, por el contrario, la administración pública se encuentra sometida a determinados límites que debe observar para que sus actos sean válidos y produzca plenos efectos jurídicos⁸³. En este sentido, la actuación de la administración pública en ejercicio de la potestad sancionatoria se rige por determinados principios, los cuales necesariamente deben seguirse en el momento de imposición de las respectivas sanciones, debido que, por medio de esta potestad, la administración interviene en la esfera jurídica de los particulares⁸⁴.

Afirma, CARLOS REVERÓN BOULTON que “*estos principios son verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos, ya que están destinados a evitar que la Administración actúe de manera arbitraria o ilegítima*”⁸⁵.

Estos son los principios de legalidad, tipicidad, del debido proceso, presunción de inocencia, culpabilidad, irretroactividad de las leyes, cosa juzgada, prescripción y proporcionalidad.

1. Principio de legalidad

El principio de legalidad en el ámbito punitivo, bien sea penal o administrativo, está consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución, y se corresponde con el principio de *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*, según el cual “*Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes*”.

Esta regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que se extiende al ámbito del derecho administrativo sancionador, comprende una doble garantía:

La primera, de alcance material y absoluto, se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y la eventual sanción; la otra, de alcance formal, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones⁸⁶.

⁸³ Jesús David Rojas Hernández, ob. cit., p. 17.

⁸⁴ Carlos Reverón Boulton, “Principios del derecho sancionador”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 4, Caracas, 2014.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 177.

Lo anterior, toda vez que cuando la Constitución se refiere a leyes preexistentes, dicho término alude a una reserva de ley en materia sancionatoria.

En los mismos términos ha señalado el Tribunal Constitucional español, que el principio de legalidad (dispuesto en la Constitución de España en el artículo 25.1) supone una doble garantía, formal y material. De una parte, la garantía formal, *“o reserva de la ley en sentido estricto, exige que sea una norma legal, una ley, la que introduzca y regule las infracciones y sanciones administrativas”*, de forma que no puede haber en esta materia reglamentos u otras normas de carácter sublegal independientes de la ley; y de otra parte, la garantía material, supone la exigencia de predeterminación normativa y que se concreta en la exigencia de que la norma que establezca infracciones y sanciones sea previa a la comisión de los hechos, y estricta en la definición de sus elementos⁸⁷.

Esta reserva de ley en materia sancionatoria viene justificada en que, de conformidad con los postulados democráticos clásicos, el órgano legislativo representa a los titulares de la soberanía, esto es, al conjunto de ciudadanos, por lo que solo las disposiciones dictadas por dicho órgano parlamentario pueden legítimamente limitar la libertad y la propiedad de aquellos. En efecto:

Aquí se encuentra la justificación de que las normas sancionadoras deban tener rango de ley, tanto en lo relativo a las infracciones, en la medida en que tienen el efecto de reprimir determinadas conductas (lo que supone una limitación a la libertad), como a las sanciones, que necesariamente habrán de consistir en un ataque bien a la propiedad (paradigmáticamente, las sanciones pecuniarias o de multa) bien a la libertad (sanciones de pérdida de la capacidad para realizar determinadas actividades, por ejemplo)⁸⁸.

Así pues, el principio de legalidad sancionatoria puede tener distintas expresiones, la primera es la atribución expresa de la potestad que sea entregada a un ejercitante del poder sancionador por ley expresa y no por potestades implícitas; la segunda, es la pre configuración nítida en la norma de la infracción como conducta proscrita típica, es decir, la tipicidad tiene que estar en una ley; la tercera expresión, es el establecimiento de la sanción a infligir como una respuesta retributivista solo por ley; y la última expresión, es la consagración nítida del procedimiento como vehículo adjetivo de formas para la administración pública y de garantías y de ejercicio del derecho a la defensa para el particular.

⁸⁷ Véase sentencia del Tribunal Constitucional del 26-02-2004, N° RTC 2004, 25, comentada en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, ob. cit., p. 103.

⁸⁸ Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio M. Bueno Armijo, *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., p. 115.

A pesar de lo anterior, en el ordenamiento jurídico venezolano podemos encontrar algunos casos de deslegalización de la potestad sancionatoria de la administración.

En efecto, la legislación administrativa en materia sancionatoria se caracteriza en la actualidad por contener normas que remiten la determinación de infracciones o la imposición de sanciones a normas de rango sublegal en violación del principio de legalidad. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en el artículo 91.29 establece de forma abstracta e inexacta la responsabilidad administrativa por *“Cualquier otro acto, hecho u omisión contraria a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno”*.

Otro caso de deslegalización de este importante principio que debe orientar la actividad sancionatoria de la administración se encuentra en el artículo 202 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, que establece que las instituciones del sector bancario serán sancionadas con multa entre el 0,2% y el 2% de su capital social cuando incurran en las irregularidades establecidas en la ley, pero además, en las irregularidades que determine la normativa prudencial que dicte la Superintendencia de Bancos y en las regulaciones dictadas por el Banco Central de Venezuela, de forma que remite sin límite alguno a normas de rango sublegal para la disposición de sanciones, violando el principio de legalidad antes comentado.

De igual forma, configura una violación del principio de legalidad al remitir la determinación de sanciones a actos sublegales distintos a la ley, como lo serían las resoluciones del directorio del Banco Central de Venezuela, tal como ocurre con el artículo 136 de la Ley del Banco Central de Venezuela que dispone que:

El incumplimiento de las normas prudenciales generales o sobre moneda extranjera que dicte el Banco Central de Venezuela para garantizar lo establecido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, estará sujeto a las sanciones que previamente establezca su Directorio, las cuales no podrán ser superiores al monto del valor correspondiente a cada operación.

De otra parte, en Venezuela la potestad sancionatoria de la administración pública pasó de ser regulada mediante leyes dictadas por el poder legislativo nacional, órgano colegiado legitimado por la voluntad del pueblo para determinar las conductas como infracciones y disponer sus correspondientes sanciones; a ser regulada unilateralmente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros a través de decretos leyes; e incluso a ser impuesta a través de actos normativos de rango sublegal, o más grave aún, por vías de hecho normativas, como las

llamadas leyes constitucionales, dictadas por la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente convocada unilateral e inconstitucionalmente por el Presidente de la República en el año 2017.

Así pues, uno de los temas que queremos resaltar es la tendencia innegable de crear sanciones mediante decretos leyes, lo que sin duda pone en riesgo las garantías de los administrados frente a la potestad sancionatoria de la administración. En efecto, estos decretos leyes, que, como sabemos, cuentan con menos controles para su promulgación, carecen de debate parlamentario que asegure la participación democrática y plural en defensa de sus derechos e intereses y el respeto a las minorías, y que además carecen de un procedimiento de deliberación que determine su necesidad, conveniencia y aplicabilidad; son más propensos de exceder las garantías dispuestas en el resto del ordenamiento jurídico para la protección de los derechos e intereses de los particulares.

Sin embargo, y, aun así, muchos de esos decretos leyes contienen normas que regulan la potestad sancionatoria de la administración, y establecen infracciones y procedimientos para la determinación de responsabilidad administrativa, como por ejemplo: el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos; Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario; Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora; Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores; Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Turismo; Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción y Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio.

Además de estar regulada mediante decretos ley, hemos dicho que la actividad sancionatoria de la administración en Venezuela se ha caracterizado por estar regulada a partir de actos normativos de rango sublegal, en flagrante violación del principio de legalidad. Recordemos que *“En un Estado de Derecho la potestad sancionatoria de la Administración Pública solamente puede derivar del contenido, de las leyes, ya que estas precisan con claridad cuáles son las facultades de cada uno de los órganos del Estado”*⁸⁹.

Sin embargo, son varios los ejemplos de este fenómeno de deslegalización de la potestad sancionatoria que podemos encontrar en el ordenamiento jurídico nacional. Así pues, véase el reciente decreto de reconversión monetaria dictado en agosto de 2021, con el objeto de

⁸⁹ Miguel Galindo Camacho, *Derecho Administrativo*, t. II. Editorial Porrúa, S.A., México, 1996, p. 264.

decretar la nueva expresión monetaria que será aplicada en todo el territorio nacional a partir del 01-10-2021.

Ese decreto de reconversión monetaria es inconstitucional, en primer lugar, porque fue dictado en usurpación de las facultades legislativas de la Asamblea Nacional en la regulación de materias del poder público nacional como lo es sistema monetario, dispuesta en los artículos 156, numerales 11 y 32, y 187, numeral 1 de la Constitución de la República; de forma que además viola la reserva legal.

Pero también es inconstitucional por cuanto el presidente carece de toda competencia constitucional o legal para dictarlo. En efecto, nótese que el decreto pretende fundamentarse en artículos de la Constitución (226 y 236, numerales 2 y 24) que no guardan ninguna relación con la reforma del sistema monetario nacional, sino que se refieren de forma general a las potestades de gobierno que tiene el Presidente de la República, y de todas aquellas potestades que otorga la Constitución y la ley, que por supuesto, no abarcan potestades legislativas⁹⁰.

Ahora bien, del texto del decreto se desprende también que se trata de un decreto dictado en ejecución directa e inmediata de la ley, es decir, de un acto de rango sublegal, porque además pretende fundamentarse en el artículo 46 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

Este Decreto de reconversión es un ejemplo de deslegalización de la potestad sancionatoria, en tanto que dispone en el artículo 10 que quien se niegue a realizar la nueva expresión monetaria o incumpla cualesquiera de las obligaciones establecidas en el mismo, afectando de esa manera el normal funcionamiento del sistema nacional de pagos, será sancionado administrativamente por el Banco Central de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela.

Finalmente, otra violación al principio de legalidad en la potestad sancionatoria de la administración es la que ocurre con la creación de sanciones a través de vías de hecho normativas, como lo son las leyes constitucionales dictadas por la írrita Asamblea Nacional Constituyente como órgano inconstitucionalmente convocado mediante decreto presidencial en el año 2017.

⁹⁰ **“Artículo 226.** El Presidente o Presidenta de la República es el Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno” y **“Artículo 236.** Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: [...] 2. Dirigir la acción del Gobierno. [...] 24. Las demás que le señale esta Constitución y la ley”.

Así por ejemplo veamos la inconstitucional por muchas razones “Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia”, que además de ser inconstitucional por su origen, por cuanto deriva de un órgano inconstitucional carente de potestades legislativas, también es inconstitucional por su contenido, desde que dispone dentro de su articulado una serie de penas y sanciones, en violación del artículo 49.6 de la Constitución que dispone que solo mediante ley podrán ser previstos los delitos, faltas o infracciones.

Así pues, la Ley Constitucional contra el Odio establece la “Sanción por la difusión de mensajes a favor del odio y la guerra” (art. 22), sanción por la “Negativa de cesión de espacios para la promoción de la paz” (art. 23), sanción por la abstención, omisión o retardo de cualquier funcionario policial o militar en el ejercicio de sus funciones para evitar la consumación de cualquiera de los hechos punibles establecidos en la Ley o para detener a la persona respectivamente responsable (art. 24.1); y sanción por la abstención, omisión o retardo de todo personal de salud que en ejercicio de sus funciones, para atender a una persona por razones de odio, discriminación, desprecio o intolerancia (art. 24.1).

Otro ejemplo, es el “Decreto Constituyente de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas”, el cual modificó una serie de artículos que establecen sanciones que van desde multas desproporcionadas hasta la suspensión de autorizaciones.

Por último podemos mencionar el caso de la “Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva”, la cual establece en su artículo 43 la sanción de multa del 2% de la inversión total realizada a los sujetos de aplicación de esta Ley, ponderando la gravedad del perjuicio cometido y la cuantía de la inversión bajo los supuestos de omisión o incumplimiento de los deberes que establece la Ley para las inversiones extranjera. Esta sanción está sujeta a un incremento del 1% de la multa correspondiente en el caso de que haya concurrencia en el incumplimiento de dos o más deberes por parte de los inversores extranjeros. Además, establece que en caso de reincidencia en alguno de los supuestos traerá como consecuencia la aplicación de una nueva multa incrementando 3 puntos porcentuales respecto a la multa inicial.

2. Principio de tipicidad

El principio de tipicidad ha sido definido por la doctrina como *“la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa”*⁹¹, y más concretamente como aquel que *“comporta un mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la*

⁹¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p. 177; AA.VV., Manual de Derecho Administrativo Sancionador, ob. cit., p. 139.

*exigencia de predeterminación normativa de las conductas reprochables y de sus correspondientes sanciones (lex certa)*⁹².

El principio de tipicidad se fundamenta a su vez en dos principios fundamentales: el de libertad, por cuanto el ciudadano puede realizar todas aquellas conductas que las leyes no hayan delimitado, de forma exacta y clara, como sujetas a sanciones; y el de seguridad jurídica, desde que la descripción de las conductas sancionables busca permitir a los ciudadanos predecir *“con suficiente grado de certeza, las consecuencias de sus actos”*⁹³.

En efecto, *“la suficiencia de la tipificación es una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, no en la certeza absoluta, pero sí en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta”*. En este sentido, la tipificación es suficiente *“cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”*⁹⁴.

El principio de tipicidad está consagrado en el artículo 49 numeral 6 de la Constitución, el cual que exige la predeterminación normativa de las conductas infractoras o ilícitas⁹⁵.

Son contrarias a este principio de tipicidad las disposiciones sancionatorias vagas, abstractas, genéricas e indeterminadas, así como *“cláusulas de remisión en blanco”*⁹⁶. En efecto, el principio de tipicidad exige una predeterminación verdadera de las conductas sancionadas, de modo que son inadmisibles las cláusulas generales del tipo de *“el incumplimiento de lo dispuesto en la presente ley/decreto será sancionado”*⁹⁷.

Observamos que en nuestra legislación son –lamentablemente– comunes normas como el artículo 164.7 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que establecen, de la forma más abstracta e indeterminada, cláusulas residuales por las cuales se sancionaría cualquier incumplimiento en materia de licencias y concesiones no contempladas especialmente como infracción; generalidad esta que implica una violación del principio de tipicidad de las conductas sancionables y el principio de

⁹² AA.VV., Manual de Derecho Administrativo Sancionador, ob. cit., p. 139.

⁹³ Id., pp. 139-140.

⁹⁴ Luis Martínez Hernández, *La potestad sancionadora del Banco Central de Venezuela*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2006, p. 42.

⁹⁵ Daniel Rosales Cohen, *Aproximaciones del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Penal en Venezuela*, en <https://bit.ly/3LEinpU>, pp. 6 y ss.

⁹⁶ Id.

⁹⁷ AA.VV., Manual de Derecho Administrativo Sancionador, ob. cit., p. 142.

legalidad que exige la específica previsión del supuesto de hecho considerado como ilícito⁹⁸. A modo de ejemplo, el artículo 164.7 establece que:

[...] será sancionado con multa de hasta treinta mil Unidades Tributarias (30.000 U.T.), de conformidad con lo que prevea el Reglamento de esta Ley:
[...] 7. Incumplir las condiciones generales establecidas en esta Ley, relativas a las habilitaciones administrativas o concesiones, no sancionadas por una disposición especial contenida en el presente Título.

Las sanciones dispuestas por ejemplo en la ya mencionada Ley Constitucional contra el Odio, además de ser violatoria del principio de legalidad sancionatoria, incurren en la violación del principio de tipicidad en tanto que están vinculadas a términos abstractos e inexactos como “el odio”, cuya interpretación dependerá, a su total discreción y conveniencia, de la autoridad administrativa o judicial a que corresponda imponer la sanción, como se desprende de los artículos 11, 13 y 14 de dicha Ley Constitucional.

Lo anterior supone los denominados “tipos penales en blanco”, pues son normas punitivas que establecen sanciones, pero que no delimitan con precisión el supuesto de hecho, es decir, la conducta sancionada, y, por ende, atribuyen un arbitrio absoluto a las autoridades administrativas en tanto que será infracción, no lo que determine la ley (la voluntad del pueblo soberano), sino quien ejerza funciones en la administración.

Igualmente, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio viola el principio de legalidad y tipicidad sancionatoria desde que dispone en su artículo 54 que toda infracción a la Ley y a sus reglamentos “*no castigada expresamente, será sancionada con multa entre el uno por ciento (1%) y el veinte por ciento (20%) del valor del patrimonio del infractor, según la gravedad de la falta, y a juicio de la Superintendencia Antimonopolio*”.

Otro ejemplo que podemos citar es el Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario, cuyo artículo 91 dispone que:

Cuando las multas establecidas en este Código estén expresadas en el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, publicado por el Banco Central de Venezuela, se utilizará el valor del tipo de cambio que estuviere vigente para el momento del pago.

Esta disposición, como lo explica el profesor CARLOS WEFTE, constituye una norma penal en blanco desde que delega a un acto administrativo futuro la determinación del valor o monto de la sanción aplicable.

⁹⁸ Rafael Badell Madrid, José Ignacio Hernández, *Régimen jurídico de las telecomunicaciones en Venezuela*, Caracas, 2002, p. 413.

Pero además esta norma es inconstitucional por cuanto no tiene la capacidad de advertir al administrado cuál es la consecuencia cierta del ilícito, sino que deja su determinación para el mismo momento del pago de la multa, lo cual es una violación al principio de *lex previa, lex certa*⁹⁹.

Recordemos entonces que el principio de tipicidad de la sanción exige que tanto la definición de las conductas prohibidas por la legislación, como las sanciones que para ella disponga la ley, deben estar expresamente determinadas con el fin de que los sujetos puedan conocer a qué atenerse en el desenvolvimiento de sus actuaciones, y de esta forma garantizar la certeza jurídica de la consecuencia de las mismas.

3. Principio del debido proceso

El derecho al debido proceso se consagra en el ya citado artículo 49 de la Constitución y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como un derecho fundamental, tendente a resguardar todas las garantías indispensables que deben existir en todo proceso para lograr una tutela efectiva.

Sobre el derecho al debido proceso la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado mediante decisión del 01-07-2011, Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, que:

[...] el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. [...] En consecuencia, resulta exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, que adopten dichas decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Al respecto, el artículo 8 de la Convención Americana reconoce los lineamientos mínimos del debido proceso legal, el cual está compuesto por un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Cabe recordar que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.

El debido proceso, referido al conjunto de requisitos que rigen las instancias procesales a efectos de brindarle a las personas una defensa adecuada de sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos, está establecido en el artículo 8 de la Convención Americana

⁹⁹ Carlos Weffe, “Problemas selectos de derecho sancionador tributario venezolano”, en <https://bit.ly/39ytTFa>

sobre Derechos Humanos¹⁰⁰, tal derecho conforma un bloque de garantías procesales que gozan de pleno reconocimiento convencional que sujeta el ejercicio del *ius puniendi* del Estado¹⁰¹.

En efecto, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no solo se refiere a la aplicación del derecho al debido proceso como garantía frente el ejercicio del poder por los jueces y tribunales judiciales, sino que es de aplicación también para los distintos procedimientos de los órganos estatales en la toma de decisiones sobre los derechos de las personas. En razón de ello, se extiende tal garantía al ejercicio de poder de todas las autoridades públicas sea administrativas, legislativas o judiciales, las cuales tienen la obligación de adoptar sus medidas a las garantías del debido proceso en los términos del aludido artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰².

De otra parte, la Sala Constitucional, mediante decisión del 12-03-2000, (caso: Enrique Méndez Labrador), señaló la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de las partes y la posibilidad de una tutela judicial efectiva.

Como expresa BREWER-CARÍAS, el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución es la más importante de las garantías constitucionales que las personas tienen frente a las actuaciones del Estado. Toda actuación de las autoridades debe desarrollarse en el curso de un debido proceso legal de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y las leyes¹⁰³. Solo a través de un debido proceso puede garantizarse el derecho, en igualdad de condiciones, a la defensa.

En el tema que nos ocupa debemos resaltar como lo hace JOSÉ GREGORIO SILVA que la imposición de cualquier tipo de sanción por parte de cualquier órgano del poder público es producto de la aplicación de un procedimiento administrativo previo, donde el administrado tendrá la posibilidad de asegurar su intervención en defensa de sus derechos individuales, sin embargo:

[...] no basta el procedimiento y la defensa, sino que esta –defensa– debe ser debidamente valorada, resulta especialmente importante, pues se ha convertido en lugar común, el hecho que el administrado explane su defensa en sede administrativa, e incluso promueva elementos probatorios, a lo cual la Administración ignora –accidental, o generalmente intencional–, y en tal

¹⁰⁰ Aprobada por Venezuela mediante la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, publicada en la Gaceta Oficial N° 31.256 del 14-06-1977.

¹⁰¹ Víctor Hernández-Mendible, ob. cit.

¹⁰² Id.

¹⁰³ Allan R. Brewer-Carías, La garantía..., ob. cit., pp. 179-190.

sentido, la defensa en sede administrativa, se convierte verdaderamente en un inútil formalismo¹⁰⁴.

Se trata entonces de procedimientos propiamente referidos a la imposición de cargos o sanciones que requieran de una verdadera defensa por parte del particular, y todas las garantías del debido proceso al que alude el artículo 49. Así, pues, el debido proceso se centra en los procedimientos que devienen de la potestad del Estado.

A. Garantía procedimental

El derecho al debido proceso se expresa como un derecho complejo que involucra entre otras manifestaciones, la existencia de un procedimiento (garantía procedimental), integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica, en el que se garantice el derecho a la defensa, que incluye entre otros derechos: el derecho a ser oído; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa a los efectos de que le sea posible al particular, presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento, más aún si se trata de un procedimiento que ha sido iniciado de oficio; el derecho a tener acceso al expediente, justamente con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento, las actas que lo componen, de tal manera que con ello pueda el particular obtener un real seguimiento de lo que acontece en su expediente administrativo.

Ahora bien, la garantía procedimental o principio de garantía del procedimiento implica que el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración debe someterse al procedimiento legalmente establecido para ello, es decir, que la administración pública solo puede ejercer su potestad sancionatoria legalmente atribuida a través de un "*cauce que garantice una resolución basada en hechos comprobados y la plena defensa del presunto infractor*", de modo que se garantice que no pueda existir la imposición de una sanción sin procedimiento¹⁰⁵.

La garantía procedimental busca, de una parte, que se garantice al presunto infractor el pleno ejercicio de su derecho a la defensa; y por la otra, garantiza que el órgano administrativo sancionador disponga de todos los elementos de juicio necesarios para dictar su decisión¹⁰⁶.

En efecto, resaltamos que el procedimiento administrativo sancionador, es –debe ser– una manifestación de la doble función de garantía que tienen todos los procedimientos administrativos, "*que buscan el acierto en la aplicación de la ley al caso concreto y la tutela del ciudadano, de forma que se asegure la legalidad subjetiva*". En definitiva,

¹⁰⁴ José Gregorio Silva, ob. cit., pp. 780-781.

¹⁰⁵ AA.VV. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, ob. cit., p. 365.

¹⁰⁶ Id.

señalan MANUEL GÓMEZ TOMILLO e ÍÑIGO SANZ RUBIALES que *“el procedimiento administrativo sancionador se caracteriza por la búsqueda del equilibrio entre la protección de los intereses públicos (que lleva a sancionar determinadas conductas infractoras del ordenamiento jurídico) y la garantía de los derechos del inculpado”*¹⁰⁷.

De esta forma se ha sostenido doctrinariamente que la defensa tiene lugar cuando en el procedimiento administrativo, el administrado tiene la posibilidad de presentar pruebas, las cuales permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la administración y finalmente, con una gran connotación, el derecho que tiene toda persona a ser informado de los recursos y medios de defensa, a objeto de ejercer esta última frente a los actos dictados por la administración.

Otra garantía básica del procedimiento radica en la exigencia de que el órgano instructor del procedimiento administrativo de determinación de la responsabilidad administrativa sea distinto al que decida la imposición o no de la sanción administrativa de que se trate. Se trata de la separación orgánica entre la fase instructora y la sancionadora, con el objeto de garantizar que la administración no se vuelva “juez y parte”, considerando que en este tipo de procedimientos administrativos el instructor es también acusador, y además, el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente¹⁰⁸. Téngase en cuenta por ejemplo cómo la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario disponía el funcionamiento de una “Sala de Sustanciación”, la cual tenía la competencia de instruir y sustanciar los procedimientos de investigación para determinar la comisión de infracciones administrativas establecidas en esa Ley, en otras leyes que establezcan derechos para los consumidores y usuarios y en sus disposiciones reglamentarias, aplicando el procedimiento administrativo especial que establecía dicha ley de protección al consumidor; a la vez que determinaba que era al Presidente del Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (IN-DECU), a quien correspondía la decisión de imponer o no la respectiva sanción. Disposición esta que no se mantuvo en el Decreto Ley de Precios Justos que la derogó.

Ahora bien, veamos algunos casos de violación de la garantía procedimental en la legislación vigente:

a. Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos

El primer ejemplo es el Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos dictado por primera vez en el año 2011 –y posteriormente reformado en

¹⁰⁷ Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2° ed., Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 698.

¹⁰⁸ Id., p. 386.

los años 2014 y 2015– por el Presidente de la República con el objeto de establecer:

[...] las regulaciones, así como los mecanismos de administración y control, necesarios para mantener la estabilidad de precios y propiciar el acceso a los bienes y servicios a toda la población en igualdad de condiciones, en el marco de un modelo económico y social que privilegie los intereses de la población y no del capital (srt. 1).

Este Decreto Ley, comentado por JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI en un artículo publicado en la Revista de Derecho Público del año 2015¹⁰⁹, consagra una serie de infracciones y su respectiva sanción administrativa, cuya imposición corresponde a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) a través de un procedimiento administrativo previo de determinación la correspondiente responsabilidad.

Así pues, el referido Decreto Ley regula en los artículos 46 y 47 las infracciones administrativas relativas al incumplimiento de las formalidades establecidas en la ley, así como las “*infracciones por vulneración de derechos individuales*”; y en el artículo 38 establece cuáles son las sanciones administrativas aplicables, entre las cuales señala: (i) Multa, (ii) Cierre temporal de almacenes, depósitos o establecimientos dedicados al comercio, conservación, almacenamiento, producción o procesamiento de bienes, (iii) Suspensión temporal en el Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades Económicas, (iv) Ocupación temporal con intervención de almacenes, depósitos, industrias, comercios, transporte de bienes, por un lapso de hasta (180 días, prorrogables por una sola vez, (v) Clausura de almacenes, depósitos y establecimientos dedicados al comercio, conservación, almacenamiento, producción o procesamiento de bienes, (vi) Comiso de los bienes objeto de la infracción o de los medios con los cuales se cometió, y (vii) Revocatoria de concesiones, licencias, permisos o autorizaciones emitidas por órganos o entes del Poder Público Nacional.

Ahora bien, el Decreto Ley de Precios Justos contiene regulaciones que exceden los principios que rigen la potestad sancionatoria.

Así por ejemplo, el mencionado artículo 46, prescinde del procedimiento para la imposición de las sanciones por el incumplimiento de las formalidades dispuestas en dicho Decreto Ley, previendo únicamente que:

Verificada la existencia de infracciones por incumplimiento de formalidades se procederá a la imposición de la sanción correspondiente en el mismo

¹⁰⁹ Juan Domingo Alfonso Paradisi, “Comentarios en cuanto al decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica de precios justos publicado en la Gaceta Oficial N° 40.787 de fecha 12-11-2015”, *Revista de Derecho Público*, N° 143/144, 2015, p. 236.

acto, emitiendo la correspondiente planilla de liquidación cuando la sanción consista en multa, a fin de que la infractora o el infractor proceda a pagar dentro de los tres días (03) continuos, contados a partir de la fecha de la imposición de la misma.

Solo en caso de incumplimiento del pago, dispone el Decreto Ley de Precios Justos, se seguirán los trámites del procedimiento administrativo previsto en dicha ley.

De otra parte, el artículo 69 del Decreto Ley Orgánica de Precios Justos faculta a los funcionarios de la (SUNDDE para que, durante el procedimiento de inspección o fiscalización, puedan imponer inmediatamente, sin necesidad de procedimiento administrativo sancionatorio alguno, sanciones por el incumplimiento de formalidades que verifiquen en el mismo acto de inspección o fiscalización¹¹⁰.

Estas disposiciones son violatorias del principio del debido proceso, y consecuentemente, del derecho a la defensa, consagrado en el artículo 49 de la Constitución.

En efecto, hemos señalado que conforme al artículo 49 de la Constitución, el debido proceso no sólo debe guiar la actuación de los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional, sino todas las actividades administrativas desarrolladas por todos los órganos de la administración pública, incluyendo, claro está, la actividad sancionatoria, por lo que no puede ninguna ley, tampoco un decreto ley, omitir la exigencia de un cauce procedimental, mucho menos, cuando del ejercicio de una potestad sancionatoria se trate.

b. Ley de Aeronáutica Civil

El artículo 119 de la Ley de Aeronáutica Civil establece, sin ningún tipo de procedimiento previo, la imposición de sanciones por la autoridad aeronáutica. En efecto, el prenombrado artículo dispone que *“El acto de imposición de la sanción deberá contener la citación del presunto infractor para que comparezca al tercer día hábil siguiente ante la Autoridad Aeronáutica que la practicó”*, a los efectos de presentar su descargo en forma oral o escrita, o admitir la infracción imputada.

¹¹⁰ En efecto, dispone el artículo 69 que *“si de los hechos y circunstancias objeto de inspección o fiscalización, la funcionaria o el funcionario actuante verifica la existencia de una o más de las infracciones por el incumplimiento de formalidades a que se refiere el artículo 46 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, procederá a imponer las sanciones correspondientes y notificarlas en el mismo acto. Si la sanción consistiere en multa, la notificación se perfeccionará una vez entregada al infractor la respectiva planilla de liquidación emitida por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE)”*.

Seguidamente dispone el artículo 120 que *“Si en el acto de comparecencia el presunto infractor impugna la sanción impuesta, se abrirá un lapso probatorio de cinco días hábiles para la promoción y evacuación de pruebas”*. Es decir, que se inicia un procedimiento administrativo de determinación de responsabilidad luego de que es impuesta la sanción, en violación de la garantía procedimental y el derecho a la defensa del imputado.

c. Código Orgánico Tributario

El procedimiento de verificación –establecido en los artículos 182 al 186 del Código Orgánico Tributario– mediante el cual la administración tributaria no solo está habilitada para revisar las declaraciones y deberes formales, sino además, para imponer sanciones “de plano” sin que el sujeto pasivo de la verificación tenga oportunidad de alegar y probar en su defensa, constituye otro claro ejemplo de violación a la garantía procedimental¹¹¹. En efecto, tal y como señala LUIS FRAGA PITTALUGA, *“es un procedimiento que se conduce secretamente sin notificar al sujeto pasivo, es decir, que se lleva a cabo a sus espaldas y sin ponerlo en conocimiento de que se ha iniciado una revisión de su declaración jurada”*¹¹².

Debemos reiterar entonces que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden *“civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*, es decir, *“cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”*¹¹³.

B. Principio de presunción de inocencia

El artículo 49 numeral 2 de la Constitución consagra el principio de presunción de inocencia en los siguientes términos: *“Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”*. El principio de presunción de inocencia, en el ámbito administrativo sancionatorio, implica que se considerará inocente al imputado en un procedimiento administrativo sancionador hasta que no se compruebe su culpabilidad y corresponde a la administración pública probar tal culpabilidad¹¹⁴.

¹¹¹ Luis Fraga Pittaluga, *La defensa del contribuyente*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, EJV, 2021, pp. 98-99, en: <https://bit.ly/3OSgNmK>

¹¹² Id.

¹¹³ Véase sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24-10-2012, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, cit. en Víctor Hernández-Mendible, ob. cit., p. 234.

¹¹⁴ Rafael Badell Madrid, José Ignacio Hernández, ob. cit., p. 406.

De esta manera, recae exclusivamente sobre la administración la carga de demostrar la responsabilidad del investigado en sede administrativa, sin embargo, como señala JOSÉ GREGORIO SILVA:

[...] en muchos actos administrativos hemos visto que una vez impuestos los cargos y sustanciado el procedimiento, se decide imponer la sanción al administrado, bajo la premisa de que el investigado no probó su inocencia. Como presunción que se trata, en aquellos casos en que la Administración no ha podido probar fehacientemente la responsabilidad del investigado, ha de entenderse que el mismo es inocente¹¹⁵.

Sobre este principio de presunción de inocencia, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 05-04-2016¹¹⁶ ha establecido que:

[...] la importancia de la aludida presunción de inocencia trasciende en aquellos procedimientos administrativos que como el analizado, aluden a un régimen sancionatorio, concretizado en la necesaria existencia de un procedimiento previo a la imposición de la sanción, que ofrezca las garantías mínimas al sujeto investigado y permita, sobre todo, comprobar su culpabilidad.

Asimismo, ha señalado la Sala Político Administrativa en sentencia del 02-06-2015¹¹⁷, que este principio:

Rige sin excepciones en el ordenamiento administrativo sancionador para garantizar el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad. Se refiere, desde otra perspectiva, a una regla en cuanto al tratamiento del imputado o del sometido a un procedimiento sancionador, que proscribe que pueda ser tenido por culpable en tanto su culpabilidad no haya sido legalmente declarada, esto es, que se le juzgue o precalifique de estar incurso en irregularidades, sin que para llegar a esta conclusión se le dé la oportunidad de desvirtuar los hechos que se le atribuyen.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que una persona no puede ser condenada o sancionada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal o administrativa. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla o sancionarla, sino absolverla¹¹⁸. En efecto:

[...] conforme a los principios de sana crítica y unidad de la prueba, la autoridad pública debe realizar un estudio concatenado y racional de todo el acervo probatorio que se haya incorporado al proceso, para extraer la convicción respecto a algún hecho y siempre que ello sea acorde con las

¹¹⁵ José Gregorio Silva, ob. cit., p. 791.

¹¹⁶ En <https://bit.ly/38JP1aR>

¹¹⁷ En <https://bit.ly/3kvMtjp>

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-17/02 del 28-08-2002, sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, serie A, N° 17, párr. 127. Cit. en Víctor Hernández-Mendible, ob. cit., p. 237.

garantías procesales, como el contradictorio, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa. Es por ello que se le exige a la autoridad pública que al motivar la decisión, fundamente las causas y razones que respalden la apreciación de los elementos probatorios que tuvo a su disposición¹¹⁹.

Contrariamente a lo anterior, la reforma del Código Orgánico Tributario contempla normas que son violatorias del debido proceso sancionatorio, en particular, del principio de presunción de inocencia, al determinar en el artículo 290 respecto del recurso contencioso tributario que:

La interposición del recurso no suspende los efectos del acto impugnado, sin embargo a instancia de parte, el tribunal podrá suspender parcial o totalmente los efectos del acto recurrido, en el caso que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho. Contra la decisión que acuerde o niegue la suspensión total o parcial de los efectos del acto, procederá Recurso de Apelación, el cual será oído en el solo efecto devolutivo.

La suspensión parcial de los efectos del acto recurrido no impide a la Administración Tributaria exigir el pago de la porción no suspendida.

Parágrafo Primero. La decisión del Tribunal que acuerde o niegue la suspensión de los efectos en vía judicial no prejuzga el fondo de la controversia.

C. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad, muy vinculado con el principio antes enunciado de presunción de inocencia, exige que toda sanción debe ser consecuencia de una conducta culposa o dolosa, impidiendo la consagración de ilícitos objetivos¹²⁰.

De esta forma, se entiende que *“la culpabilidad resulta un elemento imprescindible para que la Administración ejerza sus potestades sancionatorias, pues resultaría incomprensible que se impusieran sanciones a aquellos que no han actuado de forma dolosa, ni siquiera negligente”*¹²¹.

D. Principio de irretroactividad de las leyes

El principio de irretroactividad es una garantía de orden material que protege un derecho fundamental como lo es el derecho a la preterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, el derecho a que la ley describa *ex ante* el supuesto de hecho al que obliga la sanción¹²². De allí que no pueda aplicarse una ley de forma retroactiva.

¹¹⁹ Véase Víctor Hernández-Mendible, ob. cit., p. 237.

¹²⁰ Rafael Badell Madrid, José Ignacio Hernández, ob. cit., p. 401.

¹²¹ Id., p. 403.

¹²² AA.VV., *Manual de Derecho administrativo Sancionador*, ob. cit., p. 153.

El principio de irretroactividad de las leyes también se extiende, y con particular importancia, a la potestad sancionatoria administrativa y se encuentra consagrado en el artículo 24 de la Constitución el cual dispone que *“Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aún en los procesos que se hallaren en curso”*.

En materia sancionatoria el principio de irretroactividad de la ley implica que *“la Ley debe ser anterior a los hechos constitutivos del ilícito administrativo; para la aplicación de normas sancionatorias, el ilícito debe mantenerse como tal desde que se inicia el procedimiento hasta que el acto sancionatorio queda definitivamente firme”*¹²³.

En este sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 08-05-2017, estableció que la irretroactividad de la Ley constituye uno de los principios rectores del ordenamiento jurídico, que se conecta con el principio de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica.

E. Principio de cosa juzgada

Para evitar que un mismo hecho se sancione penal o administrativamente más de una vez, el artículo 49, numeral 7, de la Constitución establece uno de los principios generales del derecho, tradicionalmente denominado *non bis in idem*, que se manifiesta en la imposibilidad de que el Estado juzgue y sancione dos veces a una persona por un mismo hecho.

Este principio *non bis in idem* constituye uno de los elementos fundamentales del principio general de legalidad, que debe informar al derecho administrativo sancionador en todas sus formas; es límite al ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, pues impide que el administrado sea sancionado dos o más veces por una misma conducta¹²⁴.

Sin embargo, sabemos que la doctrina y la jurisprudencia ha admitido excepciones a este principio, particularmente, se considera válido que, mediante el mismo procedimiento o a través de procedimientos distintos, se prevea la imposición de una sanción penal y una sanción disciplinaria, al mismo sujeto por los mismos hechos. Se ha aceptado entonces, por ejemplo, en el derecho español, que las sanciones disciplinarias no están afectadas por la prohibición de acumulación con las sanciones penales, con motivo de la relación de especial de sujeción

¹²³ Id.

¹²⁴ Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1978 de fecha 19-07-2005, caso: Festejos Mar C.A.

existente entre el imputado o infractor y la organización o entidad de la cual forma parte.

De esta forma, la comisión de un delito por un sujeto puede *“tener por sí misma una significación directa en el ámbito interno de la organización que la potestad disciplinaria protege”*, por lo que se admite la imposición de una sanción disciplinaria a la vez que una de orden penal. Este supuesto de compatibilidad, excepción al principio general *non bis in ídem*, ha sido declarado por el Tribunal Constitucional Español, entre otros, en sentencias del 06-06-2014, 21-11-1984, 15-11-1985 y 13-11-1988¹²⁵.

En la legislación venezolana podemos encontrar este tipo de supuestos, por ejemplo, en el artículo 82 de la Ley del Estatuto de la Función Pública que dispone que: *“Independientemente de las sanciones previstas en otras leyes aplicables a los funcionarios o funcionarias públicos en razón del desempeño de sus cargos, estos quedarán sujetos a las siguientes sanciones disciplinarias: 1. Amonestación escrita. 2. Destitución”*.

F. Principio de prescripción

El principio de prescripción en materia sancionatoria exige que estén previstos en la ley, de forma clara y precisa, plazos perentorios tanto para el caso de las infracciones como de las sanciones, de modo que se impida que se mantengan indefinidamente en el tiempo situaciones contrarias a la seguridad jurídica y al debido proceso.

La ya mencionada Ley Constitucional contra el Odio viola el principio de prescripción de las sanciones al establecer en el artículo 25 la imprescriptibilidad de las acciones destinadas a la imposición de las sanciones, en los siguientes términos: *“los hechos establecidos en la presente Ley tienen carácter imprescriptible por tratarse de violaciones graves de los derechos humanos”*.

De otra parte, el Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario dispone en el último aparte del artículo 62 la suspensión del cómputo del término de prescripción de todos los ilícitos tributarios, tanto administrativos como penales, *“en los supuestos de falta de comunicación del cambio de domicilio”*. Esta suspensión, dice el Decreto, *“surtirá efecto desde la fecha en que se deje constancia de la inexistencia o modificación del domicilio informado a la Administración Tributaria”* y se prolongará *“hasta la actualización del nuevo domicilio por parte del sujeto pasivo”*, lo que en la práctica se traduce en la

¹²⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., pp. 175 y 188.

imprescriptibilidad de la persecución de los mencionados ilícitos tributarios¹²⁶.

4. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, pese a no estar explícitamente enunciado en nuestra Constitución, tiene su fundamento en el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales de las personas, por cuanto cualquier restricción que pueda hacerse sobre dichos derechos debe estar necesariamente sometida a las exigencias de proporcionalidad, la cual supone, como lo ha determinado el Tribunal Supremo español *"la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar"*¹²⁷.

Así pues, el principio de proporcionalidad es una garantía de los ciudadanos frente a toda actuación de los órganos del poder público que suponga una restricción del ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, concretamente en el ámbito administrativo sancionador, el principio de proporcionalidad:

[...] implica que la pena o castigo impuesto debe ser adecuado, idóneo, necesario y razonable, lo que significa que exista congruencia entre la sanción y la falta cometida, y entre el medio (el castigo impuesto) y el fin de la norma que le sirve de sustento¹²⁸.

En otras palabras, el principio de proporcionalidad exige que exista un equilibrio, una adecuada correlación, entre el hecho constitutivo de la infracción (su gravedad) y la sanción aplicada (consecuencia punitiva que se le atribuye)¹²⁹. Téngase en cuenta al respecto lo señalado por GARBERI LLOBREGAT y BUITRÓN RAMÍREZ, para quienes:

En abstracto, los términos de la comparación que permiten averiguar si una concreta actuación de los poderes públicos infringe o no el principio de proporcionalidad son, por un lado, el contenido y finalidad de la medida o resolución que adopta la autoridad pública y, de otro, la entidad o magnitud del sacrificio que a los derechos individuales del sujeto pasivo de la medida comporta la misma¹³⁰.

¹²⁶ Carlos Weffe, *Problemas...*, ob. cit.

¹²⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de España, en Sala de lo Contencioso Administrativo, de fechas 24-01-2000 (RJ 2000,331) y 15-12-2003 (RJ 2004, 326), cit. en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, ob. cit., p. 267.

¹²⁸ Sala Político Administrativa, sentencia del 24-05-2016.

¹²⁹ AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, ob. cit., p. 267.

¹³⁰ J. Garberi Llobregat y G. Buitrón Ramírez, *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 122, cit. en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, ob. cit., p. 269.

De lo antes enunciado se desprende que el principio de proporcionalidad en el ámbito administrativo sancionatorio debe incidir, necesariamente, en el ámbito legislativo, desde que se le exige, en primer lugar, al legislador suma prudencia *“a la hora de tipificar las conductas reprochables y de asignarles un castigo, que habrá de ser necesariamente ajustado a su gravedad o trascendencia”*; como en el ámbito administrativo o ejecutivo, por cuanto la administración deberá actuar de forma reglada, con mesura, razonabilidad, en el momento de sancionar, *“justificando de forma expresa los criterios seguidos en cada caso”*¹³¹.

De esta forma, en el derecho administrativo sancionador, el principio de proporcionalidad debe regir en el ejercicio concreto de la potestad sancionadora (cuando se dicta el acto de imposición de la sanción), pero también al establecerse la correspondiente previsión legal¹³².

Veamos como ejemplo de la violación de este principio los artículos 546 y 567 último aparte de la Ley Orgánica de Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT), que establecen desproporcionadamente la sanción de arresto en contra del patrono en el caso de que incumpla con la sanción pecuniaria o bien por no pagarla en el término establecido.

Tengamos presente que, frente al principio de proporcionalidad, el arresto se presenta como una sanción excesiva además de limitadora del derecho a la defensa del sancionado, en efecto, *“especialmente por el tipo de infracción cometida, no debería ser sancionado con la pena más severa del sistema sancionatorio como es el arresto”*¹³³.

De otra parte, debemos referirnos también a la Reforma del Código Orgánico Tributario del año 2020¹³⁴, la cual no solo fue dictada inconstitucionalmente por la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente mediante un inconstitucional “Decreto Constituyente”, en usurpación de las potestades legislativas de la Asamblea Nacional y violación de la reserva legal tributaria, establecida en el artículo 317 de la Constitución, sino que además contempla impuestos y penas al incumplimiento de las normas tributarias que exceden los límites de proporcionalidad,

¹³¹ Id., p. 269.

¹³² Véase criterio del Alto Tribunal Español en sentencia del 26-03-2001, N° RJ 2001, 6608, cit. en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, ob. cit., p. 268.

¹³³ Jesús A. Villarreal Hernández y José J. Rodríguez Farías, “Consideraciones sobre la inconstitucionalidad de la dualidad sancionatoria prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción”, *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, Vol. 39, Año 2016, en <https://bit.ly/3F73tpN>

¹³⁴ Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.

atentando directamente contra el derecho de propiedad y la capacidad económica de los particulares¹³⁵.

En efecto, esta normativa, identificada por CARLOS WEFTE como un ejemplo del “derecho penal del enemigo”, tipifica sanciones cuya medida es absolutamente desproporcionada, *“a través del agravamiento general de las penas aplicables, concretado a través del incremento de las multas en un promedio general superior al 200% de la pena originalmente prevista en el Código Orgánico Tributario de 2001”*; abusa de las penas fijas, en contradicción con el principio de culpabilidad; y generaliza la clausura como pena general aplicable a los ilícitos formales¹³⁶.

IV. Mutación de la potestad sancionatoria a la potestad expropiatoria

Por último, otro fenómeno que ha desvirtuado la potestad sancionatoria en Venezuela lo podemos observar en la mutación que ha querido imponerse, desde los antes referidos decretos leyes, e inclusive por las propias leyes dictadas por la Asamblea Nacional, de la potestad sancionatoria a la potestad expropiatoria¹³⁷.

Antes de referirnos a dicha mutación, es conveniente hacer algunas precisiones sobre la figura de la expropiación, la cual podemos definir como un instituto de derecho público, por medio del cual se confiere a la administración pública nacional, estatal y municipal, órganos descentralizados funcionalmente e incluso concesionarios, la potestad para adquirir, en el marco de un procedimiento legalmente establecido, de forma coactiva, cualquier clase de bienes de propiedad privada, susceptibles de apropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siempre que así sea declarado mediante sentencia firme y previo el pago oportuno de justa indemnización a aquel contra quien obra la medida, por la merma sufrida en su patrimonio¹³⁸.

En este orden, la expropiación, lejos de ser una sanción o castigo a los particulares por la comisión de una falta –conducta contraria– a una norma legal preexistente cuya obediencia es tutelada por la

¹³⁵ Carlos Wefte, “La legislación delegada tributaria de 2014 (I): parte general. Síntesis analítica”, en *XIV Jornadas de Derecho Público 2015, Impacto de los Decretos-Leyes: balance y perspectiva*, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2015, pp. 129.

¹³⁶ Id., p. 182.

¹³⁷ Véase en general Samantha Sánchez Miralles, *Casos de estudio sobre la expropiación en Venezuela*, CIDEP y EJV, Caracas, 2016; y el capítulo IX sobre “la inconstitucional expropiación sancionatoria” de Gustavo Linares Benzo y Antonio Silva Aranguren, *La expropiación en Venezuela*, UCAB, Caracas, 2011.

¹³⁸ Véase Rafael Badell Madrid, *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela*, Editorial Paredes, Caracas, 2014, p. 39.

administración, constituye en realidad una garantía constitucional a favor de los ciudadanos, desde que es un mecanismo de protección y salvaguarda del derecho de propiedad frente a la actividad administrativa de intervención que ejerce la administración.

En efecto, recordemos que el artículo 115 de la Constitución consagra el derecho de propiedad como un bien jurídico tutelable, y en este sentido, dispuso como su forma de custodia que *“solo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podría ser declarada la expropiación de cualquier clase”*. Así pues, el mecanismo de tutela del derecho de propiedad se concretó en la garantía expropiatoria, que no es más que la manifestación del derecho a no ser desposeído de la propiedad sino mediante la expropiación, en los términos y condiciones consagrados en la Constitución.

De otra parte, se desprende del artículo 115 constitucional, que la expropiación como adquisición coactiva de bienes, única y exclusivamente procede por razones de utilidad pública e interés social, nunca en razón de la comisión de un ilícito, caso contrario a la confiscación y al decomiso, que sí configuran medios coactivos de adquisición de la propiedad privada, como consecuencia de algún delito cometido.

De esta forma, la expropiación es una medida de resarcimiento patrimonial ante la incidencia directa de la administración que, justificada por una causa de utilidad pública o interés social, obliga al particular a la transferencia coactiva de la propiedad, de modo tal que la situación de este quede incólume, pues su patrimonio no debe sufrir ni enriquecimiento ni empobrecimiento alguno. En este sentido, la expropiación no es una sanción, por cuanto su finalidad no es la de causar un mal al expropiado ni debe causárselo puesto que se le indemniza plenamente¹³⁹.

También debemos mencionar que una nota característica de la expropiación, como garantía constitucional, es la existencia de un procedimiento complejo en el cual, en aras de proteger por un lado, los intereses de los particulares afectados y, por el otro, los intereses del ente público expropiante, que tendrá la seguridad de que el bien expropiado estará libre de todo vicio, riesgo o gravamen¹⁴⁰, intervienen –obligatoriamente– los órganos de las ramas del poder público legislativa, ejecutiva y judicial.

¹³⁹ Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio M. Bueno Armijo, *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., p. 81.

¹⁴⁰ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12-11-1991; caso: Corporación Venezolana de Guayana. Magistrado ponente: Josefina Calcaño de Temeltas Jurisprudencia Venezolana. Ramírez & Garay, t. 119, pp. 600-604.

Por todas las razones antes expuestas, la expropiación no puede ser considerada una sanción.

Sin embargo, existen leyes dentro de nuestro ordenamiento jurídico que contrariando al artículo 115 constitucional, establecen la expropiación como sanción por la comisión de ilícitos. Ciertamente, en los últimos años se han dictado leyes que establecen, inapropiadamente, a la expropiación como una sanción. Veamos como ejemplo de ello la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, la Ley Orgánica de Precios Justos del año 2014 y la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda. Así como hay casos en los que la ley establece la confiscación de forma arbitraria como es en el caso de la LOTTT.

1. Ley de Tierras y Desarrollo Agrario

La Ley de Tierras y Desarrollo Agrario contempla en sus disposiciones la expropiación agraria como sanción a los propietarios de tierras con vocación agrícola que no tienen un nivel óptimo de productividad¹⁴¹.

Ciertamente, se desprende de los artículos 68 y 69 que la Ley de Tierras, además del establecimiento de una amplia e indeterminada declaración de utilidad pública sobre todas las tierras con vocación agropecuaria del país, la expropiación como consecuencia jurídica que puede proceder, a instancia del Instituto Nacional de Tierras, para sancionar el latifundio.

2. Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos

De igual manera, el Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos del año 2014¹⁴² (reformada en el año 2015¹⁴³) en su artículo 7, establecía la expropiación como sanción a la comisión de ilícitos económicos. En la misma forma, impuso la ocupación de los bienes como sanción aplicable a las infracciones referidas a la especulación, alteración fraudulenta

¹⁴¹ Véase así los artículos 68 y 69 que establecen: “**Artículo 68.** A los fines de la presente Ley, se declaran de utilidad pública o interés social, las tierras con vocación de uso agrícola, las cuales quedan sujetas a los planes de seguridad agroalimentaria de la población, conforme a lo previsto en el artículo 305 de la Constitución de la República”. “**Artículo 69.** De igual manera, se declara de utilidad pública e interés social, a los efectos de la presente Ley, la eliminación del latifundio como contrario al interés social en el campo, conforme a lo previsto en el artículo 307 de la Constitución de la República. En tal sentido, el Instituto Nacional de Tierras (INTI), procederá a la expropiación de las tierras privadas que fueren necesarias para la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola, para asegurar su potencial agroalimentario, quedando subrogado en todos los derechos y obligaciones que de conformidad con esta Ley puedan corresponder a la República”.

¹⁴² Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario del 18-11-2014.

¹⁴³ Gaceta Oficial N° 40.787 del 12-11-2015.

de bienes y servicios, acaparamiento, boicot y al condicionamiento de venta de bienes y prestación de servicios¹⁴⁴.

De esta forma, la Ley Orgánica de Precios Justos del 2014 establecía expresamente la expropiación como consecuencia inmediata de la comisión de ilícitos económicos y administrativos, no como un mecanismo excepcional y extraordinario de apropiación forzosa por causa de utilidad social o interés público. Pero, además, establecía, igualmente en violación del derecho de propiedad, que, en el marco de dicho procedimiento expropiatorio, el Estado podría ocupar o incautar temporalmente el local, establecimientos o bienes del infractor, a través de la posesión inmediata, puesta en operación y el aprovechamiento.

3. Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda

La Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda –que regula relaciones privadas de un contrato de naturaleza netamente civil– establece de igual forma la expropiación como sanción en el artículo 145, ubicado dentro del Título VII denominado “De las sanciones”, que dispone que:

Artículo 145. De la reincidencia. En los casos de una primera reincidencia, se aplicará a infractores el doble de la multa impuesta, y si el infractor reincidiera tercera vez en la falta, y éste fuere dueño de más de cinco inmuebles al arrendamiento de vivienda, la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda dará inicio a los trámites pertinentes a fin de expropiar el inmueble o inmuebles, según sea el caso.

¹⁴⁴ En efecto, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos del 2014 señalaba: “**Artículo 7.** Se declaran y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes y servicios requeridos para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios. // El Ejecutivo Nacional puede iniciar el procedimiento expropiatorio cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos de acuerdo a lo establecido en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, cualquiera de los ilícitos administrativos previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica. // En todo caso, el Estado podrá adoptar medida de ocupación temporal e incautación de bienes mientras dure el procedimiento expropiatorio, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad. El órgano o ente ocupante deberá procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de producción, distribución y consumo, de los bienes que corresponda. // En los casos de expropiación, de acuerdo a lo previsto en este artículo, se podrá compensar y disminuir del monto de la indemnización lo correspondiente a multas, sanciones y daños causados, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes”.

El inmueble o los inmuebles expropiados serán adjudicados a los arrendatarios o arrendatarias que habiten el mismo al momento de la expropiación.

Así pues, de conformidad con la, la expropiación procede a instancia de la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda, como una sanción –insistimos, no como un mecanismo excepcional de apropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social–, en caso de que los dueños *de más de cinco inmuebles destinados al arrendamiento de vivienda* incurran por tercera vez en la infracción de las disposiciones de la ley, desvirtuando de esta forma la figura constitucional de garantía del derecho de propiedad de la expropiación.

4. Ley Orgánica de Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

Este Decreto ley crea dos figuras indefinidas e indeterminadas que atentan gravemente contra la propiedad privada, como se desprende de los artículos 148 y 149, al disponer:

Artículo 148. Cuando por razones técnicas o económicas exista peligro de extinción de la fuente de trabajo, de reducción de personal o sean necesarias modificaciones en las condiciones de trabajo, el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Trabajo podrá, por razones de interés público y social, intervenir de oficio o a petición de parte, a objeto de proteger el proceso social de trabajo, garantizando la actividad productiva de bienes o servicios, y el derecho al trabajo. A tal efecto instalará una instancia de protección de derechos con participación de los trabajadores, trabajadoras, sus organizaciones sindicales si las hubiere, el patrono o patrona [...].

Artículo 149. En los casos de cierre ilegal, fraudulento de una entidad de trabajo, o debido a una acción de paro patronal, si el patrono o patrona se niega a cumplir con la Providencia Administrativa que ordena el reinicio de las actividades productivas, el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de Trabajo y Seguridad Social podrá, a solicitud de los trabajadores y de las trabajadoras, y mediante Resolución motivada, ordenar la ocupación de la entidad de trabajo cerrada y el reinicio de las actividades productivas, en protección del proceso social de trabajo, de los trabajadores, las trabajadoras y sus familias (destacado agregado).

Se trata de la figura de “intervención” y “ocupación”, las cuales carecen de cualquier tipo de determinación legal, pues no se precisan las condiciones de tiempo y causas, procedimiento administrativo o judicial previo, lo que implica una apropiación arbitraria. Tal adquisición por parte del Ejecutivo Nacional operaría sin que medie un proceso expropiatorio como mecanismo constitucional que permite la vulneración de la propiedad privada ni por el mecanismo confiscatorio como medio coactivo de adquisición de la propiedad privada también consagrado en

la Constitución, pues las referidas normas no se ajustan a los supuestos de hecho que proceden en ambos mecanismos constitucionales¹⁴⁵. ■

¹⁴⁵ Ramón Alfredo Aguilar, *Constitución, potestades administrativas y derechos fundamentales en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT)*, FUNEDA, Caracas, 2014, pp. 34-35.

El “Poder Popular” y su desvinculación con la política nacional de descentralización

Gabriel SIRA SANTANA*

REDAV, N° 22, 2021, pp. 85-95

Resumen: La colaboración repasa el origen del “Poder Popular” y su inserción progresiva en el ordenamiento jurídico venezolano, para luego comentar algunos de los motivos que lo vician de inconstitucionalidad y carácter antidemocrático, así como las razones por las cuales dicho poder no podría considerarse un mecanismo válido de descentralización.

Palabras clave: Descentralización – Estado comunal – Poder Popular.

Abstract: *This paper reviews the origin of "Popular Power" and its progressive insertion in the Venezuelan legal system, to then comment on some of the reasons that vitiate it as unconstitutional and anti-democratic, as well as the reasons why said power could not be considered a valid decentralization mechanism.*

Keywords: *Decentralization – Communal State – Popular Power.*

Recibido

02-03-2022

Aceptado

28-03-2022

A modo de introducción

El estudio de la forma del Estado venezolano debe partir necesariamente del texto constitucional. Así, de acuerdo con los artículos 2 y 4 de la Constitución de la República¹ (en lo sucesivo, CRBV), Venezuela “se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia” y “es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución”, respectivamente, a lo que el artículo 5 *ejusdem* agrega que “[l]a soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice. gsira@cidep.com.ve

¹ Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999. Reimpresa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000. Enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

ejercen el Poder Público”, así como que “[l]os órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

En otras palabras, es al pueblo como soberano a quien le corresponde decidir cuál es la forma del Estado y cómo habrá de materializarse la misma en la práctica, siendo que en virtud del carácter de norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico que posee la CRBV según su artículo 7, quienes ejercen el Poder Público no podrían distanciarse de la forma electa por el Poder Constituyente –nuevamente, el pueblo– so pena de que sus actos estén viciados de nulidad por inconstitucionalidad.

Hecha esta precisión, y como adelantábamos *supra*, la CRBV calificó a nuestro Estado como una federación descentralizada –lo que, si bien resulta reiterativo², responde a consideraciones históricas pues, aunque Venezuela fue el segundo país del mundo en adoptar al federalismo³, lo cierto del caso es que siempre nos hemos caracterizado por una tendencia centralista que favorece al Estado federal en perjuicio de la autonomía de los estados federados⁴–, en la que, de acuerdo con el artículo 136 constitucional, el Poder Público se distribuye en tres niveles político-territoriales (República, estados y municipios), y se plantea a una pentadivisión de tal poder a nivel nacional (Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral), mientras que a nivel estatal y municipal esta distribución es dual (Poder Legislativo y Ejecutivo)⁵.

Como corolario de lo anterior, todo ejercicio de potestades públicas en el Estado venezolano –salvo por lo que respecta a los actos de autoridad, cuyo estudio rebasa el objeto de estas líneas⁶– habría de darse a través de un órgano o ente que se inserte en las ramas del Poder Público enunciadas y conforme con los principios que lo rijan pues, de lo

² Cfr. Adriana Vigilancia García, “La descentralización política de Venezuela y las nuevas leyes del ‘Poder Popular’”, *Leyes orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado comunal*, EJV, Caracas, 2011, p. 477. La autora indica que “[d]ecir que un Estado es [sic] ‘federal’ es también ‘descentralizado’ es como decir que un círculo es redondo”.

³ Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “El ‘Estado federal descentralizado’ y la centralización de la federación en Venezuela Situación y perspectiva de una contradicción constitucional”, *Revista Provincia*, N° 11, ULA, Mérida, 2004, p. 99.

⁴ Revísense al respecto los veinticinco textos constitucionales anteriores al vigente, recopilados en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, UCAT-IEAL-CEC, San Cristóbal-Madrid, 1985.

⁵ Cfr. artículos 160, 162, 174 y 175 de la CRBV.

⁶ Cfr. Rafael Chavero Gazdik, “Los actos de autoridad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 50, UCAB, Caracas, 1996, p. 60. El autor identifica como tales a los emanados de una “persona de derecho privado” que “esté colaborando con el Estado en la prestación de un servicio público, y además que ejerza prerrogativas públicas que le hayan sido atribuidas por algún texto normativo”, tal como sería el caso de los colegios profesionales.

contrario, encontraría aplicación el artículo 138 de la CRBV según el cual “[t]oda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”.

Dicho esto surge la interrogante de ¿qué pasa con el “Poder Popular”? Es decir, ¿podemos considerar al mismo como parte de los órganos y entes que conforman al Estado venezolano y que ejercen el Poder Público en virtud de la política nacional de descentralización? Es esta la interrogante que nos hemos planteado responder en estas páginas, haciendo la salvedad que las mismas no tienen pretensiones de exhaustividad⁷.

I. Los consejos comunales como el origen del “Poder Popular”

Aun cuando podría pensarse que el “Poder Popular” tuvo su origen en el fallido intento de reforma constitucional del año 2007, lo cierto del caso es que las primeras pinceladas sobre este *Poder* se dieron un par de años antes, en 2002, con la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública⁸ que previó en su artículo 8 a los llamados consejos parroquiales y comunales que respondían “a la naturaleza propia del municipio” y tenían por función ser el “centro principal de la participación y protagonismo del pueblo en la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas, así como viabilizar ideas y propuestas para que la comunidad organizada las presente ante el Consejo Local de Planificación Pública”.

En otros términos, estos consejos eran una de las tantas formas en las que los ciudadanos podían participar libremente en los asuntos públicos como derecho consagrado en el artículo 62 de la CRBV –así como también podían hacerlo a través de otras organizaciones civiles a nivel local como lo eran, por ejemplo, las asociaciones de vecinos–, siendo en todo caso de interés que la integración, organización y funcionamiento de estos consejos había de determinarse mediante ordenanzas municipales, por lo que había una clara relación entre ellos y el Poder Público Municipal⁹.

⁷ Para un estudio más detallado de lo aquí dicho véase Gabriel Sira Santana, *Poder Popular, descentralización y participación ciudadana*, CIDEF-FUNEDA, Caracas, 2018.

⁸ Gaceta Oficial N° 37.463 del 12-06-2002, hoy derogada.

⁹ Cfr. artículo 114 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en Gaceta Oficial N° 38.204 del 08-06-2005 y hoy derogada. Al respecto, véase Manuel Rachadell, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015: De la conciliación de intereses al populismo autoritario*, EJV-FUNEDA, Caracas, 2015, p. 214, para quien “[l]os consejos comunales [...] fueron inicialmente concebidos como instancias de participación en la actividad de los Municipios, sin mayor diferencia con las asociaciones de vecinos que ya existían”.

No obstante, esta realidad mutó en el año 2006 con la entrada en vigencia de la Ley de los Consejos Comunales¹⁰ que pasó a definir a estos consejos no ya como una forma de participar en la planificación pública, sino como un producto de la “*democracia participativa y protagónica*” que tenía como fin último que el “*pueblo organizado [pudiese] ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades y aspiraciones de las comunidades en la construcción de una sociedad de equidad y justicia social*” (artículo 2), para lo cual se valdrían de una asamblea de ciudadanos, voceros, comités de trabajo y unidades de gestión financiera y de contraloría social¹¹ que, como aspecto de especial interés para estas líneas y según apunta el foro, estarían todos sometidos “*a la exclusiva regulación de las leyes y de los reglamentos nacionales, lo que significa transformarlos en organismos del Poder Nacional, desvinculados de la potestad organizatoria de los Estados y los Municipios*”¹², a diferencia de como ocurría con la legislación anterior que –como dijimos– preveía su regulación por medio de ordenanzas municipales.

En este orden de ideas, esta relación de dependencia o subordinación de los consejos comunales ante el Poder Nacional se aprecia, por ejemplo, en el hecho que solo los consejos que se inscribiesen en los registros que al efecto llevase el Ejecutivo Nacional iban a gozar de personalidad jurídica y podrían ejercer las funciones que les acordaba la ley¹³ por lo que, lejos de favorecerse la democracia y acercarse el poder al pueblo como sostenía el discurso oficial, en realidad se estaban creando nuevas estructuras dependientes del Poder Nacional que centralizaban aún más el poder, afirmándose en el foro que estos consejos no eran más que órganos desconcentrados de la Presidencia de la República¹⁴ o que actuaban por delegación de ella¹⁵, siendo esta última la que en todo caso tramitaría su financiamiento “*casi discrecionalmente*”¹⁶.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 5.806 Extraordinario del 10-04-2006, hoy derogada.

¹¹ Cfr. artículos 6, 8, 9, 10 y 11 de ley comentada.

¹² Manuel Rachadell, *Socialismo del siglo XXI. Análisis de la reforma constitucional propuesta por el Presidente Chávez en agosto de 2007*, EJV-FUNEDA, Caracas, p. 90.

¹³ Cfr. artículos 20 y 32 de la Ley de los Consejos Comunales.

¹⁴ M. Rachadell, *Socialismo...*, ob. cit., pp. 98-102.

¹⁵ Alberto Lovera, “Los consejos comunales en Venezuela: ¿democracia participativa o delegativa?”, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Vol. 14, N° 1, UCV, Caracas, 2008, p. 108.

¹⁶ Antonio Canova, “¿Extinción de los municipios? Una propuesta más en el afán de centralizar el poder”, *Revista Jurídica Erga Omnes*, N° 1, Sindicatura del Municipio Chacao, Caracas, 2006, p. 248. En el mismo sentido se pronuncia Catalina Banko, “De la descentralización a la ‘nueva geometría del Poder’”, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Vol. 14, N° 2, UCV, Caracas, 2008, p. 176, al sostener que “los consejos comunales representarían un mecanismo de relación directa

De seguida, los consejos comunales fueron incluidos como sujetos receptores de fondos públicos en las reformas de la Ley que crea el Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES)¹⁷ y de la Ley de Asignaciones Económicas Especiales para los Estados y el Distrito Metropolitano de Caracas, Derivadas de Minas e Hidrocarburos¹⁸ –para lo cual se crearía un Fondo Nacional que tendría la naturaleza de servicio autónomo y estaría adscrito al ministerio en la materia, favoreciéndose en definitiva la dependencia de estos consejos respecto al Poder Ejecutivo Nacional– y se inició durante los años sucesivos un proceso de expansión de las facultades de estos consejos al incluirse menciones a los mismos en textos legales de la más variada naturaleza, entre los que mencionamos la Ley Especial de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares¹⁹ y la Ley Orgánica del Ambiente²⁰.

II. La metástasis y la falacia del “Poder Popular”

El intento de reforma constitucional del año 2007 tuvo como uno de sus vértices la creación de un Estado Comunal –o una nueva geometría del Poder²¹– que, si bien fracasó al ser rechazada por el pueblo, dejó entrever cuál era la finalidad que la fuerza política dominante perseguía con el Poder Popular. A saber: pasar de una democracia descentralizada a un socialismo centralizado, gracias a la creación de un nuevo nivel territorial de distribución del Poder Público (el “Poder Popular”) que se sumaría a los tres ya existentes (Municipal, Estatal y Nacional) y ejercería su jurisdicción en la ciudad como *“unidad política primaria de la*

entre el ‘caudillo’ y el pueblo”, no pudiendo este último “actuar con autonomía en la toma de decisiones por su dependencia en diversas materias, especialmente la financiera, de la Comisión Presidencial del Poder Popular”.

¹⁷ Gaceta Oficial N° 5.805 Extraordinario del 22-03-2006, hoy derogada.

¹⁸ Gaceta Oficial N° 38.408 del 29-03-2006. Reimpresa en N° 5.824 Extraordinario del 13-10-2006 y hoy derogada.

¹⁹ Gaceta Oficial N° 38.480 del 17-07-2006, hoy derogada. En su artículo 6 indicaba que “[l]a presente Ley promoverá la participación protagónica, cooperación activa, democrática, deliberante, autogestionaria, corresponsable y organizada, fortaleciendo el Poder Popular, a través de los Comités de Tierra Urbana incorporados a los Consejos Comunales [...] en el proceso de regularización de la tenencia de la tierra [...]”.

²⁰ Gaceta Oficial N° 5.833 Extraordinario del 22-12-2006. Entre otros, establece que “[e]l Plan Nacional del Ambiente se desarrollará con carácter vinculante por todos los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, así como por los consejos comunales” (primer aparte del artículo 26).

²¹ Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un estado socialista, centralizado, policial y militarista*, EJV, Caracas, 2007; y Gerardo Fernández, “Aspectos esenciales de la modificación constitucional propuesta por el Presidente de la República. La modificación constitucional como un fraude a la democracia”, *Revista de Derecho Público*, N° 112, EJV, Caracas, 2007, pp. 21-27.

organización territorial nacional” (segundo aparte del artículo 16 de la Reforma), debiendo los estados y los municipios transferirle sus competencias por considerarse el “Poder Popular” más cercano a los individuos.

No siendo esta la ocasión para profundizar al respecto, bastará dejar asentado que lo dicho *supra* era un vil engaño por dos motivos fundamentales: (i) el Poder Popular no nacía del sufragio y tenía por objeto la construcción del socialismo, lo que constituía una violación de los principios democráticos más elementales al oponerse al pluralismo político y el carácter electivo de todo Poder Público; y (ii) si bien el discurso oficial pretendía hacer ver al “Poder Popular” como un mecanismo para darle poder al pueblo²², de la simple lectura de la reforma se aprecia que la participación ciudadana no solo disminuía al acentuarse las tendencias centralistas a favor del Ejecutivo Nacional, sino que la poca participación restante estaba sujeta a una ideología política conforme con los designios del Poder Público Nacional, que era quien determinaba a su vez las competencias y la propia existencia del llamado “Poder Popular” a través de la regulación y ejecución de su organización, registro y quehacer diario.

Esta reforma, como hemos dicho, fracasó; pero ello no significó el fin del “Poder Popular” ya que, en desconocimiento de la voluntad del soberano, la fuerza política dominante continuó incorporando a esta figura en nuestro ordenamiento jurídico a través de diferentes leyes y decretos con rango, valor y fuerza de ley, siendo el pináculo de todas estas las cinco leyes orgánicas del “Poder Popular” publicadas en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario del 21-12-2010²³.

En resumen, estas leyes plantean que la población se encuentra organizada en distintos tipos de “instancias” –que son reconocidas como tales únicamente si cumplen los trámites de registro ante el Ejecutivo Nacional– a través de las cuales los habitantes del territorio venezolano pueden participar en los asuntos públicos y autogobernarse,

²² En el discurso de orden del Presidente de la República con ocasión de entrega de la propuesta de Reforma Constitucional a la Asamblea Nacional, este indicó que la Reforma “[e]stá pensada en la necesidad de seguirle transfiriendo poder al pueblo, transferencia de poder al pueblo”. Véase la transcripción de este discurso, elaborada por la Asamblea Nacional, en <https://bit.ly/39f5dBc>

²³ Nos referimos a Ley Orgánica del Poder Popular, la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, la Ley Orgánica de las Comunas, la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal y la Ley Orgánica de Contraloría Social. Nótese que anteriormente se dictó la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (Gaceta Oficial N° 39.335 del 28-12-2009) y la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno (Gaceta Oficial N° 5.963 Extraordinario del 22-02-2010), siendo relevante en relación con esta última el fallo N° 256 del 10-04-2014 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, disponible en <https://bit.ly/3w7j99r>

atendiendo para ello a una política de transferencia de competencias del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal hacia el “Poder Popular”.

Sin embargo, nos encontramos ante otra farsa visto que las propias normas del “Poder Popular” atentan contra ese ejercicio directo del poder por parte del pueblo que dicen promover pues, no solo este se hace depender en pleno del Ejecutivo Nacional que es quien determinar sus políticas, planes, programas, recursos y demás, sino que el “ejercicio de la soberanía”, a fin de cuentas, corresponde a voceros y designados que actúan en representación de las instancias de participación respectiva, por lo que justamente aquello que las leyes pretenden sustituir –a saber, el sistema de democracia representativa– con el “Poder Popular” más bien queda consolidado, con el agravante que la legitimidad de los nuevos representantes está empañada por elecciones indirectas o no universales, por un lado, y, por el otro, aquellos gobernantes que sí son electos de forma democrática –o al menos deberían serlo²⁴– como es el caso de los alcaldes, gobernadores y el propio Presidente de la República, han de ejercer sus funciones bajo un supuesto principio de “*gobernar obedeciendo*” al “Poder Popular”²⁵, desprovoyéndolos en consecuencia de toda su autonomía como valor propio del régimen federal.

III. La imposibilidad de conciliar al “Poder Popular” con la descentralización

De lo expuesto hasta el momento se puede concluir que cuando hablamos del “Poder Popular” nos estamos refiriendo a una construcción de la fuerza política dominante con la que se ha pretendido vaciar de competencias a los estados y municipios en favor –teóricamente hablando– de los ciudadanos que las asumirían de modo directo, siendo lo cierto del caso que tales competencias más bien se transfieren es al Poder Nacional por ser las instancias que conforman el “Poder Popular” dependientes de este último.

De este modo, el “Poder Popular” estaría caracterizado por un alto grado de inconstitucionalidad al atentar contra principios fundamentales de un Estado Democrático de Derecho como lo son la democracia representativa, la elección popular, el pluralismo político, la libre participación en los asuntos públicos, la libertad de asociación y no discriminación y, la que si se quiere resulta más relevante a los efectos de estas

²⁴ Cfr. Gabriel Sira Santana, “La integridad electoral en Venezuela”, *Libro Homenaje al Dr. Pedro Nikken*, t. II, ACIENPOL-EJV, Caracas, 2021, pp. 807-832.

²⁵ Cfr. artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Popular, según el cual “[t]odos los órganos, entes e instancias del Poder Público guiarán sus actuaciones por el principio de gobernar obedeciendo, en relación con los mandatos de los ciudadanos [...] y de las organizaciones del Poder Popular, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República y las leyes”.

líneas, la política nacional de descentralización como forma de alcanzar una correcta distribución vertical del Poder Público para profundizar la democracia y acercar el poder al pueblo, tal como lo exige el artículo 158 de la CRBV.

Sobre esto último hemos de recordar que la descentralización es un proceso por medio del cual se pretende *“transferir a diversas corporaciones u oficios parte de la autoridad que antes ejercía el gobierno supremo del Estado”*, auspiciándose en consecuencia el modelo de Estado democrático gracias a la *“distribución del ejercicio del poder en virtud de la técnica del pluralismo territorial donde concurren las competencias del Estado central (la República) y las de los entes territoriales dotados de autonomía política (estados y municipios)”*, lo que va acompañado de una *“capacidad de autonormación”*²⁶.

Criterio este que bien podríamos complementar con lo dicho por Lares Martínez, para quien habrá descentralización *“siempre que en un país la Constitución o la ley acuerdan a los órganos, de las personas públicas menores, el poder de decisión sobre los asuntos que les conciernen, o parte de ellos”*, destacándose como requisitos de este proceso que exista (i) *“el establecimiento de una distinción entre los asuntos nacionales, propios de la competencia del poder nacional, y los asuntos locales, propio de la competencia de las entidades públicas menores”*; (ii) *“la atribución en la Constitución o en la ley, de personalidad jurídica, a las entidades públicas o menores”*; y (iii) *“la elección de las autoridades locales por la propia colectividad, y no por el poder central”*²⁷.

Dicho esto la pregunta es: ¿podemos compaginar al “Poder Popular” con esta definición de descentralización dada por el foro? La respuesta, consideramos, es negativa por dos motivos en concreto.

En primer lugar, sí como hemos visto las instancias del “Poder Popular” no forman parte del Poder Público en virtud del artículo 136 de la CRBV y que en las leyes que las regulan ellas se han colocado *es frente a y no en dicho Poder*, admitir que el “Poder Popular” es una forma de descentralización equivaldría a negar que esta última únicamente puede darse dentro de la estructura organizativa del Estado, bien sea en su connotación territorial o funcional²⁸.

²⁶ Nelson Rodríguez-García, “Descentralización y democracia”, *100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, t. II, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 678 y 682.

²⁷ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5º ed., UCV, Caracas, 1983, pp. 495-496.

²⁸ Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, EJV, Caracas, 1991, p. 69. El autor indica que *“lo que caracteriza a la descentralización es que, aun cuando hay transferencia de poderes*

Lo anterior debido a que, si bien el “Poder Popular” plantea una transferencia de competencias desde un ente público –específicamente, los estados y los municipios, aun cuando también podría ocurrir respecto a la República– a un sujeto que se dice está más cerca de los individuos, quien recibe tales competencias no es en realidad una persona jurídica enmarcada dentro de la estructura organizativa general del Estado (requisito *sine qua non* de la descentralización junto con la autonomía financiera, normativa y de elección de autoridades según dijimos, lo que tampoco encuentra aplicación en el “Poder Popular”) sino –si se quiere– una instancia conformada por particulares que, a pesar de no ser parte del Poder Ejecutivo Nacional, es fuertemente influenciada y controlada por el mismo.

Y en segundo lugar, aun cuando la CRBV junto con la descentralización territorial de las competencias de la República a los estados y los municipios (artículo 157) y de los estados a los municipios (artículo 165), así como la descentralización funcional por medio de entidades sociales o empresariales de carácter nacional, estatal o municipal (artículo 300), incorporó en su artículo 184 a un nuevo tipo de descentralización que el foro ha denominado “por colaboración”²⁹ y que consiste en que por vía legislativa se crearán según el último de los artículos mencionados “*mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos*”, tal descentralización debe ser implementada por los estados y municipios atendiendo a sus realidades, y no como una política impuesta por el Poder Nacional para desconocer a los primeros, por lo que mal podría calificarse al “Poder Popular” como un ejemplo de esta descentralización³⁰.

Lo anterior, aunado a que el “Poder Popular” no pretende la colaboración, cooperación o coordinación entre la sociedad civil y el Poder

a otros sujetos de derecho, todos estos sujetos, en una forma u otra, quedan enmarcados dentro de la estructura organizativa general del Estado”, aun cuando existen excepciones como las que derivan de la “descentralización corporativa” que, consideramos, no resultan trasladables al “Poder Popular” ya que en este tipo de descentralización existe una fuerte autonomía de los entes descentralizados y las instancias del “Poder Popular”, más bien, se caracterizan es por su dependencia del Ejecutivo Nacional como tantas veces hemos mencionado.

²⁹ Cfr. Claudia Nikken, “Principios generales de la organización administrativa (en Venezuela)”, *II Congreso venezolano de Derecho Administrativo*, Vol. I, FUNEDA, Caracas, 2014, pp. 35-37.

³⁰ Cfr. A. Vigilancia G., ob. cit., p. 479, para quien “*está claro que es a los Estados y Municipios a quienes corresponde transferir los servicios que ellos gestionen [...] [y] es también competencia de Estados y municipios, la creación de ‘nuevos sujetos de descentralización’*”.

Público Estatal y Municipal según la capacidad de la primera³¹ y con el control de los segundos como lo exigió el Constituyente, sino, más bien, que el “Poder Popular” sustituya a estos los últimos³² y, por vía de consecuencia, las competencias pasen al Poder Público Nacional, debilitándose aún más nuestra enclenque federación y la de por si mermada autonomía de los estados y los municipios.

Así, ante la interrogante de si podemos considerar al “Poder Popular” como parte de los órganos y entes que conforman al Estado venezolano y que ejercen el Poder Público en virtud de la política nacional de descentralización, la respuesta que hemos de dar es negativa ya que este *poder* no se compagina con el concepto de descentralización en su connotación territorial, funcional ni “por colaboración”, requiriéndose su estudio desde otra enfoque como podría ser el principio de participación que avala que todos los ciudadanos puedan participar en los asuntos de la vida pública.

No obstante, conocido que esa participación no equivale al ejercicio directo del Poder Público en sustitución de los representantes electos mediante el sufragio sino que constituye un complemento de la democracia representativa a fin de que la población tengan un rol más activo en la relación Estado – sociedad, y visto que el “Poder Popular” más bien limita esta participación al establecer una serie de restricciones basadas en ideologías políticas y asociaciones que impiden la libre participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos que sean de su interés ya que –primero– para que sean reconocidos habrán de constituirse en una de las organizaciones que el legislador previó y –segundo– ello solo podrán hacerlo si con ella favorecen la construcción de una sociedad socialista, aunado a los términos con los que las leyes del “Poder Popular”

³¹ Cfr. Juan Carmona Borjas, “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones”, *Revista de Derecho Público*, N° 130, EJV, Caracas, 2012, pp. 139-146. El autor recuerda que “[s]i bien es cierto que [...] la descentralización ha de estar signada por su acercamiento con el pueblo, sin atentar contra la eficacia y eficiencia en el cumplimiento de los cometidos estatales, en la búsqueda de ese objetivo, el Constituyente fue claro al consagrar por una parte, la progresividad como nota característica de esa política y, por la otra, en supeditar su descenso a la sociedad organizada, a la previa verificación de su capacidad”, así como que existan “niveles apropiados de experiencia, infraestructura y autonomía financiera”.

³² Cfr. Juan Domingo Alfonzo Paradisi, *El Régimen de los estados vs. la centralización de competencias y de recursos financieros*, EJV, Caracas, 2011, pp. 98-118, para quien “la previsión del art. 184 ha sido utilizada para favorecer a los Consejos Comunales pero directamente desde el Poder Nacional, sin pasar por Estados y Municipios y creando a estos como estructuras paralelas de los municipios”, ya que “pareciera pretender sustituirse la gestión de políticas públicas llevadas a cabo por los órganos descentralizados territorialmente (municipios) sin corresponsabilidad y que sean ejercidos de manera directa por las comunidades organizadas”.

confunden la participación política con la participación social, somos del criterio que este *poder* tampoco garantiza la materialización del principio en cuestión y, por ende, resulta imperativo que se reforme el ordenamiento jurídico a fin de exterminar –o en su defecto, reformular– el *mal* conocido como el “Poder Popular”. ■

El régimen jurídico de la concesión y el contrato de obra en el Derecho Administrativo venezolano y las alianzas público-privadas^A

José Ignacio HERNÁNDEZ G.*

REDAV, N° 22, 2021, PP. 97-125

Resumen: Desde la década de los cuarenta del siglo XX, el Derecho Administrativo venezolano incorporó la figura del contrato administrativo, en especial, para la gestión privada de infraestructuras a través del contrato de obra y la concesión administrativa. Como consecuencia de ello, el régimen jurídico de la gestión privada de infraestructura se basa en mecanismos privados de gobernanza en los cuales se eleva el riesgo político, ante las figuras autoritarias del contrato administrativo, como en especial sucede con las cláusulas exorbitantes. Este marco jurídico resulta inadecuado para promover la recuperación de las infraestructuras en Venezuela luego del colapso estatal, a través de contratos públicos de alianza entre la iniciativa privada y la Administración.

Palabras clave: Alianzas público-privadas – Contratación pública – Contratos administrativos – Concesión administrativa – Distribución de riesgos.

Abstract: Since the 1940s, the Venezuelan Administrative Law adopted the administrative contract institution, particularly for managing infrastructures by private investors, through the work contract and the administrative concession. As a result, the management of the infrastructures framework is based on private governance mechanisms. The political risk increases due to the Public Administration prerogatives in the administrative contract. That framework doesn't fulfill the requirements of the infrastructure recovery after the Venezuelan collapse. The infrastructure framework must be reformed to introduce the public-private partnership agreements.

Keywords: Public-private partnership – Public procurement – Administrative contracts – Administrative concession – Risk management.

Recibido

09-03-2022

Aceptado

23-03-2022

Introducción

Como resultado de las políticas públicas que de manera arbitraria destruyeron los derechos económicos de la inversión privada en Venezuela, en especial, por medio de nacionalizaciones, expropiaciones y la

^A Ponencia preparada para el XXI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2022.

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

centralización de infraestructuras, la economía venezolana ha colapsado a niveles solo comparables con países que han atravesado guerras. Uno de los signos de ese colapso es la decadencia de las infraestructuras, como autopistas, puertos, aeropuertos y, en especial, bienes anejos a servicios esenciales, como sucede en particular con el sector eléctrico. La recuperación de Venezuela pasa, por ello, por recuperar la gestión de estas infraestructuras, lo que requerirá inversiones importantes en gastos de capital y la aplicación de conocimientos técnicos. Empero, el colapso del Estado impide a las Administraciones Públicas asumir el financiamiento de esas inversiones o procurar los conocimientos técnicos necesarios. Por lo tanto, es preciso arbitrar mecanismos de promoción de la inversión privada.

El Derecho Administrativo venezolano, de acuerdo con su evolución en el siglo XX, solo reconoce dos modalidades para canalizar la inversión privada en infraestructuras. La primera es el contrato de obra, en el cual la Administración asume el financiamiento. La segunda es la concesión, en la cual la inversión privada –como modalidad de privatización– asume este financiamiento. En ambos casos, y en la práctica, se considera que el contrato de obra y de concesión son contratos administrativos, a consecuencia de lo cual la Administración puede ejercer potestades unilaterales y extracontractuales, esto es, poderes implícitos que rigen más allá de lo que disponga la Ley y el contrato. Tal es la figura de las cláusulas exorbitantes, cuyo talente autoritario quedó en evidencia cuando fueron empleadas para justificar las arbitrarias políticas de expropiaciones. Lo peculiar es que el contrato administrativo ha pervivido, a pesar de que la figura fue expresamente eliminada en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Contrataciones Públicas.

El régimen jurídico del contrato administrativo de concesión es incompatible con las exigencias de la recuperación económica en Venezuela, en especial, en el sector de las infraestructuras. Así, el grado de colapso estatal impide aplicar mecanismos de privatización, y en general, de gestión privada, en especial, pues las Administraciones Públicas, más allá de su fragilidad, deben garantizar el acceso equitativo a bienes y servicios anejos a infraestructuras, como en especial sucede con el suministro eléctrico. Además, la teoría de las cláusulas exorbitantes eleva los riesgos políticos y la ineficiencia del contrato, cuando uno de los objetivos a alcanzar es reducir esos riesgos brindando estabilidad jurídica a la inversión privada.

Con lo cual, la recuperación económica de las infraestructuras en Venezuela requiere introducir la figura de las alianzas público-privadas (APP). Las APP no son un contrato público nominado, sino más bien, una categoría contractual o macro contrato, que puede arropar prestaciones

muy diversas. El rasgo distintivo de las APP es, en este sentido, la adopción de mecanismos híbridos de gobernanza orientados a la colaboración entre el Estado y la inversión privada, para elevar la calidad en la gestión de las infraestructuras bajo los estándares de la buena administración. Así, frente a los mecanismos de gobernanza privada de la concesión y del contrato de obra, las APP se basan en la colaboración entre la Administración y la inversión privada.

Esta colaboración es esencial de cara a la distribución de riesgos y el diseño de los mecanismos de financiamiento de los gastos de capital asociados a la recuperación de las infraestructuras en Venezuela. De nuevo, el régimen jurídico de la concesión se torna insuficiente, al basarse en mecanismos privados de gobernanza guiados por el principio de riesgo y ventura, que deja a salvo la garantía del equilibrio económico-financiero del contrato. De allí la necesidad de adoptar esquemas de distribución de riesgos entre las partes, de acuerdo con su capacidad.

Finalmente, y frente a la inestabilidad y talante autoritario del contrato administrativo con cláusulas exorbitantes que pueden ser invocadas por la Administración en contra de la Ley y del propio contrato, las APP deben brindar estabilidad jurídica procurando reducir los costos de transacción y, con ello, los riesgos políticos, de por sí elevados en un entorno como el venezolano.

El presente trabajo resume la propuesta de introducir la figura de las APP en el Derecho Administrativo venezolano para la mejor gestión de las infraestructuras. A estos fines, el trabajo se divide en dos partes. La primera parte resume el régimen jurídico actual de la concesión administrativa como modo de gestión privada de infraestructuras, criticando la pervivencia de la teoría del contrato administrativo en Venezuela. La segunda parte expone las razones que justifican introducir la figura de las APP en Venezuela, esbozándose los lineamientos del proyecto de Ley que preparamos entre 2018 y 2019, precisamente, para dar cabida a las APP en el Derecho Administrativo venezolano.

I. La gestión privada de infraestructuras en el Derecho Administrativo venezolano a través de la concesión

La gestión de infraestructuras en el Derecho Administrativo venezolano parte de instrumentos privados de gobernanza, en los cuales la Administración asume el financiamiento (contrato de obra) o el sector privado asume ese financiamiento como modalidad de privatización (concesión). En ambos casos rige el principio de riesgo y ventura, así como los poderes unilaterales y extracontractuales de la Administración contratante, conocidos como cláusulas exorbitantes, todo ello como resultado de la recepción práctica del contrato administrativo.

Lo cierto es que mediante reformas legislativas (la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Contrataciones Públicas) la figura del contrato administrativo fue eliminada en Venezuela, al uniformarse el régimen jurídico de la actividad contractual en el contrato público. En la práctica, sin embargo, ha pervivido la figura del contrato administrativo, incluso en la concesión y en el contrato de obra.

1. Breve introducción a la teoría del contrato administrativo en Venezuela. Su visión estatista, ineficiencia económica e inadecuación al Derecho positivo

El contrato administrativo es una de las figuras más tradicionales del Derecho Administrativo en Venezuela¹. De hecho, la concepción del Derecho Administrativo venezolano como un Derecho exorbitante del Derecho Común surgió, precisamente, con la recepción jurisprudencial del contrato administrativo en la década de los cuarenta del pasado siglo. Tal figura fue adoptada, básicamente, de acuerdo a su clásica concepción francesa². Con lo cual, la clave del contrato administrativo es que su causa u objeto debe ser el servicio público, a resultas de lo cual la

¹ Sin pretensión alguna de exhaustividad, puede verse, sobre la teoría general del contrato administrativo en Venezuela, a Araujo-Juárez, José, *Acto y contrato administrativo*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 255 y ss.; Badell Madrid, Rafael, *Régimen jurídico del contrato administrativo*, Caracas, 2001, pp. 127 y ss.; Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen III. Los actos administrativos y los contratos administrativos*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 830 y ss.; Farías Mata, Luis H. "La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas", en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet, Tomo II*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 935 y ss., y Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 247 y ss. Esta teoría se inspira, básicamente, en el concepto de contrato administrativo en el Derecho francés. Solo un reducido sector de la doctrina ha criticado la teoría del contrato administrativo en Venezuela. Cfr.: Pérez Luciani, Gonzalo, "Los contratos administrativos en Venezuela", en *Escritos del doctor Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2013, pp. 611 y ss.

² La figura del contrato administrativo fue introducida por la jurisprudencia venezolana sin apoyo alguno en el Derecho positivo venezolano, y como simple trasposición de la figura en el Derecho francés. Así, de manera tradicional, la jurisprudencia venezolana había entendido que los contratos suscritos por la Administración eran contratos públicos, sometidos tanto a Derecho Público como a Derecho Privado. Ello cambió con la sentencia de la Corte Federal y de Casación del 05-12-1944, caso *Astilleros La Guaira*, de acuerdo con la cual todo contrato cuya causa u objeto es el servicio público se somete a un régimen exorbitante de Derecho Común. Véase nuestra explicación en Hernández G., José, "Hacia los orígenes históricos del Derecho Administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho Público y el Derecho Privado" en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 147, Caracas, 2009, pp. 40 y ss. Véase también nuestra posición crítica en "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, Caracas, 2019, pp. 189 y ss.

Administración Pública mantiene potestades unilaterales y extracontractuales, conocidas como "cláusulas exorbitantes". Al mismo tiempo, y en tanto el contratista es colaborador de la Administración contratante, la Administración garantiza el equilibrio económico-financiero³.

Estas cláusulas exorbitantes responden a potestades implícitas, en el sentido que ellas están siempre presentes en todo contrato administrativo, más allá de lo que disponga su texto e incluso, al margen de lo previsto en la Ley. De acuerdo con la jurisprudencia tradicional venezolana, estas cláusulas son inherentes al servicio público como objeto o causa, a consecuencia de lo cual resultan indisponibles por la Administración. Por consiguiente, el contratista queda sometido no solo a las obligaciones derivadas del contrato, sino además, a estas potestades implícitas, que permiten a la Administración, con un grado importante de discrecionalidad, terminar unilateralmente el contrato (por razones de interés general o por incumplimiento del contratista), modificar el contrato, dirigir y supervisar la ejecución del contrato, imponer multas en caso de incumplimiento y, por último, interpretar el contrato para resolver cualquier disputa con el contratista.

El régimen jurídico del contrato administrativo es, por ende, el Derecho Administrativo y no el Derecho Civil. Esta conclusión se extiende también a la resolución de disputas entre el contratista y la Administración, que se someten a la jurisdicción contencioso-administrativo. Esto abarca pretensiones deducidas en contra de los actos administrativos dictados en el marco del contrato, bajo la tesis del acto separable, así como las pretensiones basadas en el incumplimiento de las obligaciones contractuales⁴.

Como puede observarse, la teoría del contrato administrativo, en el Derecho Administrativo venezolano, responde sin mayor novedad a la teoría general del contrato administrativo en Francia. Insistimos, ello no fue resultado de una decisión del Legislador, al tratarse en realidad de una creación jurisprudencial, rápidamente adoptada por la doctrina⁵.

Ahora bien, la teoría del contrato administrativo en el Derecho Administrativo venezolano responde, en nuestra opinión, a una visión estatista de ese Derecho que se aparta de los postulados de la buena administración derivados del artículo 141 constitucional. Además, desde el análisis económico del contrato, el régimen exorbitante del contrato

³ Puede verse, entre otros, a Araujo-Juárez, José, *La teoría de la cláusula exorbitante*, EJV-CIDEP, Caracas, 2017, pp. 26 y ss.

⁴ Irribaren, Henríque, "El contencioso de los contratos administrativos" en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, pp. 249 y ss.

⁵ Hernández G., José, *Hacia los orígenes...*, cit.

administrativa es ineficiente. Por último, y lo más importante, la figura del contrato administrativo contradice las Leyes sustantivas y procesales que rigen a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas. Conviene analizar por separado estas tres críticas.

El concepto de Administración Pública, de acuerdo con el artículo 141 de la Constitución de Venezuela, no puede depender de la definición unilateral del interés general por la Administración, mediante vínculos de dependencia con las personas que quedan relegadas a su condición de “administrados”, tal y como sucede en la teoría general del contrato administrativo. De esa manera, el artículo 141 constitucional dispone que la Administración Pública es la institución al servicio de los ciudadanos, lo que responde al concepto vicarial de la Administración Pública orientada al bien común. La teoría general del contrato administrativo se aparta de este postulado, pues el centro del contrato no es el servicio a los ciudadanos, sino la definición unilateral del interés general basado en la supremacía de la Administración⁶.

En especial, el principio de legalidad resulta inaplicable en el contrato administrativo, de lo cual resulta que esta figura es el último reducto del absolutismo de la Administración Pública. En efecto, ya explicamos que las cláusulas exorbitantes no son en realidad derechos contractuales sino potestades extracontractuales. Siguiendo la clasificación de tales potestades, puede además afirmarse que se trata de potestades ablatorias, esto es, potestades que limitan la esfera jurídico-subjetiva de las personas. Una de las garantías básicas de esa esfera jurídica frente a las potestades ablatorias es la reserva legal, en el sentido que la Administración solo puede ejercer las potestades establecidas expresamente en la Ley. Pero esa garantía básica no aplica en el contrato administrativo, pues las potestades ablatorias que derivan de las cláusulas exorbitantes son, así, potestades implícitas⁷.

Al no regir el principio de legalidad, el contrato administrativo, en realidad, no tiene el efecto de *Ley entre las partes*, en el sentido que al margen de lo dispuesto en el contrato, siempre la Administración podrá ejercer las cláusulas exorbitantes. Esto afecta la eficiencia del contrato administrativo de acuerdo con la teoría económica del contrato, según la cual, el contrato contiene reglas orientadas a reducir los costos de transacción definiendo con claridad derechos y obligaciones. La teoría

⁶ Sobre la influencia del artículo 141 de la Constitución de Venezuela sobre la teoría general del contrato administrativo, véase lo que explicamos en Hernández G., José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, EJV, Caracas, 2011, pp. 157 y ss.

⁷ Véase sobre este tema lo expuesto por García Soto, Carlos “Posición de la Administración en su actividad contractual. El caso de la Ley de Contrataciones Públicas”, en *Ley de Contrataciones Públicas*, EJV, Caracas 2012, pp. 201 y ss.

de las cláusulas exorbitantes obstruye la función del contrato administrativo reduciendo costos de transacción, todo lo cual tiende a impactar negativamente en la eficiencia del patrimonio público asociado al pago de los contratos administrativos⁸.

De todo lo anterior se deduce que, en realidad, el contrato administrativo no es un contrato de acuerdo con la teoría general del Derecho Civil. En efecto, el contrato administrativo no responde a la voluntad de las partes, pues incluso en contra de esa voluntad, la Administración podrá ejercer cláusulas exorbitantes como poderes unilaterales, extracontractuales y, en realidad, extralegales. No es sorprendente, por ello, que el contrato administrativo haya sido una de las técnicas autoritarias para destruir los mecanismos de mercado en el sector de los hidrocarburos en Venezuela⁹.

En todo caso, en el Derecho venezolano, y además de estas críticas, lo cierto es que el concepto de contrato administrativo ya no es reconocido. Así, hemos dicho que la teoría general del contrato administrativo se justifica por dos razones, a saber, el *régimen procesal* (solo las pretensiones deducidas con ocasión al contrato administrativo serán conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa) y el *régimen sustantivo* (solo los contratos administrativos se someten al régimen exorbitante). Con lo cual, bajo esta teoría, la distinción entre el contrato administrativo y los contratos de la Administración que no subsumen en esa categoría, opera principalmente en el ámbito del régimen procesal y sustantivo aplicable.

Lo cierto es que el régimen jurídico de la actividad administrativa contractual, desde el 2004, ha sido progresivamente uniformado. En efecto, desde la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, toda pretensión deducida con cualquier contrato suscrito por la Administración siempre es conocida por la jurisdicción contencioso-

⁸ Sobre la función económica del contrato, entre otros, vid. Collins, Hugh, *Regulating contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 3 y ss., y Hart, Oliver, *Firms, Contract and Financial Structure*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 23 y ss.

⁹ Véase a Brewer-Carías, Allan, *Contratos administrativos, contratos públicos, contratos del Estado*, EJV, Caracas, 2021, pp. 426 y ss. La doctrina que, en contra del ordenamiento jurídico positivo, sostiene la pervivencia del contrato administrativo, precisamente, cita en su apoyo la mención –más bien tangencial– a esta figura en el marco de estas Leyes predatorias, en concreto, la *Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos*. Cfr.: Hernández-Mendible, Víctor, “El nuevo contrato administrativo” *Revista de Derecho Público* N° 151-152, Caracas, 2017, pp. 57 y ss. Lo único que comprueba la mención al contrato administrativo en esta Ley, es la naturaleza autoritaria de esta figura.

administrativa¹⁰. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 2010, ratificó esta tendencia al uniformar el régimen procesal de las pretensiones deducidas con ocasión con los contratos¹¹.

Pero además, todo contrato celebrado por la Administración, al margen de cuál sea su causa u objeto, pasó a ser considerado contrato público, de acuerdo con la Ley de Contrataciones Públicas de 2008. Esto implica que el régimen jurídico del contrato público es homogéneo. A tales efectos, la Ley enumera los derechos de la Administración en el marco del contrato, similar a las cláusulas exorbitantes. Pero a diferencia de éstas, tales derechos se someten al principio de legalidad¹².

La uniformidad del régimen jurídico del contrato público y la supresión de la categoría de contrato administrativo responde a los postulados que derivan del artículo 141 constitucional. Así, lo importante del contrato público no es la posición de supremacía extralegal de la Administración, sino cómo el contrato público puede ser un instrumento para el servicio de los ciudadanos hacia el bien común. Esto implica darles relevancia a temas que la teoría general del contrato administrativo ha marginado, como es el caso de la promoción de la eficiencia a través de la contratación, con parámetros orientados a medir su calidad¹³.

¹⁰ Hernández G., José Ignacio, “¿Subsiste la tesis de los contratos administrativos en la interpretación jurisprudencial de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia?”, en *Revista de Derecho Público* N° 99-100, Caracas, 2004, pp. 369 y ss.

¹¹ Hernández G., José Ignacio, “Pasado, presente y futuro de la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Volumen I*, FUNEDA, Caracas, 2010, pp. 112 y ss. Véase igualmente a Urosa, Daniela y Hernández G., José Ignacio, “Las pretensiones procesales administrativas en el Derecho Venezolano”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 17, Caracas, 2017, pp. 279 y ss. Cuando la Asamblea Nacional discutió el proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, propusimos uniformar las pretensiones deducidas con ocasión a contratos en torno a todos los contratos de la Administración y no solo frente al contrato administrativo, propuesta que fue aceptada. Ello permite sostener que la intención de esa Ley fue uniformar el régimen jurídico procesal de los contratos.

¹² Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, “El contrato administrativo en la Ley de contrataciones públicas venezolana”, en *Revista de Administración Pública* N° 176, Madrid, 2008, pp. 363 y ss., también en la obra colectiva ya citada, *Ley de Contrataciones Públicas*.

¹³ En Francia, vid. Marcus, Laure, *L'unité des contrats publics*, París, 2010, pp. 339 y ss. A esta uniformidad también ha propendido el surgimiento de normas y principios que, en el espacio global, rigen a la contratación pública, más allá de las particularidades del contrato administrativo. Moreno Molina, José Antonio, “Contratos administrativos”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, COMARES-INAP, Madrid, 2015 (EPUB), pp. 453 y ss. Del autor., vid. *Derecho Global de la Contratación Pública*, Ubis, México, 2011, pp. 1 y ss. Véase la obra *Código de legislación sobre contratación pública en Iberoamérica*, coordinada por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y José Antonio Moreno Molina, EJV, Caracas-Nueva York, 2015.

Sin embargo, la jurisprudencia¹⁴ y un sector de la doctrina¹⁵ insisten en mantener la categoría del contrato administrativo como una categoría distinta al contrato de la Administración, ignorando con ello la uniformidad del régimen procesal y sustantivo, que justifica hablar de contrato público¹⁶. Esta es una conclusión cuestionable, pues el concepto de contrato administrativo, además de estatista e ineficiente, no responde a categorías reconocidas en las Leyes de Derecho Administrativo.

Así, como ha afirmado ALLAN R. BREWER-CARÍAS, la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración se resiste a desaparecer, a pesar de la uniformidad del régimen jurídico del contrato público. En especial, la distinción entre ambos contratos de cara a la teoría de las cláusulas exorbitantes es inútil pues, en suma, en todo contrato regido por la Ley de Contrataciones Públicas

Asimismo, vid. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "Principios de la contratación pública en el Derecho Administrativo global", en *Derecho PUCP* N° 66, Lima, 2011, pp. 29 y ss. Se ha advertido en todo caso que tal Derecho Global es fragmentario e impreciso. Cfr.: Cassagne, Juan Carlos, "La contratación pública: fronteras, tensiones e interrelación con el derecho privado en el nuevo escenario contractual", en *Revista Derecho & Sociedad*, N° 44, Lima, 2015, p. 19. Véase nuestra posición en Hernández G., José Ignacio, "El contrato administrativo frente al Derecho Administrativo Global. Una perspectiva Iberoamericana", en *Itinerario latinoamericano del Derecho Público Francés. Homenaje al profesor Franck Moderne*, Tirant Lo Blanch, Santiago de Chile, 2019, pp. 367.

¹⁴ Entre otras muchas sentencias, véase, de la Sala Político-Administrativa, la sentencia de 28-02-2018, caso *Provene, C.A.*, en la cual se afirma lo siguiente: "*se debe destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala para considerar un contrato como administrativo, han señalado como requisitos esenciales y concurrentes, los siguientes: i) una de las partes contratantes debe ser un ente público; ii) la finalidad del contrato debe estar vinculada a una utilidad pública o servicio público; iii) deben estar presentes ciertas prerrogativas de la Administración consideradas como exorbitantes*". Desde el 2015 el Tribunal Supremo de Justicia ha sido intervenido políticamente, con lo cual sus decisiones no responden a juicios imparciales y objetivos. Lo que en todo caso interesa señalar es que, en contra de las reformas legislativas, hay una corriente que mantiene la figura del contrato administrativo.

¹⁵ Araujo-Juárez, José, *La teoría...*, cit.

¹⁶ En especial, sobre la necesaria revisión del concepto de contrato administrativo, recientemente, vid. Torrealba, Miguel Ángel, "Las actuaciones bilaterales: los contratos públicos y los convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *La actividad y la inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*, EJV, Caracas, 2012, pp. 123 y ss., así como Subero, Mauricio, "Críticas a la doctrina del contrato administrativo en Venezuela", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo* N° 9, Caracas, 2016, pp. 91 y ss. De Torrealba, puede verse también "El contencioso de los contratos (50 años después)", en Hernández G., José Ignacio (editor), *Libro Homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación*, EJV, Caracas, 2015, pp. 279 y ss.

la Administración contratante podrá ejercer los derechos establecidos en esa Ley y que además deriven del contrato¹⁷.

2. La gestión de infraestructuras a través de la concesión administrativa y del contrato de obra pública como mecanismos de gobernanza privada

Uno de los contratos administrativos reconocido en el Derecho venezolano es la concesión, según se trate de la concesión del servicio público, de obras públicas o de bienes del dominio público¹⁸. Las dos últimas modalidades han sido objeto de una legislación especial, dictada con ocasión a la política de privatización implementada hacia fines del siglo XX¹⁹. En tal sentido, la concesión de servicio público permite al concesionario gestionar una actividad propia de la Administración, susceptible de explotación comercial, mientras que la concesión de obra pública permite al concesionario construir, mantener y explotar obras públicas. De lo anterior resulta que la remuneración del concesionario proviene del precio pagado por los usuarios del servicio público o de la obra pública²⁰.

La concesión administrativa ha sido catalogada como contrato administrativo, con lo cual, y más allá del régimen jurídico especial aplicable, tal concesión se ha regido por la teoría general del contrato administrativo, incluyendo el reconocimiento de las cláusulas exorbitantes e incluso, la existencia de una relación de sujeción especial con el concesionario²¹. Esta solución no deja de ser contradictoria, pues la finalidad de la concesión administrativa, en el Derecho venezolano, es transferir la gestión de servicios y obras públicas a la inversión privada como modalidad de privatización, todo lo cual se traduce en reglas especiales, por

¹⁷ Brewer-Carías, Allan, "Contratos de Derecho Privado de la Administración. Aspectos del régimen jurídico común con los 'contratos administrativos', con especial referencia a la potestad pública de modificarlos unilateralmente", Congreso Internacional Instituciones Administrativas, Inclusión, Paz y Convivencia, Bogotá 2016.

¹⁸ Badell Madrid, Rafael, *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*, Caracas, 2002.

¹⁹ En 1994 se dictó el *Decreto-Ley N° 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales*, sustituido en 1999 por la *Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones*. Como su nombre lo indica, el principal objeto de esta Ley fue promover la inversión privada a través de la concesión. Véase la obra colectiva *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos jurídicos financieros y técnico*, EJV, Caracas 2000.

²⁰ Brewer-Carías, Allan, "Notas sobre el régimen jurídico general de las concesiones administrativas en Venezuela", en *Libro Homenaje a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos*, UNAM, México D.F., 2013, pp. 61 y ss.

²¹ Turuhpial, Héctor, *La actividad administrativa*, CIDEP, Caracas, 2021, loc. 7470 (libro digital) y Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo. Volumen 3*, TSJ, Caracas, 2003, p. 356. Incluso, Turuhpial alude a la relación de sujeción especial en la que se encuentra el concesionario.

ejemplo, más favorables al arbitraje como forma de solución de controversias²². De esa manera, mientras que el régimen jurídico de la concesión promueve la inversión privada, el régimen jurídico del contrato administrativo desestimula esa inversión.

La concesión administrativa, bajo las modalidades de la concesión de obra y de servicio público, constituye uno de los instrumentos para promover la inversión privada en las infraestructuras. A estos efectos, entendemos por infraestructuras, en sentido amplio, a los bienes cuyo uso es indispensable para prestar servicios asociados al desarrollo social y económico²³. De acuerdo con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), las infraestructuras son *económicas* cuando ellas fungen como estructuras para prestar actividades económicas, tal y como puertos, aeropuertos, caminos, alcantarillado y centrales eléctricas. Las infraestructuras *sociales* son las que proveen las estructuras para satisfacer necesidades sociales en materias tales y como educación y salud²⁴.

Estas infraestructuras envuelven a dos conceptos claves del Derecho Administrativo: la obra pública (que alude a la infraestructura como bien tangible) y el servicio público (que aplica a las actividades prestadas a través de la infraestructura). En cualquiera de esos ámbitos la Administración puede procurar la colaboración de terceros. En esta materia, y en sentido cónsono con otros modelos, el Derecho Administrativo

²² Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, EJV-CIDEP, Caracas, 2016, pp. 78 y ss.

²³ El concepto de infraestructura puede ser empleado como sinónimo de redes (las redes de telecomunicaciones como infraestructura), o como el conjunto de recursos financieros y humanos que dan soporte a determinada actividad (la infraestructura de las Administraciones Públicas como sinónimo de sus recursos financieros y humanos). Desde el punto de vista de la inversión privada, el concepto alude a bienes cuyo uso es necesario para atender actividades anejas al desarrollo económico y social, típicamente, en el caso de puertos, aeropuertos y autopistas. También la expresión se ha empleado para describir a los bienes necesarios para la atención de actividades que el Derecho Administrativo considera de servicio público, o actividades de interés general, como sería el caso de las infraestructuras de telecomunicaciones, agua potable y electricidad. El interés se centra los bienes propiedad del Estado, o en todo caso, en las actividades cuya gestión debe garantizar el Estado, para lo cual procura la colaboración con la inversión privada. Existen infraestructuras privadas (redes privadas de telecomunicaciones, por ejemplo) respecto de las cuales el grado de intervención del Estado es mejor. Puede verse, entre otros, a Durán Martínez, Augusto, "Infraestructuras públicas-especial referencia a la legislación uruguaya sobre participación público-privada", en *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* N° 16, Volumen 16, 2021, pp. 293 y ss.

²⁴ Cavallo, Eduardo et al., (editores), *De estructuras a servicios: el camino a una mejor infraestructura en América Latina y el Caribe*, BID, Washington D.C., 2020, p. 3. El Derecho Administrativo, como resultado de las políticas de liberalización de fines del siglo pasado, comenzó a prestar atención al concepto de infraestructura. Entre otros, vid. Ariño Ortiz, Gaspar "Infraestructuras: un nuevo marco legal", en *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 33 y ss.

venezolano diferencia al contrato de obra de la concesión de obra, según el esquema de financiamiento. En el contrato de obra la Administración encomienda la construcción o mantenimiento de una infraestructura, pagando el precio pactado. En la concesión, como vimos, la remuneración del concesionario proviene del pago del precio por los usuarios. La Administración puede conceder solo la gestión de actividades asociadas a la infraestructura (concesión de servicio público), o puede además conceder la construcción o mantenimiento (concesión de obra pública). En realidad, como las actividades económicas gestionadas a través de la infraestructura requieren, al menos, llevar a cabo labores de mantenimiento, la técnica usual para confiar las infraestructuras a la inversión privada es la concesión de obra pública. Esta concesión, así, es un contrato híbrido, pues incluye las prestaciones relacionadas con la gestión de la actividad gestionada a través de la obra²⁵.

El contrato de obra es también un mecanismo de gobernanza privada de infraestructuras, que, además, puede adoptar la forma del contrato administrativo. Así, y a pesar de que la Ley de Contrataciones Públicas uniformó el régimen jurídico del contrato de obra, en la práctica, si la causa u objeto es el servicio público, entonces, el contrato de obra será un contrato administrativo y a resultas de ello, la Administraciones podrá ejercer las cláusulas exorbitantes. Lo que lo distingue de la concesión, principalmente, es el mecanismo de financiamiento, pero no el régimen exorbitante de Derecho Común²⁶.

Los conceptos de obra pública y servicio público, en el régimen jurídico-administrativo de la concesión y del contrato de obra en Venezuela, responden a una clara vocación estatista del Derecho Administrativo. Esto es evidente en el concepto de servicio público, que en Venezuela aplica a toda actividad que, expresa o tácitamente, es asumida por la Administración a través de la *publicatio*, todo lo cual justifica potestades inmanentes de control²⁷. Por lo tanto, en la concesión de obra pública, la Administración mantiene el control inmanente sobre las actividades de

²⁵ Con lo cual, en el Derecho Administrativo venezolano, el concepto de obra pública comprende el concepto de infraestructura, y la gestión de infraestructuras por la iniciativa privada puede responder a las modalidades del contrato de concesión de obra o de servicio público, según los casos. En general, vid. Badell Madrid, Rafael, "Régimen general de las concesiones administrativas en Venezuela", en Pérez Olivares, Enrique y Hernández G., José Ignacio (editores), *El Derecho Administrativo en los umbrales del siglo XXI: Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 139 y ss.

²⁶ Lares Martínez, Eloy, "El contrato de obra pública", en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, cit.

²⁷ Véase nuestra crítica al concepto de servicio público, en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, EJV, Caracas, 2006, pp. 145 y ss.

servicio público gestionadas a través de la infraestructura, como es el caso, por ejemplo, de servicios de transporte, de agua potable o de electricidad. A resultas de ese control inmanente, y más allá del régimen legal de la concesión y del texto del contrato, la Administración siempre podrá ejercer las llamadas cláusulas exorbitantes.

La contrapartida a tales cláusulas es la teoría del equilibrio económico financiero del contrato, presente en el régimen jurídico del contrato administrativo aplicable, en la práctica, a la concesión y al contrato de obra. Tal teoría predica que, si por causas imprevistas y no imputables se altera el equilibrio económico del contrato al punto de colocar en riesgo su ejecución, la Administración debe procurar el restablecimiento de tal equilibrio por medio de medidas de fomento. Tal teoría deja incólume el principio de riesgo y ventura, que supone que el contratista asume exclusivamente los riesgos de la ejecución del contrato, según se trate de la gestión de la obra o servicio bajo el régimen concesional, o la construcción de la obra bajo el régimen del contrato de obra²⁸.

Debido a que el régimen jurídico de la concesión se basa en el régimen jurídico del contrato administrativo, el principio general del cual parten los artículos 2 y 31, literal c) de la *Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones* es que el concesionario gestiona el contrato de concesión a su cuenta y riesgo. Con lo cual, en el régimen jurídico de la concesión, la Administración traslada enteramente el riesgo de la operación de la obra o servicio al concesionario privado, bajo el principio de riesgo y ventura. Luego, bajo este régimen jurídico, la gestión de las infraestructuras se confía por entero a la inversión privada, salvo las potestades de control y supervisión que preserva la Administración concedente²⁹.

II. La necesidad de adecuar el derecho administrativo venezolano a los estándares interamericanos de alianzas público-privadas

La evolución del Derecho Administrativo venezolano se frustró como resultado del auge autoritario populista iniciado en 1999, y que a partir de 2003 llevó a adoptar políticas públicas predatorias que destruyeron las garantías jurídicas de los operadores económicos privados. Esto llevó a que el régimen jurídico de promoción de la inversión privada

²⁸ Turuhpial, Héctor, *La actividad administrativa*, cit.

²⁹ Id., quien explica la vigencia del principio de riesgo y ventura. Véase igualmente a Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen III. Los actos administrativos y los contratos administrativos*, cit., pp. 939 y ss. a la revisión del régimen económico en caso de ruptura del equilibrio económico financiero.

por medio de la concesión fuese desaplicado, pues las políticas públicas se orientaron más bien a reducir el ámbito de la inversión privada. Para ello, el autoritarismo se valió de conceptos claramente estatistas del Derecho Administrativo venezolano, como el servicio público y, en especial, el contrato administrativo³⁰.

A resultas de ello, el proceso de convergencia de la actividad contractual de la Administración Pública que comenzó a adelantarse con la Ley de Contrataciones Públicas no logró avanzar. Así, el régimen jurídico de la contratación administrativa tampoco se renovó de acuerdo con las modernas tendencias en el Derecho Global³¹. Por el contrario, esa contratación siguió rigiéndose por las mismas instituciones formadas hacia la mitad del siglo pasado, claramente inadecuadas a las nuevas realidades sociales y económicas.

Como resultado de lo anterior, el Derecho Administrativo venezolano, en la práctica, se basó en la hegemonía de la Administración Pública en la economía, de nuevo, valiéndose de conceptos estatistas como el contrato administrativo. La legislación que logró sobrevivir a las reformas legales autoritarias mantuvo una visión opuesta, influenciada por el Consenso de Washington y la promoción de la privatización, como sucede con la todavía vigente *Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones*. Pero lo cierto es que, a nivel comparado, el Derecho Administrativo evolucionó para superar la dicotomía entre la intervención pública y la inversión privada en la economía. En especial, el Derecho Administrativo fue configurándose en torno a la figura del Estado garante, en el cual tanto la iniciativa pública como la inversión privada participan, conjuntamente, en la promoción del bien común³².

Estas transformaciones influyeron en el diseño institucional del contrato administrativo y en especial, de la concesión administrativa. Así, tal y como sucede en el Derecho venezolano, el régimen jurídico de la concesión administrativa descansa en la idea de la gestión privada de obras y servicios públicos bajo el principio de riesgo y ventura, sobre la base del régimen financiero anclado en el precio pagado por los usuarios. Bajo la figura del Estado garante, sin embargo, la gestión de las obras y servicios públicos –bajo la denominación, técnicamente más correcta,

³⁰ Sobre el autoritarismo del Derecho Administrativo venezolano y sus efectos adversos sobre las garantías jurídicas de los operadores económicos privados, vid. Hernández G., José Ignacio, *Controles de precio y de cambio. Auge y colapso institucional*, EJV, Caracas, 2021, pp. 78 y ss.

³¹ Por ejemplo, Rodríguez-Arana, Jaime et al. (editores), *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*, KAS, San José, 2011, pp. 57 y ss.

³² Parejo Alfonso, Luciano, *Estado y Derecho en procesos de cambios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 45.

de infraestructuras– parte del principio de coiniciativa. Así, tanto la Administración como la inversión privada participan, conjuntamente, en la gestión de las infraestructuras. Esto es, que la gestión de las infraestructuras –o gobernanza– descansa en la acción conjunta de la iniciativa pública y privada³³. A ello responde la figura jurídica de las alianzas público-privadas, inexistentes en el Derecho Administrativo venezolano pero indispensables para apalancar la recuperación económica.

1. Las alianzas público-privadas en la teoría general del contrato administrativo y la concesión

Las alianzas público-privadas (conocidas como APP), son un contrato suscrito por las Administraciones Públicas por medio de la cual se procura la colaboración de la inversión privada en la gestión de tareas o actividades que le son propias. El concepto puede ser confuso pues, en el fondo, toda contratación administrativa es siempre una contratación público-privada, en la cual la Administración Pública procura la colaboración de la iniciativa privada en tareas que le son propias. Lo que en realidad caracteriza al concepto de las APP es que la gestión del bien común –o gobernanza– pasa a ser responsabilidad conjunta de la Administración y la inversión privada³⁴. De esa manera, podemos tomar la definición empleada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional³⁵:

Se entenderá por “alianza público-privada” (APP) un acuerdo entre la autoridad contratante y una entidad privada para la ejecución de un proyecto, a cambio de pagos que serán efectuados por la autoridad contratante o los usuarios de la infraestructura, incluidos tanto los proyectos que entrañan una transferencia del riesgo de demanda al socio privado (“alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión”) como los tipos de APP que no entrañan esa transferencia del riesgo

³³ Prats, Joan, *La gobernanza de las alianzas público-privadas. Un análisis comparado de América Latina, Documento para la discusión N° IDB-DP-489*, BID, Washington D.C., diciembre de 2016, tomado de: <https://bit.ly/3w51YFA> Véase igualmente a Valaguzza, Sara y Eduardo Parisi, *Public Private Partnerships: Governing Common Interests*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2020, pp. 2 y ss. También se utiliza la expresión acuerdos público-privados, o contratos de colaboración público-privada.

³⁴ Peters, Guy, *The future of governing: four emerging models*, University Press of Kansas, 1996, pp. 72 y ss. Las APP, inicialmente, estuvieron influenciadas por las políticas de liberalización y privatización, las cuales permitieron redefinir la relación entre el sector público y el sector privado, que pasaron a valorarse de manera complementaria. Vid.: Bendick, Marc, “Privatization of Public Services: recent experiences”, en Brooks, Harvey et al., (coordinadores), *Public-Private Partnership*, Ballinger Publishing Company, Cambridge, 1984, pp. 153.

³⁵ *Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas*, aprobadas mediante Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 74/183 de 18-12-2019. El concepto está en la disposición modelo 2.

("alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión").

Como puede verse, el concepto de APP parte de un elemento central y dos elementos accesorios. El elemento central es que las APP se conciben como mecanismos de colaboración entre la Administración y el sector privado, todo lo cual supone superar la dicotomía entre la gestión pública/gestión privada, y en especial, la figura de la privatización. Así, la privatización supone el traspaso de actividades del Estado a la iniciativa privada, lo que implica que mecanismos de gobernanza públicos son sustituidos por mecanismos de gobernanza privados. Bajo la visión imperante tras el Consejo de Washington, la privatización coloca el énfasis en el aspecto cuantitativo de las Administraciones Públicas. En las APP, por el contrario, no hay mecanismos de gobernanza privada sino de gobernanza mixta, o si se quiere, público-privada. Por ende, en las APP se parte de un elemento cualitativo, en tanto la participación de la inversión privada no pretende sustituir la gestión pública, sino incrementar la calidad de las actividades prestadas a través de la Administración o mediante bienes de su propiedad, como en especial sucede con las infraestructuras³⁶.

Con lo cual, las APP parten de la figura del Estado garante: el rol del Estado no es gestionar directamente las infraestructuras, sino garantizar su gestión adecuada, mediante la complementariedad con la capacidad de la inversión privada.

Los elementos accesorios tienen que ver con la manera en la cual se distribuyen los riesgos. En la definición comentada, las APP pueden basarse en la atribución del riesgo al contratista (denominada concesión) o en la atribución del riesgo a la Administración contratante (lo que no daría lugar a la concesión). La expresión *concesión* induce a confusiones, pues como vimos, la concesión responde a una figura tradicional de la contratación administrativa basada en la gobernanza privada³⁷. Por ello,

³⁶ Vincent-Jones, Peter, *The new public contracting: regulation, responsiveness, relationally*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 14 y ss., y Vries, Piet de, "The modern public-private demarcation: history and trends in PPP", en *The Routledge Companion to Public-Private Partnerships*, Routledge, Oxon, 2013, pp. 9 y ss.

³⁷ Danós Ordoñez, Jorge, "Promoción de la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructuras y servicios públicos a través de concesiones", en *Advocatus* N° 2, 2000, pp. 55 y ss. La concesión, en su sentido tradicional, permite canalizar inversiones privadas para la gestión de infraestructuras bajo la transferencia de riesgos al concesionario. Eventualmente esa transferencia puede estar también presente en las APP. Sin embargo, como explicamos en la primera sección, la concesión se inspira en el contrato administrativo, lo que se traduce en la existencia de "elementos reglamentarios" en el contrato de concesión que permiten a la Administración actuar unilateralmente. Con lo cual, la diferencia entre el contrato administrativo de concesión y la concesión como modalidad de APP no

el elemento esencial o definitorio de las APP no reside en la transferencia del riesgo sino en la gobernanza mixta. Así, incluso si el riesgo es trasladado enteramente al contratista, las APP no son un mecanismo de privatización o de gobernanza privada, pues ellas parten de la estrecha colaboración con la iniciativa privada³⁸.

En especial, las APP permiten complementar las capacidades de la Administración con las capacidades del sector privado, tanto en conocimiento (*know-how*) como en recursos financieros. Con lo cual, las APP parten de la cooperación basada en la alineación de intereses, todo lo cual propende a que la gestión del contratista se oriente al desempeño, esto es, a incrementar la calidad en la gestión de la infraestructura. Esto último, precisamente, es lo que puede justificar el diseño de fórmulas de repartición de los riesgos asociados a la gestión de la infraestructura³⁹.

La distribución de riesgos es extraña a la teoría general del contrato administrativo. Así, aun cuando la Administración no se desprende –ni podría hacerlo– de la gestión del servicio público, lo cierto es que esa gestión es privada, por ende, se orienta por el principio de riesgo y ventura. Por ello, en la concesión administrativa –cuyo régimen, como vimos, parte de la teoría del contrato administrativo– el concesionario explota la obra o servicio a su cuenta y riesgo, como lo reconoce la Ley venezolana. Además, y debido a la tesis de las cláusulas exorbitantes, el régimen jurídico del contrato administrativo de concesión es imperfecto, en el sentido que el concesionario siempre quedará sujeto a poderes implícitos que, incluso, han sido considerados por un sector de la doctrina venezolana como una relación de sujeción de especial. Como se observa, en este concepto falta el elemento central de la colaboración orientada al bien común por medio de mecanismos híbridos de gobernanza. Y en especial, está ausente la distribución de riesgos, que modifica el principio de riesgo y ventura.

En este sentido, las APP se asemeja al contrato mercantil de sociedad –incluso, baja la modalidad de *joint venture*– en tanto la Administración participa conjuntamente con la inversión privada en la gestión de la infraestructura⁴⁰. Esto otorga flexibilidad a las APP pues su objeto

reside en la transferencia del riesgo sino en el diseño institucional del contrato, y el rol que cumple la gobernanza mixta.

³⁸ Véase, por ejemplo, el concepto de Engel, Eduardo *et al.*, *The Economics of Public-Private Partnerships*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 2 y ss.

³⁹ Como la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo ha concluido, las APP se basan en la alineación de intereses, entre la gestión del bien común y la percepción de ingresos. Esa alineación, en buena medida, depende de cómo se distribuyen los riesgos de la gestión. *Cfr.: Public-Private Partnerships. In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, OECD, 2008, pp. 17 y ss.

⁴⁰ El *joint venture* es una modalidad del contrato de sociedad, en el cual las partes acuerdan colaborar entre sí para alcanzar un objetivo común. De acuerdo con la

podrá variar según cómo se reparta el riesgo y, en general, según cómo se remunere al contratista. Ello marca otra distinción con la concesión que, por su naturaleza, y según vimos, solo procede respecto de actividades susceptibles de explotación económica, mientras que las APP podrían incluso proceder respecto de infraestructuras que, al menos en el corto plazo, no son susceptibles de explotación económica, al menos, para sustentar su autonomía financiera. De nuevo, esto realza que la vertiente de las APP es cuantitativa, en tanto lo que se pretende es incrementar la calidad en la gestión de las infraestructuras. Por ello, como hemos observado, las APP son un instrumento de la buena administración, en tanto se orientan a incrementar la calidad en la gestión de infraestructuras⁴¹.

Con lo cual, un elemento fundamental de las APP es la estrecha colaboración entre el sector público y el sector privado, que permite complementar sus capacidades por medio de mecanismos mixtos de gobernanza. Según los casos, esta colaboración puede justificar distribuir los riesgos, lo que supondrá matizar el principio de riesgo y ventura, característico del contrato de concesión. La distribución de riesgos, por ello, pasa a ser un aspecto determinante en las APP.

Este ha sido un elemento que la doctrina comparada, en especialmente en América Latina, ha estudiado. Así, RAFAEL DICKSON ha observado que el concepto de APP resulta ciertamente flexible, pues antes que describir un tipo específico de contrato –esto es, un contrato nominado– arroja a diversas formas de colaboración durante todas las fases del proyecto. De allí que esta figura resulta de interés en contratos de largo plazo, como aquellos asociados a la construcción, mantenimiento y explotación de infraestructuras. A estos efectos, las APP procuran la colaboración de la inversión privada en todas las fases de diseño, realización, ejecución y financiación, de manera especial, mediante mecanismos de financiamiento privado y el reparto de los riesgos. A la luz del Derecho Europeo y Español, DICKSON concluye que lo característico de las APP no es su objeto –que puede variar, incluso asumiendo derechos y obligaciones cercanos a la concesión– sino la estructuración de la

clasificación de las APP empleadas por el Banco Mundial –sobre la cual volveremos luego– las *joint venture* son una modalidad de APP. En todo caso, ellas reflejan el espíritu de colaboración que caracteriza a las APP, y que, en cierto modo, se apartan de los principios de gestión privada presentes en la concesión administrativa. Sobre el contrato de *joint venture*, en el Derecho Mercantil, vid. Otis-Rodner, James, “Los convenios de empresa conjunta (Joint Venture) y la legislación venezolana”, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 151*, Caracas, 1993, pp. 9 y ss.

⁴¹ Hernández G., José Ignacio, *La pandemia de la COVID y el Derecho Administrativo en América Latina*, Tirant-Lo Blanch, Universidad del Rosario, Bogotá, 2022, pp. 348 y ss.

financiación y el nuevo reparto de riesgos. Con lo cual, un elemento distintivo de las APP es que éstas permiten apartarse del riesgo y ventura asignado al contratista privado, implementando mecanismos que permitan distribuir los riesgos entre la Administración y a inversión privada para la promoción de la buena gestión de las infraestructuras⁴².

La atenuación del principio de riesgo y ventura implica que, de acuerdo con el caso concreto, los riesgos podrán distribuirse entre la Administración y el contratista, lo que incluso puede dar lugar a un esquema en el cual el contratista asuma los riesgos de la gestión, lo que, según la definición antes dada, supondría una modalidad concesional⁴³. Esta distribución de riesgos debe regirse por el principio de capacidad, en el sentido que cada parte debe asumir los riesgos para los cuales esté mejor preparada. Además, debido a las características de los proyectos de infraestructura (contratos a largo plazo que requieren inversiones en capital) la distribución de riesgo puede incidir sobre otros sujetos, en especial, los operadores a cargo de proveer el financiamiento, eventualmente, por medio de instrumentos de deuda pública⁴⁴.

De esa manera, y desde la teoría general de la contratación administrativa, puede concluirse que las APP no responden a un contrato nominado, sino a principios que inciden en los derechos y obligaciones de los contratos para el diseño, ejecución y explotación de infraestructuras. El rasgo característico es que la gobernanza de las infraestructuras pasa a ser mixta, pues el principal interés es procurar la colaboración entre el sector público y privado para incrementar la calidad en la gestión de las infraestructuras. A ello se le agrega que la característica de las infraestructuras exige analizar los mecanismos óptimos para la distribución de riesgos, tomando en cuenta que se trata de contratos de largo plazo que requieren inversiones en capital que, probablemente, podrán ser procurados por mecanismos financieros arbitrados por terceros. De ello

⁴² Dickson, Rafael, *La asignación de riesgos en la colaboración público-privada: una visión de España y República Dominicana con algunas precisiones en otras jurisdicciones de Iberoamérica*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 31 y ss.

⁴³ Bajo el contrato administrativo de concesión, como ya vimos, rige el principio del equilibrio financiero del contrato, lo que, en sentido estricto, no es una excepción al principio de riesgo y ventura. Así, el equilibrio económico no es una garantía del contratista, ni da lugar a mecanismos compensatorios. Por el contrario, este equilibrio es una garantía para la continuidad del servicio público, y por ello, se asimila a la actividad de fomento administrativo. Una consecuencia de lo anterior es que el equilibrio económico no debe proceder frente a riesgos que han debido ser previstos, todo lo cual se vincula con la figura de la teoría de la imprevisión del contrato administrativo. Véase, en referencia a un evento de gran actualidad, a Badell Madrid, Rafael, "Consideraciones sobre la teoría de la imprevisión en los contratos administrativos en virtud del COVID-19", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 160, Caracas, 2020, pp. 743 y ss.

⁴⁴ Dickson, Rafael, *La asignación...*, cit., pp. 231 y ss.

resulta un grado importante de complejidad, lo que eleva las exigencias de certidumbre y estabilidad, todo lo cual aconseja que el marco jurídico de las APP sea establecido de manera clara, lo que resulta contrario a la teoría de las cláusulas exorbitantes que, como vimos, elevan la incertidumbre e ineficiencia en la contratación administrativa⁴⁵.

Con lo cual, las APP no deben contraponerse al contrato de concesión. En realidad, los derechos y obligaciones de la concesión administrativa pueden estar presentes en modalidades de APP, en especial, si el riesgo operacional es asumido por el contratista. Pero incluso en este evento, y a diferencia de las APP, la concesión no puede ser valorada como un mecanismo de privatización o gobernanza privada, sino de gobernanza mixta orientada a elevar la calidad en la gestión de las infraestructuras bajo la figura del Estado garante.

2. La inadecuación del régimen jurídico del contrato administrativo de concesión y el colapso de las infraestructuras públicas en Venezuela

No existe, en el Derecho Administrativo venezolano, la figura de las APP. La gestión contractual de infraestructuras se somete solo a dos regímenes jurídicos, inspirados en la teoría del contrato administrativo: (i) el contrato de obra pública regulado en la *Ley de Contracciones Públicas*, en el cual la Administración asume la inversión financiera mediante el precio pagado al contratista, y (ii) el contrato de concesión, regulado en la *Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones*, en el cual el financiamiento proviene de la explotación comercial a cargo de la inversión privada, quien asume los riesgos. Ambos contratos, y a pesar de los cambios introducidos en la Ley de Contrataciones Públicas, pueden ser contratos administrativos, con lo cual (i) la Administración puede ejercer las cláusulas exorbitantes, lo que eleva los riesgos del contrato y (ii) el contratista asume todos los riesgos.

Este régimen jurídico es incompatible con los fundamentos de las APP. En concreto, se aprecian tres incompatibilidades: (i) en cuanto al financiamiento, el Derecho Administrativo venezolano solo contempla dos modalidades, a saber, el financiamiento público o el financiamiento privado. Además, (ii) en cuanto a la gobernanza y gestión de riesgos, el

⁴⁵ Sobre la potestad de rescisión unilateral, por ejemplo, véase el análisis de Perrino, Pablo, "La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público-privada en el Derecho Argentino", en *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global*, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2017, pp. 1.366 y ss. El autor cita a Aragone Rivoir, Ignacio, "Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)*, N° 25, Madrid, 2006, p. 11 y ss.

Derecho venezolano solo reconoce modalidades de gobernanza privada regidos por el principio de riesgo y ventura. Finalmente, (iii) el contrato de obra y la concesión, en tanto contratos administrativos, resultan imperfectos pues elevan la incertidumbre y riesgo político.

Además, el régimen jurídico del contrato administrativa de concesión es incompatible con el colapso de las infraestructuras públicas en Venezuela, como resultado de la emergencia humanitaria compleja producida por las políticas públicas arbitrarias adoptadas desde 2002. Así, Venezuela atraviesa un colapso económico solo comparable con países que han sufrido guerras y otras crisis similares. Este colapso puede medirse en distintas magnitudes, entre las cuales sobresale la caída del producto interno bruto (PIB):

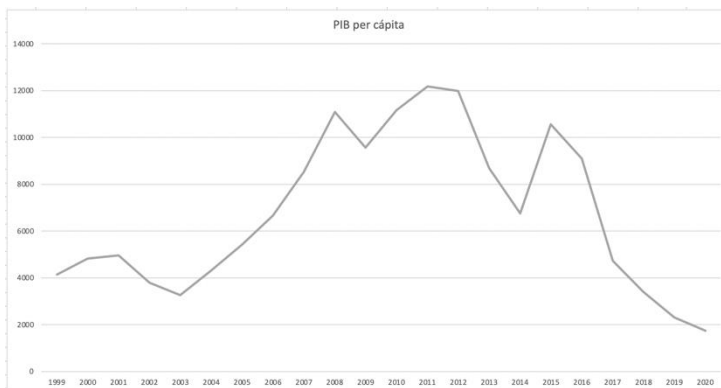


Gráfico N° 1. PIB per cápita en Venezuela, 1999-2020, en dólares de Estados Unidos (precios corrientes), Fuente: Fondo Monetario Internacional

Empleando cifras del Fondo Monetario Internacional, el PIB de Venezuela, en dólares (precios corrientes) estimado en 2020 implicaría una caída de cerca del 51% del PIB para 1999, cuando Hugo Chávez fue electo presidente, y una pérdida de cerca del 81% respecto del PIB de 2013, cuando Nicolás Maduro fue electo presidente. Como ha señalado RICARDO HAUSMANN, esta caída es muy superior a la Gran Depresión en Estados Unidos y a la Guerra Civil en España⁴⁶.

Este colapso no fue causado por desastres naturales ni guerras civiles. En realidad, este colapso fue ocasionado por las políticas autoritario-populistas impuestas, en especial, desde 2003, y luego continuadas por

⁴⁶ Las cifras se toman de: <https://bit.ly/3PexAQB> El PIB de 1999 se calcula en 97.517 millones de dólares y el de 2013 en 258.993 millones. La estimación del PIB para 2020 es de 48.610 millones. Las cifras se emplean solo a efectos referenciales, para dar una idea de la magnitud de la caída. Véase en general a Hausmann, Ricardo, "El colapso de Venezuela no tiene precedentes", *Prodavinci*, 31-07-2017, <https://bit.ly/3MdrGxs>

Nicolás Maduro desde 2013. En relación las infraestructuras, es preciso mencionar varias políticas y sus efectos adversos⁴⁷:

Así, y en *primer* lugar, se adoptaron medidas ilegítimas con efecto expropiatorio, las cuales destruyeron los derechos económicos de los inversionistas privados. A estos efectos, y como explicamos en la sección anterior, el régimen jurídico del contrato administrativo facilitó la implementación de estas medidas expropiatorias, como sucedió en especial en el sector de hidrocarburos y, en general, en contratos públicos que fueron unilateralmente terminados por la Administración. Estas terminaciones unilaterales, adoptadas de manera arbitraria, en muchos casos dieron lugar a procesos de arbitraje internacional de inversiones, lo que se tradujo en condenas en contra del Estado venezolano⁴⁸.

En *segundo* lugar, y en conexión con lo anterior, la gestión de las infraestructuras fue asumida por las Administraciones Públicas, reduciéndose dramáticamente el rol de la inversión privada⁴⁹. A tales efectos, y además de fortalecer la gestión pública, se promovió un proceso de centralización, afectándose sensiblemente las competencias en materia de infraestructuras que habían sido descentralizadas a estados y municipios⁵⁰. Como resultado de ello, el Poder Nacional centralizó, por medio de sus Administraciones Públicas, la gestión de las infraestructuras.

En *tercer* lugar, el precio de las infraestructuras se sometió a técnicas de control que, por efecto de la inflación, derivó en un sistema de precios claramente insuficiente para asumir los gastos de capital y operativos necesarios para el adecuado mantenimiento de las infraestructuras. Incluso en ciertas áreas –peajes– tal precio fue suprimido. La fijación de precios claramente insuficientes, e incluso, la promoción del acceso gratuito a las infraestructuras implicó que su mantenimiento dependiese exclusivamente de inversiones públicas, lo que a su vez era dependiente del espacio fiscal. En ese sentido, el *boom* del ingreso petrolero y el sobreendeudamiento, especialmente a partir de 2006, llevaron a un ambicioso programa de expansión de infraestructuras (viales y ferroviarios, por ejemplo). El dismantelamiento del Estado de Derecho, sin embargo, derivó en malas prácticas administrativas y una creciente

⁴⁷ Hernández G., José Ignacio, *Controles de...*, cit.

⁴⁸ Hernández G., José Ignacio, "Balance y perspectivas del Arbitraje Internacional de Inversiones", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 10, Caracas, 2017, pp. 69 y ss.

⁴⁹ Hernández G., José Ignacio, "La regulación económica de actividades de interés general y la vuelta a modelos estatistas", en *Modernizando el Estado para un país mejor. IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima, 2010, pp. 143 y ss.

⁵⁰ Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, EJV-FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 20 y ss.

corrupción. Muchas de las infraestructuras cuya construcción se inició nunca culminaron⁵¹.

Por último, y *cuarto* lugar, el sobreendeudamiento y la caída del ingreso petrolero como resultado de la destrucción de la industria, redujeron dramáticamente el espacio fiscal, lo que llevó a una caída de las inversiones públicas en las infraestructuras. El mejor rostro de ello es el colapso de inversiones públicas en el sector eléctrico, que comenzó a manifestarse en interrupciones al suministro eléctrico⁵². En marzo de 2019 este colapso llevó a la interrupción del suministro eléctrico en todo el país⁵³.

Una forma de medir el colapso de las infraestructuras es a través de la capacidad estatal. Así, como se explicó, las infraestructuras fueron nacionalizadas y centralizadas, con lo cual su gestión fue asumida por las Administraciones del Poder Nacional. Las políticas arbitrarias, junto con la corrupción, han mermado notablemente la capacidad del Poder Nacional para cumplir con sus cometidos, en especial, en lo que respecta a la gestión de las infraestructuras, al punto que hoy Venezuela puede ser calificada como un Estado frágil⁵⁴.

Así, en el índice de fragilidad⁵⁵ puede apreciarse cómo, desde 2013, la fragilidad estatal aumentó dramáticamente, esto es, que la capacidad del Estado de cumplir con sus cometidos –incluyendo la gestión de las infraestructuras– se redujo dramáticamente:

⁵¹ Por ejemplo, véase, de Transparencia Venezuela, los reportes sobre obras inconclusas: <https://bit.ly/3Ps4D3Y>

⁵² Hernández G., José Ignacio, "La regulación eléctrica en Venezuela: de la liberalización a la nacionalización", en *Direito das Infraestruturas – Um Estudo dos Distintos*, Mercados Regulados, Lumen, São Paulo, 2011.

⁵³ Véase la crónica de ello en Newman, William, *Things Are Never So Bad That They Can't Get Worse: Inside the Collapse of Venezuela*, St. Martin's Press, Nueva York, 2022, pp. 7 y ss.

⁵⁴ Hernández G., José Ignacio, "El derecho de acceso a los servicios públicos, el Estado fallido y la responsabilidad de la administración. El caso de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela", en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo* N° 16, Caracas, 2018, pp. 501 y ss.

⁵⁵ *Fragile state index. Annual report 2020*, Fund For Peace, Washington D.C., 2020, p. 7.

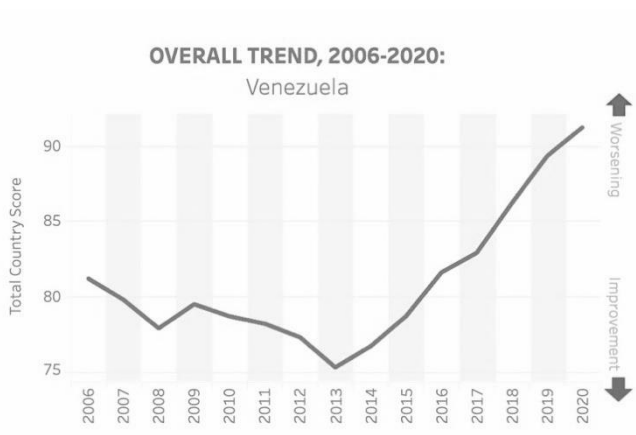


Gráfico N° 2. Fragilidad estatal de Venezuela 2006-2020. Fuente: Fund for Peace

Dentro de las políticas necesarias para superar la emergencia compleja en Venezuela y promover el crecimiento económico estable e inclusivo, como ha observado el BID⁵⁶, está la recuperación de las infraestructuras. Así, el impacto del colapso del Estado venezolano sobre el sector económico privado ha quedado muy bien reflejado en el estudio del Banco Interamericano de Desarrollo sobre las condiciones actuales de la empresa privada, tomando en cuenta los resultados de dos encuestas implementadas entre 2019 y 2020, a saber, *Enterprise Survey* y *World Management Survey*. De acuerdo con JOSÉ LUIS SABOÍN, los principales obstáculos percibidos por las empresas en Venezuela se relacionan con inestabilidad macroeconómica, inestabilidad política y fallas de suministro eléctrico, que son síntomas del colapso del Estado⁵⁷.

Debido al colapso financiero del Estado, las inversiones en gastos de capital que requieren las infraestructuras deben provenir del sector privado, dejando a salvo los mecanismos de financiamiento de organismos multilaterales (y que, en todo caso, también requerirán la cooperación de la inversión privada). No obstante, el rol de la inversión privada no puede ser el de la privatización. Así, la privatización supone que existen actividades económicas en marcha que pueden ser transferidas al sector privado. De allí que la concesión, como se explicó en la sección anterior, solo aplica para infraestructuras que puedan ser gestionadas con cierto grado de autonomía económica. Pero en Venezuela las infraestructuras no son empleadas para gestionar actividades en marcha, visto su colapso. De ello resulta que no se trata de bienes “privatizables”.

⁵⁶ Abuelafia, Emmanuel y Saboín, José Luis, *Una mirada a futuro para Venezuela*, BID, Washington D.C., 2020, p. 1.

⁵⁷ Saboín, José Luis, *The Venezuelan Enterprise. Current situation, challenges and opportunities*, BID, Washington D.C., 2021, p. 32.

Además, mientras que la privatización sustituye al Estado en retirada, el rol de la inversión privada en Venezuela es suplir al Estado en colapso⁵⁸.

El adecuado diagnóstico del colapso de las infraestructuras en Venezuela facilita comprender por qué el régimen jurídico del contrato administrativo de concesión es inadecuado para promover la recuperación económica a través del rescate de esas infraestructuras. A modo de recapitulación, podemos resumir las siguientes causas que determinan esa incompatibilidad:

La *primera* causa que determina la incompatibilidad del régimen jurídico del contrato administrativo de concesión, es que éste se basa en la gobernanza privada por medio de la privatización de infraestructuras que puedan ser gestionadas con cierto grado de autonomía financiera. Como explicamos, el colapso de las infraestructuras públicas hace que éstas no puedan ser gestionadas por técnicas de privatización. De nuevo, no se trata de sustituir la gobernanza pública de infraestructuras por mecanismos de gobernanza privada, sino de atender las tareas que el colapsado Estado no puede cumplir.

En relación con lo anterior, y en *segundo* lugar, tampoco el contrato de obra es una opción, pues el colapso estatal impide a las Administraciones Públicas asumir las inversiones de capital necesarias para rescatar las infraestructuras públicas.

El régimen jurídico de la concesión administrativa es incompatible con las exigencias de la recuperación económica en Venezuela, en *tercer* lugar, debido a la inseguridad jurídica que deriva de las instituciones autoritarias del contrato administrativo, en especial, las cláusulas exorbitantes como poderes implícitos y la teoría de la relación de sujeción especial. La recuperación de las infraestructuras pasa por restablecer los derechos económicos que fueron destruidos, y ello exige erradicar las instituciones del contrato administrativo, que desconocen esos derechos económicos. Para ello, en realidad, basta con respetar las reformas introducidas por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Contrataciones Públicas, y que han sido ignoradas por un sector de la doctrina y jurisprudencia.

La *cuarta* y última razón que determina la incompatibilidad del régimen jurídico del contrato administrativo, es que éste se basa en mecanismos de gobernanza privada, y no reconoce que la gestión de las infraestructuras puede procurarse más efectivamente por medio de mecanismos de colaboración con la iniciativa privada, que derive en mecanismos mixtos de gobernanza inspirados en los estándares de la buena administración. Además, el régimen jurídico de la concesión se

⁵⁸ Seguimos lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, *Controles de...*, cit.

basa en la asignación de los riesgos al inversionista privado, cuando lo cierto es que la gobernanza mixta pasa por analizar, en cada caso, cómo podrán repartirse los riesgos.

3. La necesaria reforma legislativa para introducir las figuras de las APP en el Derecho Administrativo venezolano, erradicando la figura del contrato administrativo

De acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, el colapso de las infraestructuras en Venezuela requiere implementar mecanismos contractuales guiados por estos principios: (i) el objetivo último es recuperar la calidad en la gestión de las infraestructuras, incluyendo la garantía del suministro eléctrico, como respuesta al colapso estatal; (ii) las Administraciones Públicas, de acuerdo con la figura del Estado garante, deben asumir la garantía de gestión efectiva de las infraestructuras; (iii) las limitaciones de espacio fiscal obligan a procurar mecanismos alternativos de financiamiento privado, eventualmente, mediante instrumentos de deuda pública; (iv) el colapso estatal debe complementarse con la capacidad de la inversión privada, mediante mecanismos mixtos de gobernanza, y (v) el régimen jurídico de la inversión privada debe garantizar los derechos económicos mediante reglas claras.

Ni el contrato de obra ni la concesión cumplen con estas cinco exigencias, con lo cual, es necesario reformar el Derecho Administrativo. Estas reformas deben inspirarse en las APP, precisamente, en tanto ellas facilitan la implementación de mecanismos mixtos de gobernanza orientados a desempeño, que partan de una distribución racional de riesgos. Con estos objetivos en mente, y tomando en cuenta las propuestas del Banco Mundial⁵⁹, entre 2018 y 2019 propusimos una reforma legislativa orientada a incorporar la figura de las APP en el Derecho Administrativo venezolano, específicamente para facilitar la recuperación de las infraestructuras y con ello, atender a una de las limitaciones más vinculantes al crecimiento económico.

Esta propuesta debería incluirse en una Ley llamada a adoptar integralmente las reformas regulatorias más necesarias para apalancar las políticas de recuperación económica, todo lo cual deja a salvo la revisión integral del marco de contrataciones públicas en Venezuela. Como esa revisión es parte de un proyecto más ambicioso de reconstrucción del Derecho Administrativo venezolano, el objetivo fue adoptar solo las reformas legislativas indispensables para la recuperación económica y la superación de la emergencia humanitaria compleja, todo lo cual quedó recogido en un proyecto de Ley –la *Ley Ómnibus*– que reunía

⁵⁹ Véase: <https://bit.ly/3L4tGGJ>

sistemáticamente todas esas reformas. A continuación, resumimos los aspectos centrales de esta propuesta.

Así, en este proyecto, las APP son instrumentos para la recuperación económica y la atención de la emergencia humanitaria compleja, considerando de manera especial las fallas de capacidad estatal que impiden a las Administraciones Públicas cumplir con los deberes del Estado garante, para la promoción del bien común bajo los estándares de la buena administración. A tales efectos, el proyecto de Ley contempló un régimen contractual de especial aplicación frente a los regímenes jurídicos de la concesión y el contrato de obra.

Dentro de las modalidades contractuales previstas, se contempló los acuerdos de gestión, mantenimiento y operación, incluyendo contratos basados en desempeño, respecto de aquellos bienes que no puedan ser gestionados bajo condiciones económicas autónomas, así como contratos de concesión, de construcción-operación-traspaso (BOT), de diseño-operación-construcción (DBO), y demás modalidades de estos contratos, incluyendo el contrato de arrendamiento, respecto de aquellos bienes que puedan ser gestionados bajo condiciones económicas autónomas.

Tomando en cuenta el nivel de endeudamiento público y la necesidad de adoptar mecanismos innovadores de renegociación de la deuda pública, también se incluyeron mecanismos contractuales para el canje de deuda por activos, pero condicionando ello a las inversiones necesarias para la puesta en operación de estos activos, incluyendo eventualmente infraestructuras.

Así, el proyecto de Ley dispone que los contratos de mantenimiento, gestión y operación de infraestructuras se orientarán a promover la gestión eficiente de aquellas empresas y activos del Estado cuya situación patrimonial no permita, de manera inmediata, su enajenación al sector privado o su gestión mediante concesión, especialmente, en los sectores de electricidad, agua y saneamiento, transporte público y aseo urbano. Podrán incluirse, dentro de esta modalidad, los acuerdos público-privados basados en el pago de subsidios directos al contratista privados basado en la medición objetiva del desempeño en la gestión de la actividad que se le confía.

En cuanto al régimen jurídico, el proyecto realzó la importancia de implementar procedimientos de selección de contratistas regidos por los principios de igualdad, publicidad, transparencia y simplificación, en especial, mediante el uso de tecnologías de la información y de la comunicación (TICs).

Asimismo, el proyecto previó la necesidad de incorporar en los acuerdos público-privados cláusulas de estabilidad jurídica, con el propósito de asegurar a la inversión la estabilidad de las condiciones económico-financieras esenciales del contrato durante su tiempo de vigencia, siempre salvaguardando el derecho a regular del Estado. Una condición esencial para ello es desaplicar el régimen del contrato administrativo. De esa manera, las APP se definen como contratos públicos, sometidos a las Leyes de Derecho Administrativo, pero también al Derecho Civil, en especial, por lo que respecta al principio de acuerdo con el cual el contrato es Ley entre las partes. Con ello, de manera expresa, se eliminó la arbitraria figura de las cláusulas exorbitantes, y la autoritaria tesis según la cual el contratista privado mantiene una relación de sujeción especial con la Administración. Tales figuras fueron eliminadas en tanto ellas elevan irracionalmente los riesgos políticos, cuando un objetivo central para la recuperación económica en Venezuela es procurar estabilidad en un entorno de por sí dinámico e inestable.

Finalmente, la reforma legislativa de las APP refuerza la figura del arbitraje como mecanismo para solucionar controversias, no solo en relación con inversionistas extranjeros sino también en relación con inversionistas nacionales. Ya explicamos que una condición para promover la recuperación económica en Venezuela es restablecer los derechos económicos, lo que además contribuye a reducir el riesgo político en las APP. A estos efectos es necesario introducir mecanismos de solución de controversias que faciliten garantizar el cumplimiento de contratos. Ante la destrucción del Poder Judicial, el arbitraje luce como una alternativa apropiada para reducir los riesgos asociados al cumplimiento de los contratos.

Conclusiones

Desde la década de los cuarenta del siglo XX, el Derecho Administrativo venezolano incorporó la figura del contrato administrativo, en especial, para la gestión privada de infraestructuras a través del contrato de obra y la concesión administrativa. Como consecuencia de ello, el régimen jurídico de la gestión privada de infraestructura se basa en mecanismos privados de gobernanza en los cuales se eleva el riesgo político, ante las figuras autoritarias del contrato administrativo, como en especial sucede con las cláusulas exorbitantes. La figura del contrato administrativo se ha mantenido en la práctica, a pesar de que fue eliminada en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Contrataciones Públicas. Este marco jurídico resulta inadecuado para promover la recuperación de las infraestructuras en Venezuela, tomando en cuenta su colapso económico y social.

Tal inadecuación puede resumirse en cuatro puntos: (i) el contrato de concesión aplica a infraestructuras que puedan ser gestionadas con autonomía financiera, y de allí que se trate de una modalidad de privatización, siendo que el colapso estatal impide que muchas de las infraestructuras puedan ser privatizadas. De esa manera, la finalidad no es sustituir al Estado en retirada sino suplir al frágil Estado. Además, (ii) el contrato de obra requiere de espacio fiscal para financiar las inversiones públicas, siendo que el colapso estatal ha reducido notablemente ese espacio. Asimismo, (iii) el régimen del contrato administrativo –que aplica, en la práctica, a la concesión y al contrato de obra– eleva el riesgo político y la inseguridad jurídica, mientras que el colapso venezolano precisa reducir el riesgo político y fortalecer la seguridad jurídica. Finalmente, (iv) tanto la concesión como el contrato de obra se basan en el principio de riesgo y ventura, mientras que la promoción de la inversión privada en infraestructuras requiere ponderar esquemas de distribución del riesgo, especialmente, ante la participación de varios operadores, tomando en cuenta las especiales exigencias del proyecto financiero de las infraestructuras.

En tal sentido, debe recordarse que las APP no son un contrato nominado, sino más bien, una macro categoría contractual basada por tres principios cardinales: (i) la adopción de mecanismos híbridos de gobernanza basados en los estándares de la buena administración; (ii) la distribución de riesgos entre la Administración y el contratista privado, y (iii) la adopción un marco contractual que disminuya los costos de transacción mediante la protección de los derechos económicos del inversionista.

A estos efectos, es necesario reformar el marco legal de los contratos de obra y de concesión, a fin de introducir modalidades abiertas de APP que sigan estos tres principios. A estos fines, la reforma legislativa, expresamente, debe erradicar la autoritaria figura del contrato administrativo y las cláusulas exorbitantes, ratificando que la Administración solo podrá ejercer los derechos previstos en la Ley y en el contrato, cuyo fundamento último será la promoción del bien común a través de la garantía de gestión eficiente de infraestructuras basado en la centralidad de la persona y, en concreto, el derecho de acceso a las infraestructuras. ■

Derecho económico y programas de cumplimiento

Jesús A. VILLEGAS RUIZ*

REDAV, N° 22, 2021, pp. 127-158

Resumen: El derecho económico es una materia interdisciplinaria, dedicada al análisis de cuestiones como la regulación de mercados, el régimen de la competencia o los derechos de los consumidores. Desde una perspectiva de *compliance*, un programa de cumplimiento debe responder las preguntas que presenta el derecho público económico, al ser la empresa objeto de un sinfín de regulaciones relacionadas con su participación económica en el mercado. A los efectos de este ensayo, el derecho económico enfocado a la empresa tiene tres vertientes de aristas complejas: el derecho de la competencia, el derecho de los consumidores, y la regulación de las prácticas económicas ilícitas, que podemos tratar, sin mucha precisión teórica, como un trinomio regulatorio independientemente de la autonomía de estudio de dichas ramas. Por esta razón, se ha afirmado que el derecho económico abarca sectores del ordenamiento jurídico no integrados exclusivamente ni en el Derecho Público ni en el Derecho Privado, y que por tanto han de ser estudiados desde ambos puntos de vista, necesariamente complementarios. Los problemas de derecho económico, entonces, ni son completamente públicos, ni son completamente privados.

Palabras clave: Antimonopolio – Derecho de la competencia – Derechos de los consumidores – Programa de cumplimiento.

Abstract: *Economic law is an interdisciplinary subject which purpose is the analysis of several topics such as markets regulations, competition law or consumers rights. From a compliance perspective, a compliance program must give answers to questions of economic public law, as the corporation is affected by several regulations related to its economical participation in the market. For the purpose of this paper, economic law has three aspects of complex edges: competition law, consumers rights and the regulation of illicit practices, which we may discuss, without much theoretical precision, as a "regulatory trinominal" regardless the autonomy of the study of each area. For this reason, it has been affirmed that the problems of economic law, neither completely public nor private.*

Keywords: Antitrust – Competition law – Consumer rights – Compliance program.

Recibido

28-03-2022

Aceptado

18-04-2022

* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Maestría en Derecho Americano, Universidad de Boston. Maestría en Derecho Comparado, Universidad de Pensilvania. Candidato a Magíster en Administración de Empresas en el IESA. Profesor en la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. Miembro incorporado de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Un especial agradecimiento a Isabella Perera por la corrección bibliográfica y de estilo de la versión definitiva de este ensayo.

I. Derecho a la libre competencia y su impacto empresarial

Si el derecho de la competencia nace, precisamente, para proteger al consumidor y las empresas en sus respectivos nichos de mercado, la regulación antimonopolio tiene sentido por su carácter *preventivo*. No en vano, el objetivo de la Ley Antimonopolio venezolana es, precisamente, la protección del mercado en su conjunto. Ahora bien, ¿cómo debe comportarse una empresa responsable bajo las reglas de la libre competencia? Un ejemplo práctico radica en la necesidad de una empresa que compite en adecuar sus prácticas de mercadeo a estándares legalmente aceptados y permisibles en cualquier mercado bajo reglas justas. Para la dirección de mercadeo de cualquier empresa, el derecho de la competencia es una consideración fundamental ya que permite establecer los límites de la propia actividad de mercadotecnia empresarial, delimitando las prácticas ilícitas y las lícitas. He allí la verdadera importancia de un *antitrust compliance program* empresarial: la protección de la empresa competitiva frente actores o conductas propias anti-competitivas.

1. ¿Por qué se regula la competencia económica?

El fin del derecho de la competencia es garantizar la eficiencia económica –entendida la competencia como la oportunidad de que oferentes puedan ofrecer sus productos y los consumidores puedan acceder u elegir a su ofrecimiento en el mercado– para lograr el bienestar de los consumidores mediante la prevención de las fallas del mercado que pueden producirse como consecuencia de agentes económicos que pretendan alterar la libre formación de los precios¹. En este contexto, el precio de los productos ofrecidos en el mercado se definiría por la oferta y la demanda de los oferentes y demandantes de bienes y servicios, respectivamente. La competencia no es más que la participación económica en el mercado, y que la ley la protege para el beneficio de los consumidores de bienes y servicios.

En términos económicos, las economías de mercado se basan en el principio que son las propias personas las responsables de la generación de riqueza, y que ellos pueden enriquecerse aún más si deciden comerciar bienes y servicios de forma voluntaria en mercados competitivos. Si los precios de tales intercambios comerciales son competitivos, la sociedad como un todo es más rica. Por ello, un objetivo fundamental del

¹ Mónaco Gómez, Miguel, *Regulación de los monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del derecho de la competencia* (Caracas, UCAB, 2015), p. 16.

derecho de la competencia es asegurar que los mercados son, efectivamente, competitivos, para así asegurar la generación de riqueza².

Ahora bien, no existe un mercado ideal en el mundo contemporáneo y jurisdicciones alrededor del mundo están muy lejos de serlo. Pero sí que se han creado leyes que buscan promover la libre competencia de oferentes en el mercado en beneficio de los consumidores. Así las cosas, para proteger la competencia, la ley ha determinado ciertas prácticas económicas ilícitas que busca castigar a toda costa. En efecto, un mercado sano no puede permitir, por ejemplo, manipulaciones de precios, boicots entre actores económicos, restricciones al comercio, entre otras varias actividades perjudiciales.

Al final, la verdadera víctima de estas prácticas económicas ilícitas son los consumidores finales que desean consumir entre las opciones que legítima y económicamente presenta el mercado. Por ello se ha afirmado acertadamente que el ideal de competencia sobrepasa las fronteras nacionales: es una filosofía de mercado, la competencia incrementa el desarrollo económico e intelectual y mejora las condiciones del consumidor³. Por ello, compartimos la opinión de BENTATA sobre una noción de *competencia ensanchada*: el derecho de la competencia no se reduce a una relación de competidores en el mercado, sino también respecto a los consumidores⁴.

A. Regulación de la concentración económica e importancia empresarial

La empresa negocia, contrata y distribuye sus productos y servicios en múltiples mercados. Independientemente se trate de una empresa de consumo masivo o una empresa prestadora de servicios, la empresa en sí misma tiene una participación en el mercado y puede, dependiendo de su posición, impactar en la economía nacional. El estudio del derecho económico tiene importancia para la empresa pues ella, sin saberlo en muchas ocasiones, puede impactar el mercado y realizar actuaciones que pueden ser consideradas ilícitas. Por ejemplo, una empresa puede abusar de su posición dominante en contra de otros competidores. También puede, por ejemplo, abusar de la publicidad de sus

² Hovenkamp, Herbert, *Principles of Antitrust* (West Academic Publishing, 2017), p. 1-2.

³ Id.

⁴ Tal como señala BENTATA, "sabemos que el mayorista representa para el fabricante la solución del doble problema de almacenamiento y distribución [...] pero el fabricante sólo puede retener su independencia creando una demanda para sus bienes propios mediante la publicidad [...] el derecho de la competencia se encarga de poner límites a esta publicidad, con el objeto de proteger al consumidor –tercer personaje obligado del drama económico–". Bentata, *Teoría General de las Prácticas Económicas Ilícitas* (Caracas, EJV, 1995), p. 389.

productos en detrimento de una sana competencia. La empresa debe velar por controles internos que ayuden a mitigar esta clase de riesgos con trascendencia económica y que impacta la misma esencia de los negocios. Por ello, es de especial relevancia en materia de competencia económica la determinación de mercados relevantes y su relación con los derechos constitucionales de los consumidores⁵.

Para ilustrar este punto, usemos un ejemplo: pensemos por un momento en una empresa manufacturera y comercializadora de productos alimenticios. La empresa *produce* los productos alimenticios que oferta al mercado. Pero también, la empresa *almacena, distribuye y comercializa* tales productos a través de distribuidores, mayoristas y clientes pequeños. Para que sus productos sean conocidos por el mercado, y por ende pueda saciar las necesidades de los consumidores, deben ser productos *conocidos* y por ello *publicitados* por la empresa. En este ejemplo, no sabemos cuál es la participación en el mercado de la empresa de

⁵ Respecto a los mercados relevantes en materia de salud y su impacto a los consumidores, la Sala Político-Administrativa ha señalado que el mercado relevante está referido al grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma (un monopolista hipotético) pueden influir de manera rentable, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia. En este sentido: *"Aunado a las consideraciones expuestas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), hoy Superintendencia Antimonopolio, en la Resolución que hoy se recurre, la cual fue ratificada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, se puede determinar la atracción inevitable de todas las acciones o actividades que ejerzan los agentes económicos en donde existan situaciones en donde se vea, directa o indirectamente, afectado el derecho a la salud, siendo obligación de todos los tribunales de la República, incluida esta Sala, su protección como derecho constitucional inviolable, estando obligados a velar por el efectivo cumplimiento del mismo, así como de todos los derechos establecidos en nuestra Carta Magna. En virtud de lo anteriormente explicado, la Superintendencia, al momento de establecer como mercado relevante 'El mercado de financiamiento privado de servicios de salud por centros de salud Tipo A, a empresas de seguros y medicina prepagada, y de éstas a los asegurados o a los que requieran de financiamiento privado de dichos servicios en el territorio nacional', incluyó correctamente a las empresas de seguros, puesto que las actuaciones que puedan realizar éstas dentro de su actividad económica específica, relacionadas con los servicios de Hospitalización, Cirugía y Maternidad (HCM), se ven inmersas en actividades relacionadas con la salud privada, abarcando el ámbito de competencias en el que se desenvuelve la sociedad mercantil Hospital Clínicas Caracas, C.A. Visto esto, esta Sala determina que sí existe efectivamente un mercado relevante determinado y determinable, en el cual las empresas de seguros y los centros de salud privados, incidan directamente entre ellos, afectando, en última instancia, al consumidor final, el cual es en este caso, aquella persona natural que necesita el resguardo efectivo de su derecho constitucional a la salud, contemplado en el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela"*. Sentencia N° 561, 13-06-2016, (*Seguros Caracas de Liberty Mutual C.A v. Procompetencia*). en: <https://bit.ly/39hjuxh>

productos alimenticios. Pero independientemente de ello, sabemos que la empresa tiene una cuota de participación en el mercado y que compete frente a otros competidores similares, con precios similares por los bienes que ofrece y en igualdad de condiciones. Este sería el escenario ideal de competencia que no siempre es el real.

Ahora supongamos que la empresa bajo estudio tiene una posición de más del 95% del mercado y que distribuye sus productos por medio de grandes distribuidores como terceros ajenos a la compañía. ¿Puede la empresa establecer condiciones unilaterales en el transporte de sus productos? ¿Puede ser esto un tema relativo a la competencia? La respuesta a la primera interrogante pareciera ser negativa, pues, la empresa no puede abusar de su posición dominante para establecer unilateralmente condiciones comerciales. De esta manera, sí nos encontramos en un problema potencial en materia de regulación de competencia económica. En este ejemplo, vamos a asumir que tenemos en conocimiento que la empresa de productos alimenticios puede ser catalogada por otras empresas con quienes tiene relaciones comerciales como una empresa con “posición de dominio”.

En este sentido, la Ley Antimonopolio venezolana establece una prohibición de contratos que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, falsear, limitar o impedir la competencia económica justa, en todo o parte del mercado. Así las cosas, en este ejemplo debe tenerse en consideración que toda actuación o contrato que impida la entrada o produzca la salida o impida la permanencia de empresas, sus productos o servicios en todo o parte del mercado, se encuentran prohibidos en el artículo 5 de la Ley Antimonopolio.

Una empresa transportista, pudiera alegar en el marco de los distintos contratos suscritos, que tales negocios jurídicos tienen como efecto restringir o impedir su efectiva competencia en el mercado. Precisamente, una de estas formas restrictivas en las que pueden incurrir un agente económico es que en el marco de un contrato obligue o someta a otros a aceptar prestaciones “*suplementarias*” que no estén vinculadas con el objeto de este o a usos propios del comercio, imponiendo de manera unilateral una condición que, en un mercado con competencia efectiva, evidentemente no podría suceder⁶.

De igual manera, los contratos ofrecidos a la empresa de transporte deben ser ofrecidos en igualdad de condiciones. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12, en sus numerales 1 y 4 de la Ley

⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia N° 1083, 24-10-2018 (*Consortio El Recreo C.A v. PROCOMPETENCIA*), en <https://bit.ly/3l3WoNI>

Antimonopolio⁷, por ejemplo, pudiera ser recomendable una sanción contractual a imponer a las empresas transportistas sea proporcional y adecuada al caso específico de cada una, sin discriminación. Así, sólo puede justificarse cláusulas de suspensión o de responsabilidad civil diferentes en la medida en que pueda justificarse que esa diferencia atiende a una situación particular de determinado transportista, pues de lo contrario se pondría sin justificación a unos en condiciones más desfavorables que a otros.

De existir discriminación en el establecimiento de sanciones contractuales en los distintos contratos suscritos con transportistas similares, la empresa de productos alimenticios correría el riesgo de que tales actuaciones sean consideradas como condiciones de comercialización de servicios desiguales en perjuicio de los distribuidores, y por ello, se constituya en un abuso de la posición de dominio.

Las empresas se relacionan con otros actores del mercado por medio de contratos y otras formas de relacionamiento comercial. De esta manera, un contrato mal concebido y estructurado puede tener graves implicaciones en materia de competencia económica, ya sea por el refuerzo de una situación propia de la empresa (su participación en el mercado que la denomina como dominante) o una conducta expresamente prohibida (a través de la manipulación de precios de los productos ofertados). Nuestro ejemplo de las condiciones unilaterales a los transportistas de la empresa productora de productos alimenticios es interesante por dos razones: en primer lugar, evidencia que no siempre aplica la autonomía de la voluntad de los contratantes y hay razones externas y legales a considerar en la contratación empresarial. En segundo lugar, también ilustra la situación por la cual una gran empresa pueda verse fácilmente vinculada a problemas de competencia que jamás hubiesen estado en el radar empresarial. Allí radica la importancia del derecho económico ampliamente considerado y aplicado a la empresa.

a. Antitrust como problema empresarial global

Aunque la concentración económica de las empresas puede variar de país en país y el derecho de la competencia, esencialmente, es territorial (los Estados establecen regulaciones propias de lo que debe entender como competencia económica y cómo debe protegerse), no es

⁷ Ley Antimonopolio. Art. 12. *"Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional y, en particular, quedan prohibidas las siguientes prácticas: [...] 1. La imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización o de servicios. [...] 4. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros"*.

menos cierto que la adquisición de un competidor significativo en otra jurisdicción puede tener consecuencias en materia de competencia para los dos países (el país de origen de la empresa, el país donde se concreta la adquisición propiamente dicha). La legislación de la competencia es esencialmente territorial, pero no por ello, es un problema exclusivamente local. Existen, en efecto, diversos niveles de competencia: sectorial nacional, sectorial regional y sectorial internacional⁸. Pero no se trata de sólo variaciones de grado sino también de naturaleza en cuanto a las diversas legislaciones nacionales pueden entrar en conflicto entre ellas⁹.

Desde 1976, agencias gubernamentales de los Estados Unidos requieren una notificación previa para la realización de las grandes adquisiciones comerciales de acuerdo con lo establecido en el *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, aplicando sus disposiciones a toda adquisición foránea que afecte el comercio dentro de los Estados Unidos¹⁰. De igual forma, la Unión Europea ha realizado lo mismo en el marco de sus regulaciones de fusiones y adquisiciones comunitarias¹¹. Las regulaciones que prevén el control de las fusiones y adquisiciones en el marco de la competencia han tenido sus conflictos entre ellas. En 1997, tanto las autoridades de la Unión Europea como las norteamericanas revisaron la propuesta de fusión entre dos compañías norteamericanas fabricantes de aeronaves, *Boeing y McDonnell Douglas*. Aunque la *Federal Trade Commission* aprobó la fusión, la Dirección General de Competencia de la Unión Europea objetó la fusión y sólo admitió su procedencia luego de que Boeing acordara importantes concesiones en el marco de la fusión¹².

Así, en palabras de la dirección de competencia, “la concentración propuesta conduciría al fortalecimiento de una posición dominante a través de la cual la competencia efectiva se vería obstaculizada significativamente en el mercado común de acuerdo con las regulaciones vigentes”¹³. Adicionalmente, en algunas jurisdicciones, existe una regulación de competencia que permite la colaboración de los particulares a través de un *Leniency Program*.

⁸ Bentata, cit., p. 389.

⁹ Id.

¹⁰ Vagts, Detlev F., William S. Dodge, Harold Hongju Koh & Hannah L. Buxbaum, *Transnational Business Problems* (New York, University Casebook Series, 2012), 5^o ed., pp. 448-449.

¹¹ Id., p. 448.

¹² Id., p. 460.

¹³ Dirección General de Competencia de la Unión Europea, Decisión de la Comisión del 30-07-1997, *Boeing/McDonnell Douglas*, Caso IV/M.877, en <https://bit.ly/38lVqt2>

En el derecho norteamericano, por ejemplo, existe un programa extensivo de cooperación con las autoridades federales en materia de competencia como incentivo de mejores prácticas corporativas¹⁴ y con resultados interesantes a lo largo de los años¹⁵. En todo caso, podemos apreciar que la competencia económica tiene un claro matiz de interés público por los entes reguladores: es la sana competencia económica lo que está en juego, y en este esquema regulatorio, las empresas hacen negocios. Analicemos el derecho detrás de esta idea de seguidas.

B. Nociones básicas de derecho de la competencia venezolano

Analizado el problema de fondo, el marco normativo venezolano es ambiguo en muchos aspectos y poco ejecutado en la práctica comercial, pero no por ello debe ser obviado y dado como inválido. La norma rectora en Venezuela es la Ley Antimonopolio, y con ella, haremos varios comentarios respecto a su aplicación para los negocios, sus implicaciones prácticas y cómo un programa de cumplimiento debe establecer lineamientos de actuación empresarial en esta materia. Una diferencia conceptual entre el derecho de la competencia venezolano y el *antitrust* norteamericano, es que el primero encuentra su origen e inspiración directa en el Derecho de la Competencia Europeo, al punto de que algunas de sus disposiciones legales en la materia son prácticamente una copia de este¹⁶. No obstante, el plano teórico de todo este asunto surge inmediatamente la pregunta ¿se protege la competencia o se prohíben los monopolios? ¿Es acaso esto lo mismo? ¿Qué debe hacer la empresa ante esta clase de problemas?

a. Prácticas prohibidas específicamente

Las regulaciones de competencia prohíben conductas comerciales de las empresas en el mercado de bienes y servicios. En sentido amplio, usaremos las palabras conducta o práctica como sinónimos a los efectos de este ensayo. En todo caso, es importante aclarar que toda conducta desencadena un acto jurídico con efectos legales. Esta distinción es clave, pues, a los ojos de la ley, no será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro competidor, de los consumidores o del orden público económico; basta constatar que la generación de dicho daño sea potencial, para que se apliquen las sanciones legales previstas en el ordenamiento jurídico que resulte aplicable.

¹⁴ U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Corporate Leniency Policy*, 1993, en <https://bit.ly/39f8ccU>

¹⁵ U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades*, 2010, en <https://bit.ly/3MIJW7y>

¹⁶ Mónaco, cit., p. 113.

La legislación venezolana establece una prohibición general y varias específicas en materia de competencia económica. De forma general, se prohíben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la competencia económica. La prohibición, concebida en estos términos, busca formular la base de una política económica de libre competencia, de manera que la misma no sea impedida, restringida, falseada o limitada en forma alguna¹⁷. Ahora bien, las conductas específicamente prohibidas son reguladas por la necesidad de normar la participación de la empresa y su actividad económica desde el punto de vista del desarrollo de la competencia económica.

Tradicionalmente se ha señalado que la Ley Antimonopolio prohíbe expresamente las barreras indebidas al mercado, el boicot a la libre competencia, la manipulación de los factores de producción, los acuerdos para restringir o impedir la libre competencia, los carteles y demás formas de colusión entre competidores, las concentraciones económicas que restrinjan la competencia o produzcan una situación de dominio en el mercado, la fijación de precios o condiciones de reventa, y el abuso de la posición de dominio¹⁸.

En primer lugar, las barreras indebidas del mercado se encuentran reguladas en el artículo 6 de la Ley Antimonopolio que dispone que “*se prohíben las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la Ley, pretendan impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado*”. En un ambiente de libre competencia, los actores económicos pueden entrar y salirse del mercado sin impedimento alguno. Por lo tanto, cualquier conducta que impide u obstaculice la entrada o permanencia de empresas, productos, o servicios en todo o en parte del mercado, está particularmente prohibido¹⁹. Por interpretación en contrario, de haber un derecho protegido por ley, ya sea por una marca comercial o una patente, tales actuaciones se encontrarían permitidas²⁰.

La prohibición de prácticas exclusionarias se encuentran generalmente prohibidas como una forma de barrera de entrada. En *Corporación Optilaser, C.A v. Procompetencia* se sostuvo que la restricción generada por este tipo de prácticas exclusionarias produce la reducción de la competencia efectiva en el mercado, así como un daño al consumidor,

¹⁷ Brewer-Carías, Allan, Gustavo Linares Benzo, Luis Ortiz Álvarez & Faustino Flamarique, *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia* (Caracas, EJV, 1996), p. 22.

¹⁸ Id., p. 30 y ss.

¹⁹ Id., p. 29.

²⁰ Id.

quien ve reducidas las opciones de mercado²¹. De allí que, para que se configure, debe estar probada la eficiencia de la actuación para producir tal exclusión. De acuerdo con *Corporación Optilaser, C.A.*, los tres requisitos concurrentes para la efectiva aplicación de las sanciones establecidas en la Ley Antimonopolio son (i) la capacidad de las empresas de afectar actual o potencialmente el mercado; (ii) la realización de una práctica que dificulte la permanencia y el desarrollo de la actividad económica de un agente económico, o impida la entrada de nuevos competidores, en todo o parte del mercado; (iii) que la exclusión de empresas del desarrollo de la actividad económica obedezca a la aplicación de políticas comerciales que no sean justificables por razones de eficiencia económica²².

En segundo lugar, *los carteles y demás formas de colusión entre competidores* se encuentran prohibidos, y en particular, se encuentra prohibido:

1. Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio.
2. Limitar la producción, la distribución, comercialización y el desarrollo técnico o tecnológico.
3. Restringir inversiones para innovación, investigación y desarrollo.
4. Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores.
5. Aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.
6. Subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos²³.

De acuerdo con la terminología generalmente aceptada en materia de competencia, el término cartel se refiere a un acuerdo entre competidores con un objeto contrario a la competencia²⁴. La empresa no puede, directa o indirectamente, ser partícipe en acuerdos que voluntariamente entre competidores afecte la competencia como un todo. En este sentido, por ejemplo, los acuerdos para la fijación de precios son prohibidos por la legislación nacional y extranjera, al entenderse generalmente, violatorios a las reglas básicas de sana competencia

²¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia N° 1291, 21-09-2017 (*Corporación Optilaser, C.A v. Procompetencia*), en <https://bit.ly/3yybLpa> Id.

²³ Ley Antimonopolio, Art. 9.

²⁴ Brewer-Carías, Allan et al, cit., p. 31.

económica. Las prácticas conjuntas entre competidores para la fijación de los precios distorsionan el mercado, al privarlo del mensaje principal que utiliza el consumidor para decidir su preferencia entre un competidor y otro²⁵.

Finalmente, queremos destacar, lo que en nuestra opinión es el sentido y ser de la regulación de competencia: la *prohibición del abuso de la posición de dominio*. En Venezuela, ha sido el criterio administrativo reiterado definir el abuso de posición de dominio como:

[...] la facultad que tienen uno o varios agentes económicos (vinculados entre sí) de ejercer influencia considerable en el mercado, de manera independiente, sin tener en cuenta y sin que se lo impidan sus competidores, compradores o distribuidores, proveedores, usuarios o consumidores, ya sea por la falta de otros competidores o porque existen factores que hacen que la competencia vea, de alguna manera, obstruida²⁶.

El artículo 12 de la Ley Antimonopolio expresamente establece: “Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional”.

Sin ánimos de entrar en las profundas delimitaciones conceptuales de esta materia teóricamente fascinante, el elemento central para considerar la presencia de una posición de dominio es el “poder de mercado” que pueda ostentar un productor, lo cual será un grado suficiente que le permita a este actuar de forma independiente de otros productores que pretendan competir con él. En consecuencia, ello le permitirá tomar decisiones sobre el precio u otros factores relevantes de comercialización sin consideración a sus competidores, ni tampoco los consumidores²⁷. Así, muchas prácticas pueden ser consideradas como posición de dominio.

Dentro de la posición de dominio se discute si dicho poder tiene o no impacto en los precios finales a los consumidores en el mercado. El precio es quizás el elemento más importante de una transacción comercial (aunque no es el único) y al mismo tiempo es la señal más visible que envían los agentes económicos al mercado²⁸. Los precios que la empresa decida comercializar sus bienes o servicios pueden tener o no, impacto en la competencia económica de acuerdo con su posición en el mercado. Así, el establecimiento de precios unilateralmente pudiera ser considerado como una conducta anticompetitiva dependiendo de las

²⁵ Id., p. 41.

²⁶ Citado por Mónaco, cit., p. 116. Resolución N° SPPLC/0016-95, Servicios Técnicos Schindler, C.A. v. Ascensores Schindler de Venezuela, C.A.

²⁷ Id., p. 117.

²⁸ Brewer-Carías, Allan et al., cit., p. 41.

circunstancias²⁹. En virtud de ello, lo verdaderamente fundamental desde el punto de vista de la estrategia comercial empresarial, es delimitar los límites de la estrategia de precios: la empresa puede entrar en conductas comercialmente violatorias a la competencia económica con una errada estrategia de precios y el programa de cumplimiento debe establecer protocolos para que las leyes de la competencia sean protegidas y ejecutadas cuando sea necesario.

b. Competencia desleal

Al margen de los preceptos establecidos en la Ley Antimonopolio, existen igualmente varias actividades económicas ilícitas que pueden generar la apertura de procedimientos administrativos especializados por los entes reguladores. Este hecho ilícito puede revestir o no carácter penal. La empresa, así como su programa de cumplimiento, debe ser lo suficientemente flexible para señalar aquellas prácticas ilícitas que atentan contra su integridad corporativa de forma respetuosa al ordenamiento jurídico existente.

La legislación sobre la competencia venezolana, en buena medida, versa sobre la prohibición de la competencia desleal. Adicionalmente, el derecho de la competencia delimita las conductas ilícitas a través de la teoría de las prácticas económicas ilícitas. Así, el hecho ilícito corporativo se sustenta en buena medida tanto en el derecho de la competencia, el derecho de las obligaciones, como el derecho de la propiedad intelectual. La multiplicidad de fuentes no quiere decir que su análisis legal sea complejo. En realidad, las prácticas económicas ilícitas tienen distintas perspectivas que se yuxtaponen. Así, un problema de competencia, puede ser también un problema obligacional o un problema de propiedad intelectual, dependiendo la óptica de la controversia en cuestión.

Hemos advertido que las compañías compiten entre sí para tener un espacio en el mercado. Por una parte, las empresas pelean por su cuota de mercado, y por la otra, los consumidores adquieren los bienes y servicios ofertados por las empresas. Ahora bien, esta competencia debe ser legal y respetuosa a lo establecido por las regulaciones vigentes. Sobre esta idea nace la noción de competencia leal en el mercado.

²⁹ Tradicionalmente, se ha establecido las categorías de precios predatorios y los precios abusivos como formas de precio prohibidas en el mercado. Por una parte, los precios predatorios son aquellos precios muy bajos con el objeto de sacar fuera del mercado a los competidores que no pueden competir con ese nivel de precios, con la probable consecuencia que los precios en ese mercado subirán otra vez después de que el competidor haya sido forzado a salir. (Citado por Mónaco, cit., p. 120. Resolución N° SPPLC/0027-2002, *Vitrofibras v. Centroplast*.) Por otra parte, los precios abusivos, son los precios establecidos por la empresa dominante que difiere en exceso del precio que regiría en un entorno competitivo. (Citado por Mónaco, cit., p. 122. Resolución N° SPPLC/0043-2004, *APROPACA v. MANPA*).

La competencia leal no es más que la reafirmación que toda competencia económica entre empresas debe realizarse en el marco de la legalidad. ¿Pero que implica legalidad en este contexto? La lealtad, en forma muy genérica, significa como concepto que guarda a alguien o algo la debida fidelidad. Dicho en otras palabras, es el respeto a los límites de la competencia ajena. Por ello, la diferenciación entre las conductas comerciales lícitas e ilícitas, son claves para entender las implicaciones del actuar empresarial.

La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización. La Ley Antimonopolio establece cuatro categorías de prácticas desleales: (i) la publicidad engañosa, (ii) la simulación o imitación, (iii) el soborno comercial y (iv) la violación de normas. Sin embargo, un lector acucioso, no negaría lo confuso que pueda parecer la fundamentación de la regulación de las conductas desleales³⁰.

Dentro de estas grandes cuatro categorías se subsumen múltiples acciones igualmente ilícitas. Así, por ejemplo, la revelación de secretos empresariales puede ser considerada como una práctica desleal, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno³¹, promoción de productos con base en declaraciones falsas, entre otras muchas prácticas. El espíritu de la norma sobre prácticas desleales es ser *amplísima* en su rango de aplicación y subsumir en ella múltiples supuestos de hecho ilícitos. Ahora bien, no toda competencia desleal es un asunto de competencia económica.

En este sentido, se ha sostenido acertadamente que dentro de la legislación venezolana existen dos perspectivas a partir de las cuales se sancionan los actos desleales y que se distinguen entre sí por los intereses que las distintas normas tutelan³². Por una parte, la primera perspectiva tiene que ver con los intereses de los particulares y con el derecho por parte de los afectados de solicitar indemnización ante los órganos jurisdiccionales ordinarios por los daños y perjuicios ocasionados por un comportamiento desleal³³. Por otra parte, se refiere claramente a la protección de un interés público –el orden público económico–, asumido por las normas antimonopolio que sancionan los actos desleales al

³⁰ González Porras, Enrique, “La regulación de la competencia desleal en Venezuela”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 20 (2005), p. 94, en <https://bit.ly/39cEB3V>

³¹ Cabe destacar que la práctica de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno consiste en la utilización de una prestación o utilidad conseguida por un tercero sin su consentimiento, que no se encuentra protegido por un derecho de propiedad industrial. (*Todoticket 2004, C.A. v. Vale Canjeable Ticketven, C.A. Id.*)

³² Pesci Feltri, Flavia, “La competencia desleal en el sistema venezolano de derecho de la competencia”, *Revista de Derecho*, N° 56 (2005), pp. 210-211, en <https://bit.ly/3w4lYZ1>

³³ *Id.*

considerarlos ilícitos de antitrust desde el mismo momento en que pueden cercenar la competencia económica del mercado³⁴.

Desde la normativa antimonopolio también se puede considerar como una práctica desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja adquirida como resultado del incumplimiento de una norma jurídica o reglamentaciones técnicas, tales como ambientales, publicitarias, tributarias, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la normativa especial en concreto³⁵.

En cuanto al termino daño que crea la competencia desleal se ha mantenido que no se precisa su efectiva concurrencia para que pueda hablarse de competencia desleal, sino, que es suficiente que exista un daño potencial, un peligro de daño que pueda considerarse posible debido a la modalidad o naturaleza de determinados actos³⁶. Precisamente, el artículo 16 de la Ley Antimonopolio expresamente dispone que:

[...] no será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro competidor, de los consumidores o del orden público económico; basta constatar que la generación de dicho daño sea potencial, para que se apliquen las sanciones legales previstas en el ordenamiento jurídico que resulte aplicable.

En todo caso, el derecho de la competencia se abstiene de formular reglas generales rígidas que encajonen su interpretación y resulten imprácticas³⁷. La regulación de la competencia desleal no es más que eso, parámetros generales de conductas jurídicas contrarias al sano ejercicio de la competencia económica, y con ello, tales prácticas ilícitas pueden ser sumamente diversas y requerirán un análisis caso por casos para ponderar su ilicitud e impacto al mercado desde los ojos del derecho de la competencia.

II. Derechos de los consumidores

A diferencia del derecho de la competencia que se enfoca en la figura de los competidores, el derecho de los consumidores se centra desde la perspectiva de los usuarios de bienes y servicios que proveen los competidores para el consumo. Ahora bien, para que un programa de cumplimiento sobre regulación económica sea exitoso es importante un conocimiento exhaustivo previo de la normativa vigente y aplicable

³⁴ Id.

³⁵ Ley Antimonopolio, Art. 17.4.

³⁶ *Todoticket 2004, C.A. v. Vale Canjeable Ticketven, C.A.*

³⁷ Id.

al consumidor, entendiendo su necesaria interconexión con el derecho de la competencia económica.

Se ha sostenido acertadamente que el derecho de los consumidores y usuarios reconocido en el artículo 117 de la Constitución sólo puede materializarse si median condiciones efectivas de competencia, esto es, concurrencia de operadores en el mercado como condición necesaria para que los consumidores y usuarios puedan libremente seleccionar bienes y servicios de calidad³⁸. De igual manera, no es novedoso advertir que existen múltiples instrumentos legales que establecen numerosos delitos de naturaleza económica. Por ejemplo, la Ley Orgánica de Precios Justos (LOPJ), es la ley marco y referencia en materia de delitos económicos que atenten contra los consumidores.

1. ¿Derecho de los consumidores en Venezuela?

En el marco de una relación entre consumidor y proveedor de bienes, se ha descrito a la categoría de consumidores como aquella persona que adquiere un bien o servicio para su uso definitivo, en contraposición a un fin de lucro, pero que se encuentra en una situación de desventaja económica frente al proveedor que le entrega ese bien o servicio por una contraprestación³⁹. Esta situación típica se da entre los productores y distribuidores de bienes y servicios, por una parte, y por la otra, y los usuarios o consumidores de tales bienes y servicios⁴⁰. En tales casos, se trata no sólo de proteger a ese contratante más débil, sino de asegurar la dirección general de la economía en beneficio de toda la colectividad⁴¹.

En sentido amplísimo, la legislación venezolana del consumidor provee en mayor o menor medida (i) protección al consumidor basada en la regulación del objeto de consumo, (ii) basada en el sujeto, (iii) protección según el modelo económico constitucional, y (iv) protección según la situación económica⁴². En efecto, en la contratación diaria de la

³⁸ Hernández, José Ignacio, "Libre competencia y defensa de los consumidores y usuarios", *Revista de Derecho Público*, N° 102 (2005), p. 26, en <https://bit.ly/3w8MMYf>

³⁹ Basile, Miguel, "La inconstitucionalidad de normas en materia de protección al consumidor por crear condiciones adversas a los consumidores por sus efectos económicos: un estudio a partir de la jurisprudencia venezolana", *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 71 (2017), p. 74, en <https://bit.ly/3L8pqWE>

⁴⁰ Melich Orsini, José, "Las particularidades del contrato con consumidores", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 111 (1999), p. 85, en <https://bit.ly/3Pacbit>

⁴¹ Id.

⁴² En este sentido, véase, Chacón Gómez, Nayive, "Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que 'precios justos'", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* (2017), pp. 145 y ss., en <https://bit.ly/3yBHdD4>

gran empresa frente a los consumidores de los bienes que adquieren de esta, crea un escenario comercial donde el concepto de autonomía de la voluntad de las partes se encuentra íntimamente relacionado con el principio de libertad en la contratación, pero tal principio cede su espacio desde principios del siglo pasado ante el intervencionismo que postula el Estado social y de Derecho⁴³. De esta forma, aunque la legislación actual tiene una fuerte tendencia a la regulación de los precios, no es menos cierto, que existen principios generales de protección al consumidor derivados de la Constitución y múltiples casos judiciales en este sentido.

El derecho al consumidor venezolano es confuso por su regulación ambigua, poco precisa y dispersa más allá de los establecido por la LOPJ. Por ejemplo, la aún vigente Ley sobre Propaganda Comercial⁴⁴ establece ciertas prohibiciones para la realización de propaganda comercial, sin entrar a definirla⁴⁵. Sin embargo, se ocupa de los llamados sistemas de bonificación al consumidor, ya sea mediante estampillas, cupones, vales, bonos, contraseñas o signos pagaderos en dinero o en especie, estableciendo un procedimiento para la autorización de su emisión y entrega a los consumidores⁴⁶.

Por una parte, aun cuando la LOPJ afirma que tiene por objeto garantizar el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades, esta no contempla un elenco de normas tendientes a describir los derechos de los ciudadanos en lo que se refiere al acceso a los bienes y servicios, como sí lo hacía la derogada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y servicios⁴⁷. De esta forma, la LOPJ se enfoca exclusivamente en la temática de la estructura de costos y el establecimiento de los márgenes de ganancias⁴⁸. La realidad, es que el derecho al consumidor no sólo abarca del establecimiento de precios, sino también el libre acceso adecuado a los bienes y servicios en situaciones en las cuales, por ejemplo, no medie fraude y sea en condiciones de acceso justas.

En Venezuela, por ejemplo, no existe regulación respecto al uso de internet para la compraventa de bienes y servicios. A medida que la industria publicitaria crece en internet, por ejemplo, será cada vez más

⁴³ Citado por Chacón Gómez, Id. en Annichiarico, José: "La obligación de seguridad y los contratos de consumo", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 148 (2010), pp. 129-162.

⁴⁴ Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 21.503, de fecha 06-09-1944.

⁴⁵ Chacón Gómez, cit.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Reverón Boulton, Carlos, "Notas sobre la Ley Orgánica de Precios Justos", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 3 (2014), pp. 155-172, especialmente p. 161, en <https://bit.ly/3PbLfrT>

⁴⁸ Chacón Gómez, cit., p. 153.

importante resolver el asunto de los fraudes⁴⁹. Los consumidores, los anunciantes, las páginas que incluyen publicidad pagada y los grandes portales están involucrados en una situación técnica, legal y social muy compleja⁵⁰. Un programa de cumplimiento puede establecer nociones básicas de protección al usuario y cómo la compañía puede afrontar este tipo de situaciones que potencialmente pueden dañar la reputación del negocio, sin necesidad de que exista expresa obligación legal en este sentido, como pudiera ser el caso de la regulación bancaria vigente⁵¹.

En todo caso, el programa de cumplimiento económico debe entender que la empresa puede ostentar un poder de mercado y que dicho poder tiene consecuencias legales, regulatorias, y de cumplimiento. Esta consideración no sólo es fundamental desde un punto estrictamente legal –¿cuál estrategia legal empleará la compañía en caso de una queja por parte de sus consumidores habituales?– sino que debe formarse y entrenarse a los empleados de la empresa respecto a este tipo de situaciones para no incurrir en prácticas que atentes o sean violatorias al derecho de los consumidores⁵².

III. Prácticas económicas ilícitas y el revés de los delitos económicos

La empresa puede incurrir en hechos ilícitos corporativos en su práctica comercial diaria. Así como hay distintos tipos de responsabilidad que puede acarrear la empresa (penal o civil), la contrapartida de este análisis es el hecho ilícito en sí mismo que realiza la empresa en violación del ordenamiento jurídico. En opinión de algunos, los criminólogos y penalistas han prestado poca atención al derecho de responsabilidad extracontractual, un tema estrechamente relacionado con la conceptualización de ciertos delitos de cuello blanco como delitos

⁴⁹ Kerin, Roger A., Steven W. Hartley & William Rudelius, *Marketing*, (Mc Graw-Hill Edición, 2014), 11ª ed., p. 491.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Norma Prudencial, Normas relativas a la protección de los usuarios y usuarias de los servicios financieros, SUDEBAN. En materia bancaria, la SUDEBAN ha emitido normas sublegales para la regulación y protección de los intereses de clientes y usuarios del sistema bancario nacional. En tal sentido, las instituciones bancarias deberán prestar a sus clientes una adecuada atención en cuanto operaciones, transacciones, reclamos o quejas y solicitudes que éstos realicen y cuya atención será completamente gratuita. (Norma prudencial, Art. 3). En <https://bit.ly/3wmG9jQ>

⁵² En un análisis poco profundo, un ejemplo de ello pudiera ser el desabastecimiento voluntario en determinadas zonas geográficas por intereses comerciales, teniendo una doble violación este hipotético, tanto como de potencial práctica anticompetitiva como de potencial violación al derecho del consumidor en el acceso del bien o servicio prestado.

propiamente dichos⁵³. El delito y el hecho ilícito no son diferentes en cuanto al comportamiento del actor⁵⁴. Más bien, son dos instituciones existentes para hacer frente a la conducta ilícita⁵⁵. Esta situación podemos caracterizarla a efectos prácticos de este ensayo, como hecho ilícito corporativo.

Ahora bien, tales hechos ilícitos corporativos no necesariamente tienen una implicación regulatoria desde una perspectiva de derecho público o derecho penal. Las prácticas económicas ilícitas son aquellas prácticas comerciales que violan alguna norma de rango legal en el curso de actividades comerciales.

Así, prácticas como la piratería, el fraude, el abuso de patrocinio, las importaciones paralelas, son ejemplos de malas prácticas comerciales que tienen consecuencias legales negativas y representan riesgos para la empresa y su reputación, pero que muchas veces no encuentran su sustento en una razón de competencia, por ser un derecho meramente privado el que se encuentra afectado. Tangencialmente, las prácticas económicas ilícitas pueden tener implicaciones en materia de competencia económica y protección a los consumidores, pero es autónoma en el sentido de que cualquier tercero puede tener una acción civil frente a la empresa de acuerdo con la teoría de la responsabilidad extracontractual.

1. Teoría general de las prácticas económicas ilícitas

Las prácticas económicas ilícitas son aquellas actuaciones comerciales que las empresas pueden cometer voluntariamente o no, que pueden constituir ilícitos de naturaleza civil o administrativa, y que pueden impactar la actividad empresarial misma por ser considerados tanto como actuaciones anticompetitivas, violatorias a los derechos de los consumidores, o sencillamente contrarias a la legalidad. En este ensayo, nos aglomeramos las prácticas económicas ilícitas sin importar su distinción entre las subáreas del derecho que competen, pues, el interés de la empresa es evitar que tales prácticas ocurran, en aras de mantener una excelente reputación comercial y su adecuación al marco de la

⁵³ Carter, & Blum-West, *Bringing White-Collar Crime Back in: An Examination of Crimes and Torts, Social Problems*, Vol. 20 (1983), p. 546. En todo caso, en opinión de estos autores, el debate sobre si las violaciones penales y extracontractuales son formas distintas de comportamiento o tipos de acciones similares reguladas por dos conjuntos diferentes de procedimientos legales se ha centrado en cuatro cuestiones: el papel de la intención del infractor en los casos penales y extracontractuales; la inmoralidad de la conducta; los fines de las sanciones en juicios penales y civiles; y los objetos que supuestamente protege cada ordenamiento jurídico. Id.

⁵⁴ Id., p. 551.

⁵⁵ Id.

legalidad. En particular, enfocamos el estudio a tres situaciones que deben ser de vital análisis para la empresa: la protección de secretos industriales y la prevención de delitos económicos.

A. Protección de los secretos comerciales

La información es poder, así como todo lo que la rodea. Una práctica económica ilícita es la divulgación no autorizada de secretos industriales, y los programas de cumplimiento deben prever escenarios y protocolos en el peor escenario posible. La información empresarial puede tener grandes impactos no sólo para el desarrollo de la empresa sino afectar por vía de consecuencia el mercado y a los consumidores. ¿Qué hacer cuando hay una fuga de información respecto a un producto en desarrollo, un proyecto de mercadeo, o las etapas de un procedimiento industrial? El programa de cumplimiento debe establecer los protocolos a seguir, no sólo a lo interno de la organización, sino frente a las autoridades reguladoras potencialmente involucradas.

Pero ¿qué es un secreto empresarial? Se ha sostenido, efectivamente, que el secreto empresarial es un bien intangible susceptible de protección legal. El secreto empresarial es una manifestación de la propiedad intelectual que se encuentra individualizado por determinados rasgos: la heterogeneidad de las informaciones de que trata y la forma en que es protegido⁵⁶. Así, las informaciones objeto de secreto, pueden ser de explotación continuada (por ejemplo, una información técnico industrial) o agotarse en un sólo uso (el caso de una estrategia publicitaria)⁵⁷.

En cuanto a la forma en cómo tales secretos pueden tutelarse, como el secreto no concede derechos absolutos, no existe un derecho al secreto, no se puede oponer frente a todos un derecho de exclusiva sino que su protección radica en un monopolio de hecho⁵⁸. De esta manera, en la medida en que la información permanezca en secreto por actos del empresario, este podrá utilizarlo en su provecho⁵⁹. Cuando estos conocimientos dejan de ser reservados por actuaciones legítimas de terceros, por ejemplo, cuando los competidores llegan de forma autónoma e independiente a los mismos resultados no hay posibilidad legal de

⁵⁶ Font Acuña, Thais, "Requisitos que determinan la protección jurídica del secreto empresarial", *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo*, Vol. 37 (2014), pp. 185-208, especialmente p. 191, en <https://bit.ly/3swUQzw>

⁵⁷ Id.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Id.

prohibir el uso de tales conocimientos pues equivaldría a desestimular la invención y la investigación⁶⁰.

El secreto empresarial no tiene protección por el mero hecho de ser un secreto o información desconocida por terceros. El simple deseo del poseedor de conservar oculta la información no es suficiente y se requiere que lo manifieste al exterior por medio de medidas y providencias para evitar su divulgación⁶¹. La naturaleza de los secretos empresariales es un buen ejemplo de la protección otorgada por el Derecho de la competencia desleal⁶². El valor del secreto empresarial puede quedar muy depreciado por su reevaluación indebida, e implicar, consecuencias legales de una perspectiva de hecho ilícito corporativo. La naturaleza jurídica de los derechos de exclusividad de datos es una cuestión intrínsecamente ligada a la naturaleza de los derechos protegidos vía competencia desleal⁶³.

Una de las características fundamentales del Derecho de la competencia desleal es que no protege derechos perfectos, sino más bien intereses legítimos que no constituyen propiamente un derecho de exclusiva⁶⁴. En otros términos, la protección conferida al secreto empresarial no tiene eficacia preclusiva y solo tiene protección mientras y en la medida en que el *know-how* se mantenga secreto⁶⁵. De ahí que las legislaciones impongan al titular de los secretos empresariales la carga de protegerlo adoptando las medidas necesarias para evitar su divulgación⁶⁶.

En la actual Ley Antimonopolio, no existe una regulación precisa sobre los secretos empresariales aun cuando puede establecerse claramente como una práctica desleal del comercio la revelación de tal información confidencial y de uso comercial⁶⁷. No obstante, existen disposiciones dispersas tanto en la LOTTT como en el Código Penal que regulan, en tales materias, el secreto como un asunto de interés empresarial

⁶⁰ Id.

⁶¹ Font Acuña, Thais, "La razonabilidad de las medidas de protección en el secreto empresarial", *Revista de Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes*, N° 20 (2017), p. 151, en: <https://bit.ly/3Nd57Jo>

⁶² Lobato García-Miján, Manuel, "Estudio sobre el fundamento jurídico de la protección de los secretos empresariales regulados en el artículo 266 de la Decisión Andina 486", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11 (2001), pp. 87-107, especialmente p. 88, en: <https://bit.ly/3Nbslzi>

⁶³ Id.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Id., p. 89.

⁶⁶ Id.

⁶⁷ Esta situación era regulada de manera diferenciada en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia en su artículo 17 que se refería expresamente a la violación de secretos industriales.

y de protección. En este sentido, es una causa justificada de despido, la revelación de secretos de manufactura, fabricación o procedimiento⁶⁸.

Igualmente, se encuentra tipificado como delito la conducta por medio de la cual el que hubiere revelado noticias relativas a invenciones o descubrimientos científicos o aplicaciones industriales que deban permanecer en secreto y de que haya tenido conocimiento por causa de su posición o empleo o en razón de profesión, arte o industria, será castigado, a instancia de la parte agraviada, con prisión de quince días a tres meses⁶⁹.

Como podemos observar, en ambas normas no se hace referencia expresamente al concepto empresarial de esta institución, y tal como señala FONT ACUÑA, lo que termina ocurriendo en la actual regulación venezolana es que Venezuela no escapa del uso disperso de la terminología para identificar al secreto empresarial, y la doctrina que la refiere reconoce por lo menos cuatro denominaciones: secreto comercial, secreto industrial, secreto empresarial y *know-how*, sin distinciones conceptuales⁷⁰.

Para que un secreto industrial o empresarial sea tal y que la información objeto de la protección conserve su carácter secreto, debe tener un valor comercial derivado de ese rasgo confidencial y que a su vez haya sido objeto de las medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para preservar el aludido carácter confidencial⁷¹. No obstante, el Estado puede ostentar un poder superior frente a la confidencialidad empresarial por razones de orden constitucional, como lo puede ser, la protección al derecho constitucional a la salud⁷².

⁶⁸ LOTTT, Art. 79, (h).

⁶⁹ CP, Art. 340.

⁷⁰ Véase, Font Acuña, Thais, *El régimen jurídico del secreto empresarial como obra del ingenio*, (Tesis de Doctorado), 2013, p. 90, en <https://bit.ly/39f1kgZ>

⁷¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia N° 151, 13-02-2008, (*Astrazeneca Venezuela, S.A. v. Ministerio del Poder Popular para la Salud*), en <https://bit.ly/3sumVra>

⁷² "...en lo que respecta a la controversia analizada no ha quedado demostrado que el Estado haya empleado indebidamente el ejercicio de la potestad discrecional que ostenta en la materia y por lo tanto, la autorización que hiciera de tales medicamentos, a diferencia de lo alegado por la representación de la empresa recurrente, en modo alguno puede interpretarse como una divulgación del secreto industrial, toda vez que la Administración con la autorización dada en ese sentido, por un lado estaría tutelando un derecho superior, como lo es el acceso de un mayor número de la población a los medicamentos y por otra parte se estaría circunscribiendo a revisar si se cumplieron o no los requisitos establecidos para la respectiva comercialización, esto es los previstos en la Ley cuando se trata de productos que no comportan el carácter de novedoso..." (*Astrazeneca Venezuela, S.A. v. Ministerio del Poder Popular para la Salud*, Id.).

En materia penal, la revelación de secretos es un delito tipificado en Venezuela por el Código Penal. Así las cosas, quien *“teniendo por razón de su estado, funciones, profesión, arte u oficio, conocimiento de algún secreto cuya divulgación pueda causar algún perjuicio [su revelación sin justo motivo], será castigado con prisión de cinco a treinta días”*⁷³. La circunstancia de la tipificación de la revelación de secretos se suma al hecho que la revelación, en sí misma, es un hecho ilícito generador de daños y perjuicios para la víctima.

B. Legislación antidumping

Aunque en estricto rigor académico el objeto de la prohibición del dumping y los subsidios prohibidos no son materia propia de la Ley Antimonopolio venezolana, consideramos que desde una perspectiva de derecho regulatorio económico deben estudiarse conjuntamente. Mientras el derecho de la competencia atiende a la protección de los competidores en el mercado, el derecho antidumping busca la protección de la producción nacional respecto al valor normal de los bienes producidos nacionalmente versus los bienes importados y que acceden al mercado doméstico.

La regulación actual, aunque carente de aplicación en la práctica, no es poca cosa. Venezuela es miembro de la Organización Mundial del Comercio desde el 01-01-1995 y miembro del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) desde el 31-08-1990⁷⁴, con lo cual, Venezuela tiene obligaciones en el marco del derecho internacional en respecto del comercio entre las naciones. En Venezuela, la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional⁷⁵ (Ley Antidumping) regula las políticas, lineamiento y medidas destinadas a prevenir e impedir los efectos perjudiciales sobre la producción nacional de importaciones de bienes hechas en condiciones de dumping o de bienes cuya producción, fabricación, almacenamiento, transporte o exportación ha sido objeto de subsidios, o cuyas materias primas o insumos han sido subsidiados⁷⁶.

La normativa antidumping se traduce en limitaciones concretas para el ejercicio pleno de las actividades económicas que libremente podrían desarrollar todos los particulares, pero al no ser debidamente contrarrestadas tales prácticas comerciales, podrían causar efectos negativos sobre el sistema productivo venezolano⁷⁷. En efecto, el objetivo de la

⁷³ CP, art. 189.

⁷⁴ Gaceta Oficial N° 4.829 de fecha 29-12-1994.

⁷⁵ Gaceta Oficial N° 4.441 de fecha 18-06-1992.

⁷⁶ Ley Antidumping, Art. 1.

⁷⁷ Cárdenas Perdomo, Orlando & Fischbach, Noemí, “El procedimiento administrativo regulado en la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional”, *Revista de Derecho Administrativo* (1998), pp. 208-209.

legislación antidumping es evitar las maniobras abusivas en la importación de bienes y productos cuya producción, almacenamiento, fabricación, transporte, o exportación hayan sido objeto de subvención prohibida, pues cuando el dumping o subsidio causan o amenazan causar perjuicios sobre la producción nacional de bienes similares, deben ser considerados como prácticas desleales en el comercio nacional e internacional⁷⁸.

Como tendremos la oportunidad de discutir, la empresa debe poseer un programa de cumplimiento económico y poseer personal calificado para asesorar a las unidades de la empresa respecto a la legislación económica. Este programa de cumplimiento no requiere toda la dogmática legal que discutimos en este epígrafe, pero sí requiere bases sólidas para diferenciar las conductas lícitas de las ilícitas. Al igual que el derecho de la competencia, el derecho antidumping también puede presentar una consideración de índole económico que puede ser explorado por las gerencias legales & *compliance* de las empresas para advertirles a sus negocios en la importancia de la integridad en las actuaciones comerciales.

C. Delitos económicos

El revés de las prácticas económicas ilícitas son los delitos económicos establecidos por el sistema legal por atentar, en mayor medida, contra la sociedad en su conjunto. No es sorpresa que existan cada vez más delitos con un sustento marcadamente regulatorio, pues, las legislaciones del mundo buscan sancionar penalmente conductas reprochables en los sectores altamente regulados. Tal es el caso del mercado de valores⁷⁹, bancario⁸⁰, y asegurador⁸¹ donde existen delitos específicos de acuerdo con la materia regulada.

En una definición muy simple, los delitos económicos son aquellos tipos penales cuyo bien jurídico protegido es la economía nacional como un todo, entendiendo esta como el escenario donde todos los actores económicos hacen vida y generan riqueza. Sin entrar en

⁷⁸ Id., p. 208.

⁷⁹ Tal es el caso de los delitos especiales contenidos en la Ley de Mercado de Valores, como el Uso de Información Privilegiada (Art. 52); y las sanciones penales generales (Art. 51).

⁸⁰ A título de ejemplo los delitos contenidos en la LISB por Captación Indevida (Art. 211); Apropriación indevida de créditos (Art. 212), Apropriación o distracción de recursos (Art. 213); Información financiera falsa (Art. 214); Simulación de reposición de capital (Art. 215); Incumplimiento de los auditores externos (Art. 216); Oferta engañosa (Art. 218), entre muchos otros delitos tipificados en la ley especial bancaria.

⁸¹ A título de ejemplo los delitos contenidos en la Ley de la Actividad Aseguradora como los Actos en perjuicio de la actividad aseguradora (Art. 182); Oferta engañosa (Art. 181); Operaciones de seguros sin autorización (Art. 180), entre otros delitos tipificados en la ley especial aseguradora.

consideraciones dogmáticas, los delitos de económicos han sido considerados como delitos de cuello blanco en la doctrina comparada, y su especial regulación se encuentra sometida a la intención del legislador de penalizar las conductas que afecta la interacción de los ciudadanos en el sistema económico y financiero. Estos delitos no solo resultan en pérdidas monetarias directas para las víctimas, como los empleados de las empresas que pierden un valor significativo de sus planes de pensión y jubilación o incluso de sus trabajos, sino que también desalientan una mayor inversión en los mercados financieros⁸².

Estos delitos económicos son típicamente caracterizados como los delitos de cuello blanco, tal como se caracterizan tradicionalmente porque son cometidos por personas “*en el curso del comercio y los negocios*”, y los consumidores son víctimas difusas, mal organizados y, a menudo, ignorantes de su victimización⁸³. Si bien las ganancias netas de las prácticas ilegales pueden ser sustanciales, la pérdida para cualquier consumidor suele ser pequeña, lo que lleva a que no se denuncien los delitos y no se perciba una victimización⁸⁴. A menudo se asume que los infractores son grandes empresas que obtienen enormes beneficios a expensas del consumidor al colocar los beneficios por encima de las consideraciones de salud y seguridad o al “estafar” a los consumidores mediante estrategias de marketing y publicidad engañosas⁸⁵.

En Venezuela, la LOPJ establece una gama de delitos económicos importantes a ser considerados por la empresa, entre los que destacan los delitos de boicot⁸⁶, desestabilización de la economía⁸⁷, alteración de bienes y servicios⁸⁸, la usura⁸⁹, la alteración fraudulenta de precios⁹⁰, entre muchos otros, donde la persona jurídica empresarial puede ser objeto directo de acciones penales en su contra por la comisión de tales delitos. Así, como podemos observar, el trinomio entre el derecho de la competencia, consumidores, y prácticas económicas ilícitas pueden tener matices entrelazados y consecuencias jurídicas conjuntas. El programa de cumplimiento debe prever en este sentido los protocolos y etapas de colaboración con las autoridades penales y regulatorias en caso de incumplimiento y jamás propiciar una conducta contraria a derecho como tendremos la oportunidad de discutir a continuación.

⁸² Wilson, cit., p. 78.

⁸³ Croall, Hazel, “Who Is the White-Collar Criminal”, *British Journal Criminology*, Vol. 29 (1989), N° 2, p. 158.

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ LOPJ, Art. 55.

⁸⁷ Id., Art. 56.

⁸⁸ Id., Art. 62.

⁸⁹ Id., Art. 60.

⁹⁰ Id., Art. 63.

IV. Elementos de un programa de cumplimiento en materia de derecho económico

El objetivo de un programa de cumplimiento económico es reducir el riesgo legal existente ante potenciales infracciones de la legislación económica tanto en sede administrativa como en sede penal por comisión de delitos económicos. Si bien su objetivo principal generalmente será la legislación antimonopolio, es necesario que se incluyan otras clases de conductas prohibidas por el sistema legal. Entender la actividad de mercadeo empresarial, pero desde la regulación de la industria y las regulaciones de la competencia, es un verdadero ejercicio de ponderación de intereses y un aspecto fundamental para este programa de cumplimiento. Así, la empresa debe velar por satisfacer las necesidades de sus consumidores, pero mientras esas actividades sean en condiciones justas en el marco de la legalidad. No es una tarea sencilla para el abogado corporativo decirle a su cliente qué debe y qué no debe hacer. En todo caso, la gran empresa debe tener lineamientos claros para guiar sus decisiones comerciales sin repercusiones desde el punto de vista legal.

Aunque un programa de cumplimiento antimonopolio no puede prevenir todas las infracciones, un programa de cumplimiento eficaz debería poder detectar y abordar posibles infracciones antimonopolio. Además, los programas de cumplimiento antimonopolio efectivos no solo previenen, detectan y abordan las infracciones antimonopolio, sino que también promueven los esfuerzos para el resarcimiento de daños y ayudan a fomentar la responsabilidad corporativa, e individualmente considerada, al facilitar la pronta autoevaluación de una empresa y la cooperación oportuna y completa en las investigaciones administrativas y penales de la División Antimonopolio.

Los elementos de un programa de cumplimiento económico van más allá de las consideraciones técnicas que la legislación pueda proveer. En efecto, son recomendaciones prácticas muchas veces dirigidas a personas dentro de la organización que no son abogados o no tienen por qué tener conocimiento exhaustivo de la legislación económica. Ante los ojos de los reguladores, poco importará la ignorancia de la ley, sino más bien los pasos que la empresa ha tomado en la tarea de mitigación de riesgos legales en la industria donde opera la empresa comercialmente.

En primer lugar, el programa de cumplimiento económico debe tener, un compromiso empresarial claro. Sin ese compromiso desde lo más alto de la junta directiva empresarial, no existirá importancia y relevancia para los temas discutidos. Se debe explicar y *cascadear* a los equipos la importancia del respecto de la legislación económica, y que

existan mecanismos corporativos para levantar la mano en caso de preguntas, dudas o denuncia de irregularidades.

En segundo lugar, la empresa debe establecer directrices y lineamientos claros sobre qué conductas se encuentran permitidas comercialmente y cuáles no. Esta noción parte de la premisa de cualquier programa de cumplimiento de ser respetuosos de la legalidad imperante en nuestros sistemas legales, pero también surge de la necesidad de comunicar esta situación de forma sencilla y concreta. De nada sirve miles de políticas corporativas si no existen lineamientos claros y precisos que el empleado pueda utilizar de forma rápida y oportuna. En este punto en particular es muy importante que el programa de cumplimiento en sus directrices, lineamientos y procedimientos, deje en claro la necesidad de su responsabilidad en sus actuaciones con sus competidores y de realizar un mercadeo responsable de sus productos y servicios ofrecidos al mercado.

Finalmente, la empresa debe reportar estratégica y asesoradamente las violaciones que cometan en el marco de la legislación económica. Las infracciones pueden ocurrir voluntaria o involuntariamente, con lo cual el programa de cumplimiento puede ayudar a establecer los mecanismos necesarios para colaborar con las autoridades competentes ofreciendo las mejores pruebas de buenos oficios ante una investigación penal o administrativa en curso.

1. Lineamientos claros sobre posición de dominio y competencia económica

Cuando una empresa tiene poder de mercado, normalmente tendrá el deber especial de proteger a la competencia y no abusar de su posición en él. Es importante advertir que el comportamiento paralelo con los competidores de la empresa no es anticompetitivo por defecto, pero la empresa no debe coludir con los competidores para, por ejemplo y a título enunciativo, (i) fijar precios o cualquier elemento o aspecto sobre sus precios; (ii) fijar términos y condiciones unilaterales; (iii) dividir o asignar mercados, clientes o territorios; (iv) limitar la producción o la capacidad de influir en el resultado de un proceso de licitación competitivo; (v) acordar una negativa colectiva a negociar con determinadas partes para cartelizar el mercado. En este sentido, el programa de cumplimiento de la empresa debe velar por que sus prácticas comerciales no tengan un impacto en la competencia en sí misma considerada, y por promover las mejores prácticas comerciales en su rubro o sector.

Por lo anterior, la empresa con posición de dominio no debe forzar el cumplimiento de condiciones unilaterales frente a sus consumidores

por medios directos o indirectos⁹¹. Así, por ejemplo, el precio de reventa debe ser realmente una sugerencia y nunca una imposición unilateral al considerarse una violación del derecho de la competencia. Precisamente, es recomendable que la empresa no fuerce a sus clientes a un precio de reventa determinado, pues puede ser calificado como una forma unilateral de establecimiento de precios.

Cuando la empresa se dirige a un competidor, es de vital importancia asegurarse de que todas las declaraciones sean precisas y no generen confusión en ellos. Una buena práctica es que todos los clientes de la empresa, reales o potenciales deben recibir la comunicación de precios al mismo tiempo (para así mitigar el riesgo de discriminación entre clientes). En materia de marcas comerciales, es recomendable un tratamiento de las marcas de la competencia de manera justa, y entendiendo, que ellas también válidamente compiten en el mercado.

Si la empresa cree en la competencia justa y tiene este compromiso empresarial, lo contrario puede implicar una práctica anticompetitiva sancionada por la ley. Así, una empresa no puede establecer como directriz que sus productos sólo sean distribuidos a clientes que exclusivamente vendan sus marcas comerciales o que no se venda o preste servicio a quien consuma una marca de la competencia. Esto pudiera ser catalogado como una conducta anticompetitiva con todas sus consecuencias legales derivadas.

2. Empresa responsable frente a sus consumidores

La empresa debe entender que el consumidor puede ser afectado por sus propias prácticas comerciales, y que este tiene derechos que puede hacer valer ante las autoridades competentes. Un ejemplo de ello es el establecimiento de contratos de adhesión sin justo racional económico. La empresa y su programa de cumplimiento deben velar por respetar el derecho de los consumidores a acceder a bienes y servicios de manera responsable y en condiciones iguales y justas. Sin contar con los múltiples tipos penales que buscan “la protección de los consumidores”, la empresa no solo debe limitarse a lineamientos estrictamente legales en este sentido.

El programa de cumplimiento debe establecer los mecanismos para que el consumidor pueda levantar las quejas dentro de la empresa y ésta pueda tomar los correctivos necesarios. Como vemos, aunque existe una yuxtaposición del derecho de la competencia y el derecho de

⁹¹ A título enunciativo, condiciones unilaterales como: arreglos indiscriminados de márgenes de distribución; restricción de descuentos sobre un precio de lista; vincular el precio minorista con el precio minorista de la competencia; amenazar a los clientes, consumidores o la competencia; dar incentivos, por ejemplo, rebajas, descuentos, entre otros, sin una sólida justificación y racional económico.

los consumidores en este sentido, lo importante es que la empresa pueda analizar rápidamente riesgos asociados a sus consumidores en la industria en específico que se trate. Los consumidores, en defensa de sus derechos, pueden acudir a agencias gubernamentales para hacer valer sus derechos. La empresa ostenta también sus derechos y tiene derecho a un procedimiento justo y apegado al debido proceso administrativo, como hemos comentado con anterioridad en este ensayo.

A. Colaboración con las autoridades competentes

Aunque en Venezuela la legislación de la competencia no provee los típicos beneficios de un *leniency program*, no debe descartarse la posibilidad de colaboración con las autoridades en beneficio de la empresa. La detección temprana y la aplicación de políticas internas en este sentido son características de un programa de cumplimiento eficaz y, con frecuencia, permitirán que una empresa sea el primer solicitante de beneficios en virtud de la *leniency policy* establecida por el DOJ⁹².

La detección temprana y el autocontrol también son relevantes en la etapa de acusación de una investigación. Como se señala en el manual de los fiscales del DOJ, “*el Departamento fomenta la autovigilancia empresarial, incluidas las divulgaciones voluntarias al gobierno de cualquier problema que una empresa descubra por sí misma*”⁹³. Así, si un programa de cumplimiento identificó de manera efectiva la mala conducta, incluido el permitir la reparación oportuna y el reporte oportuno, un fiscal debería ver el incidente como un indicador sólido de que el programa de cumplimiento estaba funcionando de manera efectiva⁹⁴.

Evidentemente, el análisis empresarial de la regulación variará en la medida de nuestra industria, pero por regla general, el derecho a la competencia aplica a todos los sectores y actores económicos. No obstante esta precisión, ciertos delitos económicos solo son aplicables a determinados sectores: así, por ejemplo, no es lo mismo la regulación agroalimentaria a la regulación farmacéutica. Hemos enfatizado el carácter globalizador del derecho regulatorio a lo largo de este ensayo y no encuentra mejor sentido que en la protección a la libre competencia, así como las consecuencias colaterales del ejercicio de la competencia económica.

Aun siendo derecho netamente territorial, su incumplimiento puede tener implicaciones en varias jurisdicciones. Venezuela no escapa de esta consideración y posee una regulación antimonopolio de considerable exhaustividad legislativa. Aunque inoperante en la práctica de

⁹² U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Evaluation...*, cit., p. 13.

⁹³ Justice Manual § 9-28.800.

⁹⁴ U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Evaluation...*, cit., p. 13.

los últimos años, por carencia de voluntad por los entes regulatorios especializados en la materia, la competencia sigue siendo un tópico que debe, sí o sí, estar en el radar del abogado de la empresa. No en vano, existe una amplia legislación económica que busca la protección de los consumidores y la economía en su conjunto. En ese punto se desarrollan los delitos y las prácticas económicas ilícitas, tópicos que la empresa debe evitar a toda costa.

B. La relación entre el derecho económico y la actividad de mercadeo empresarial

La actividad de mercadeo empresarial se encuentra íntimamente ligada al ejercicio del derecho comercial *in-house*. La empresa necesita promocionar sus productos y ello debe realizarse de acuerdo con lo permitido por la regulación, no solo por ser una situación contractual entre las empresas, sus clientes, distribuidores y proveedores, sino también, por como los bienes o servicios que produce son comercializado y “mercadeados” en el mercado.

Mercadeo es la actividad que crea, comunica, ofrece e intercambia ofertas que benefician a la empresa y a sus grupos de interés (clientes, empleados, proveedores, accionistas, comunidad y gobierno) y a la sociedad en general⁹⁵. La actividad de mercadeo crea una utilidad, la cual consiste en los beneficios o el valor para el cliente que reciben los usuarios de un bien o servicio⁹⁶. Tanto los consumidores como la sociedad se benefician de este ejercicio, y por ello, la existencia de regulaciones de protección al consumidor y contra las prácticas económicas anticompetitivas. Así, por ejemplo, la estrategia de precios de la empresa debe respetar nociones básicas de fijación de precios y competencia para no incurrir en violaciones a la legislación antimonopolio, o de los consumidores, de ser el caso. Los precios predatorios normalmente son considerados prohibidos en múltiples jurisdicciones a nivel global, y en el caso venezolano, expresamente prohibidos por la Ley Antimonopolio⁹⁷.

En el mundo del mercadeo, mucho se defiende la idea de las empresas orientadas al consumidor. Las empresas orientadas al mercado

⁹⁵ Citado por Kerin, Hartley & Rudelius, *Marketing...*, cit., como la definición aportada por la American Marketing Association. en: <https://bit.ly/3M8FV6E>

⁹⁶ Kerin, Hartley & Rudelius, *Marketing...*, cit.

⁹⁷ Ley Antimonopolio, Art. 9. “Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para: 1. Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio. [...]”. Ley Antimonopolio, Art. 11. “Se prohíben los contratos entre los sujetos de aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en los que se establezcan precios y condiciones de contratación para la venta de bienes o prestación de servicios a terceros, y que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, falsear, limitar o impedir la competencia económica justa, en todo o parte del mercado”.

son aquellas que conocen sus mercados de una forma tan exhaustiva que pueden identificar y desarrollar a sus clientes valiosos y potenciales. En este sentido, una empresa orientada hacia el mercado se enfoca en entender tanto las necesidades expresadas y latentes de sus clientes (y de los no usuarios) como las capacidades y planes de sus competidores mediante la adquisición y evaluación de información de mercado de un modo sistemático y anticipativo. Para ello, se hace necesario que la empresa orientada al mercado tenga un plan de mercadeo existente y bien establecido que pueda identificar, analizar, y descomponer cada uno de los elementos del mercado en específico donde comercializa sus productos objeto de mercadeo e identificar las necesidades de los consumidores adecuadamente para el establecimiento de una rápida respuesta de mercadeo a dicha necesidad (pues la empresa orientada al mercado no solo vela por las necesidades existentes, sino también, las necesidades latentes de los consumidores).

En este sentido, la empresa orientada al mercadeo tiene una planificación estratégica de mercadeo con una misión y visión establecida, conocimiento interno y externo del mercado y sus principales actores (la competencia, *stakeholders*, marco regulatorio), conoce su mercado y lo segmenta con un adecuado posicionamiento de producto, y enfocado en las estrategias de producto, precio, punto de venta y promoción que mejor se acoplen al mercado en específico que se trate. La actividad de mercadeo y su estrategia tiene límite y ello no quiere decir que una empresa no sea orientada al consumidor. Todo lo contrario, una empresa orientada al consumidor también tiene que ser orientada a la regulación vigente. El punto medio empresarial de esta discusión puede ser la autorregulación corporativa por medio de programas de cumplimiento que dicten la conducta corporativa adecuada frente al consumidor y sus derechos.

C. Compromiso empresarial y manejo de la información confidencial

Hemos señalado que la premisa básica del programa de cumplimiento regulatorio es que la empresa debe creer en la libre, justa y sana competencia en el mercado. No puede ser *reactiva* ante la legislación de la competencia sino *preventiva*; la legislación económica no solo nace por ser mera prohibiciones sino también para promover conductas adecuadas por el bien común. De esta manera, la empresa debe competir de manera justa y ética, de acuerdo con la legislación aplicable y así manifestarlo a todos sus empleados. El compromiso empresarial con la competencia justa y en igualdad de condiciones debe venir desde lo más alto de la empresa y así ser aplicado por aquellas unidades de negocios que establecen la planificación estratégica de la compañía.

Las conductas prohibidas de las empresas tienen a versar, en innumerables ocasiones, por el mal manejo de la información propia, y de la competencia, para el logro de un fin comercial. Ciertamente la empresa quiere conocer qué hacen distintos sus competidores, pero esta información debe ser obtenida por métodos legales. En este sentido, la empresa solo puede recopilar información sobre sus competidores por medios legales legítimos y de conformidad con la legislación aplicable. Espiar corporativamente a la competencia, al margen de que puede constituir un delito de revelarse un secreto industrial o empresarial, también puede tener consecuencias en el plano de la competencia económica.

En este sentido, es recomendable que ningún empleado de la empresa discuta, proporcione o reciba de los competidores información no pública sobre: (i) precios de la competencia o estrategia de precios, incluido cualquier aspecto de la estrategia de precios o precios de una empresa, como precios mayoristas, precios minoristas, precios minoristas recomendados, márgenes, reembolsos, descuentos, listas de precios; (ii) problemas generales de precios, por ejemplo: no es conveniente discutir objetivos o estrategias comunes del sector que representa; (iii) cualquier otra información comercialmente sensible, como estrategias comerciales, planes en el corto, mediano y largo plazo.

Asimismo, es recomendable que la empresa no exija, anime, insinúe o incentive a sus clientes ni a ningún otro tercero para que proporcionen información sobre los precios de la competencia u otra información comercial sensible. De igual forma, ningún empleado de la empresa debe aceptar información confidencial de la competencia por parte de sus clientes (así sean estos de la mayor confianza existente) y en caso de que la gerencia reciba esta clase de información de forma no solicitada, la empresa debe establecer los canales de comunicación interna correspondientes para denunciar este tipo de actuaciones.

Nota final

Desde una perspectiva de *compliance*, un programa de cumplimiento debe responder las preguntas que presenta el derecho público económico, al ser la empresa objeto de un sinfín de regulaciones relacionadas con su participación económica en el mercado. Así las cosas, el derecho de la competencia representa múltiples consideraciones vitales para la empresa contemporánea. Con la tecnicidad jurídica que posee, el *antitrust law* presenta varios retos para la empresa transnacional contemporánea. No es casual la propuesta de *antitrust compliance programs* para que la gran empresa puede adecuarse a la regulación económica variante en todas las jurisdicciones.

Teóricamente, una primera aproximación a este estudio requiere una delimitación conceptual de los problemas comerciales que la empresa puede enfrentar. Aunque nos referiremos principalmente al derecho de la competencia y sus nociones básicas sí pretendemos señalar el impacto empresarial que tienen estas áreas de regulación que pocas veces son estudiadas en conjunto con la noción de cumplimiento.

Por una parte, el derecho de la competencia busca delimitar y controlar las concentraciones económicas y responde a la pregunta ¿Cuánto poder tiene la empresa en el mercado? Por otra parte, el derecho de los consumidores existe por la necesidad de regular el acceso justo a los bienes y servicios ofrecidos en el mercado y responde a la pregunta ¿se han respetado el derecho de los consumidores y han recibido condiciones comerciales justas? Ambos derechos, aunque íntimamente relacionados, persiguen finalidades distintas que debe ponderar y delimitar un programa de cumplimiento en materia de competencia. Incluimos el derecho de los consumidores en esta consideración, pues, la presencia en el mercado de una empresa, en efecto, impacta la vida de los consumidores que una empresa provee en el mercado.

A la par de la coexistencia del derecho de la competencia y el derecho de los consumidores, también existe la teoría de las prácticas económicas ilícitas, pues las empresas pueden realizar actuaciones contrarias a la sana competencia y contrarias a los intereses de los consumidores en su conjunto, constituyendo hechos ilícitos civiles y delitos sujetos a sanciones administrativas y penales (que a los efectos de este epígrafe denominamos hechos ilícitos corporativos).

Aunque parezca una obviedad, una empresa no puede abusar de su posición de dominio, no puede manipular precios, y no puede imponer condiciones leoninas a los consumidores finales de los productos y servicios que ofrece en el mercado. Un programa de cumplimiento en materia de competencia puede señalar y advertir los riesgos que la empresa puede enfrentar a falta de un abogado corporativo que pueda entender a cabalidad la industria que se trate.

Un enjuiciamiento penal o una investigación administrativa en estas áreas puede significar grandes impactos para el negocio: ¿es la empresa monopolista en el mercado? ¿impone unilateralmente precios? ¿realiza prácticas anticompetitivas? ¿afecta su producción a los consumidores? ¿es causante de la desestabilización macroeconómica de la nación? Estas y otras preguntas son el motivo real de un programa de cumplimiento económico. ■

La necesaria reinterpretación del derecho de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado y las reparaciones por violaciones de derechos humanos

Darrin J. GIBBS H.*

REDAV, N° 22, 2021, pp. 159-192

Resumen: En Venezuela, es transcendental analizar la materia sobre las reparaciones por violaciones de derechos humanos relacionadas con la responsabilidad del Estado, en las cuales violaciones como la tortura, la muerte en custodia, las desapariciones forzadas, el uso excesivo de la fuerza y las ejecuciones arbitrarias, no son reparadas íntegramente a las víctimas ni a sus familiares, por lo que se propone una breve revisión y análisis desde la perspectiva de las normas constitucionales e instrumentos internacionales a los fines de establecer las sugerencias necesarias que permitan cuidadosamente cambiar las experiencias internas y pasar de las formas o tipologías de reparaciones exclusivamente patrimoniales que tradicionalmente acuerdan los tribunales nacionales y, en especial, la jurisdicción contenciosa-administrativa, a otras formas adecuadas e integrales.

Palabras clave: Daño – Derecho a la reparación integral – Derechos humanos – Responsabilidad patrimonial de la Administración.

Abstract: In Venezuela, it is transcendental to analyze the matter of reparations for human rights violations related to the responsibility of the State, in which violations such as torture, death in custody, forced disappearances, excessive use of force and arbitrary executions, are not fully repaired to the victims or their families. A brief review and analysis are proposed from the perspective of constitutional standards and international instruments in order to establish the necessary suggestions to move from the exclusively patrimonial forms or typologies of reparations that are traditionally agreed upon by national courts and, especially, the contentious-administrative jurisdiction, to other more adequate and comprehensive forms.

Keywords: Damage – Right to comprehensive reparation – Human rights – Patrimonial responsibility of the Administration.

Recibido

13-12-2021

Aceptado

09-03-2022

* Abogado (UCAB). Especialista en Derecho Administrativo (UCAB). Especialista en Derecho Procesal (UCV). En desarrollo de Trabajo de Grado de Maestría en Derecho Constitucional (UCAB). Estudiante de Doctorado en Derecho (UCAB). Miembro ordinario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Profesor (Contratado) en la cátedra de Derecho Administrativo II (UCV). Abogado Sénior en la ONG Defiende Venezuela.

Introducción

La Constitución no solo concibe la forma, estructura y funciones del Estado en su conjunto y reconoce y garantiza los derechos humanos de las personas, sino que, además, ordena que tanto las personas como los órganos que ejercen el Poder Público estén sujetos a ella.

En la relación personas – Estado, en el ámbito del ejercicio del poder público, se encuentran un enorme cúmulo de garantías y derechos humanos de las personas y de las responsabilidades del Estado frente a las mismas en caso de violación de tales derechos y garantías. Al Estado se le asignan en el ámbito social, económico y cultural, un cúmulo de obligaciones inherentes a las prestaciones materiales en los ámbitos de servicios públicos tales como de la salud, educación, vivienda, seguridad alimentaria, seguridad pública, seguridad social, entre otras.

En lo sustantivo, en el ámbito internacional, la Organización de Naciones Unidas (ONU), en Asamblea General (64ª sesión plenaria), aprueba el 16-12-2005 la Resolución 60/147, inherente a los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, a través de la cual se recomienda que los Estados tengan en cuenta los principios y directrices básicos, promuevan el respeto de los mismos y los señalen a la atención de los miembros de los órganos ejecutivos de gobierno, en particular los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las fuerzas militares y de seguridad, los órganos legislativos, el poder judicial, las víctimas y sus representantes, los defensores y abogados de derechos humanos, los medios de comunicación y el público en general.

La coexistencia de las normas nacionales y los instrumentos internacionales podrán contribuir al entendimiento, desarrollo y plena satisfacción del derecho a la reparación integral de las víctimas de violación de derechos humanos en Venezuela. La combinación de distintos mecanismos para la obtención de reparaciones, la forma de elegir las medidas de reparación, la implementación de estas reparaciones o la función disuasiva de las mismas, es materia de desarrollo legislativo y jurisprudencial pendiente.

No todos los instrumentos internacionales obligan a los Estados de manera explícita, a otorgar reparaciones por todos los tipos de violaciones a los derechos humanos, por lo que los Tribunales nacionales disponen de las competencias para dictar las medidas de cualquier naturaleza (inclusive legislativas, según sea el caso) para una reparación plena y

efectiva de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso.

I. Sistemas de protección de derechos humanos

1. Sistema de protección constitucional

El sistema nacional de protección de derechos humanos (SNDH) en Venezuela está reconocido en el contenido normativo previsto en el “*Título III de los derechos humanos y garantías, y de los deberes*” de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual tiene como fundamento los principios de progresividad, no discriminación y de cumplimiento y observación obligatoria en todas las actividades que desplieguen los órganos y entes de los Poderes Públicos, e incluye el reconocimiento de los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen (artículo 19 de la Constitución).

Este artículo 19 del texto constitucional, como garantía general de los derechos humanos, supone, como lo ha interpretado la Sala Constitucional en sentencia N° 1.709 del 2007, el imperativo por el cual:

[...] el Estado se encuentra en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna especie, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos. [...] Ahora bien, el señalado artículo 19 constitucional no puede ser visto de manera aislada, por el contrario, debe ser interpretado sistemáticamente con los artículos 22 y 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales completan el contenido de aquél, enunciándose de esta forma la base para la protección de los derechos humanos. Así, en el artículo 22 se inserta la cláusula abierta de los derechos humanos, según la cual la enunciación de los derechos y garantías consagrados en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como la negativa a aceptar la existencia y la aplicación de otros derechos y garantías constitucionales, que siendo inherentes a la persona, no se encuentren establecidos expresamente en el texto constitucional o en dichos tratados; mientras que en el artículo 23 se reconocen como fuentes en la protección de los derechos humanos, a la Constitución, a los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por la República, y a las leyes que los desarrollen. De igual forma, en dicha norma se establece, a los efectos de robustecer la protección de los derechos humanos, que los tratados, pactos y convenciones en materia de derechos humanos, que hayan sido suscritos y ratificados por Venezuela, predominarán en el orden jurídico interno en la medida en que contengan normas referidas al goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables que las contenidas en la Constitución y en las leyes de la República, es decir, cuando tales tratados reconozcan y garanticen un derecho o una garantía de forma más amplia y favorable que la Constitución -u otra normativa nacional-, dichos instrumentos internacionales se aplicarán inmediata y directamente por todos los órganos del Poder Público, especialmente cuando se trate de operadores de justicia. Referente a este principio, reitera esta Sala la

doctrina señalada en la sentencia número 1.654 del 13-07-2005, conforme la cual: “la progresividad de los derechos humanos se refiere a la tendencia general de mejorar cada vez más la protección y el tratamiento de estos derechos, sin embargo, la progresividad de los derechos humanos de los imputados, no puede ir en detrimento de los derechos humanos del resto de las personas, incluso de las víctimas de esos delitos, por lo que en ningún caso se autoriza la desproporcionalidad de las penas aplicables conforme a la gravedad del delito, ni un tratamiento igualitario respecto de quienes cometen delitos menos graves, pues sería contradictorio con el verdadero sentido de la justicia y la equidad”. (Subrayados añadidos).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone de un conjunto de normas (los artículos 25, 29, 30, 46 numeral 4, 49 numeral 8, 115, 139, 140, 141, 199, 216, 222, 232, 244, 255, 259, 281, y 285, *infra* descritas) que permiten configurar el sistema de protección de los derechos fundamentales que abarca todos los daños ocasionados por actos que violen los derechos humanos por cualquier actividad derivada del ejercicio del Poder Público.

2. Sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos regionales

El SNDH se complementa, a su vez, con el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos regionales, los cuales corresponden, respectivamente, al Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos (SUDH) y al Sistema Interamericano de Protección de Derechos humanos (SIDH). Estos sistemas están a cargo de órganos que supervisan el cumplimiento de las responsabilidades de los Estados con los derechos humanos y ante los cuales los Estados tienen la obligación de hacer rendiciones en forma periódica, y cuyas principales funciones son las de examinar, persuadir e investigar el cumplimiento de las responsabilidades de los Estados con los derechos humanos.

Esta tríada de sistemas de protección especialmente vinculados entre sí, refleja la existencia de una estructura jurídica de protección que sanciona las conductas y prácticas del Estado que constituyan violaciones persistentes o graves de los derechos humanos, a los fines de determinar la intención, gravedad y características de estas violaciones y las responsabilidades de quienes estén involucrados, con el debido resguardo y protección de todas las víctimas.

A. Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos

En términos generales, el SUDH es el conjunto de normas sustantivas y procesales, así como de organismos con alcance internacional pertenecientes a la ONU, cuyo fin es la promoción y la protección de los

derechos humanos universales¹. El SUDH está integrado, a su vez, por el Sistema de Tratados y el Sistema de Órganos.

(i) *El Sistema de Tratados de Derechos Humanos del SUDH*: la Carta de la ONU², que es el instrumento constitutivo de las Naciones Unidas, firmada el 26-06-1945 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional y delinea los derechos y las obligaciones de los Estados Miembros, establece que es uno de sus principales propósitos el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Los tratados de derechos humanos son los instrumentos adoptados por el Derecho Internacional suscritos voluntariamente por los Estados para la protección de estos derechos que derivan de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Forman parte de los tratados las Convenciones o Pactos y los Protocolos Facultativos.

(ii) *Sistema de Órganos de Derechos Humanos en el SUDH*: cada una de las Convenciones o Pactos establece la creación de un Comité que se encarga de supervisar la implementación de las obligaciones adquiridas por los Estados. Estos Comités conforman el Sistema de Órganos, integrados por expertos independientes. El SUDH está integrado por los siguientes órganos: los Comités de expertos independientes creados por las Convenciones, también llamados por eso órganos convencionales; el ACNUDH (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos); los procedimientos especiales, expertos independientes, relatores especiales y grupos de trabajo; el Consejo de Derechos Humanos (HRC); y otros órganos y agencias de las Naciones Unidas (ACNUR, UNICEF, OPS/OMS, PNUD, UNFPA, OCHA, PMA, FAO).

B. Sistema Interamericano de Protección de Derechos humanos

Por su parte, el SIDH corresponde al conjunto de normas sustantivas y procesales, organismos y mecanismos de denuncia que, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), cumplen la función de promover y proteger los derechos humanos universales en América³.

Para la OEA, la protección y promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales ha sido uno de sus pilares desde el momento de su creación, junto con la democracia, la seguridad y el desarrollo. Similarmente a la estructura del sistema universal, existe un sistema de tratados del SIDH: fundamentalmente son tres: (i) la Carta de la OEA (su documento de creación), que expone los principios, las libertades y los derechos de la persona humana; (ii) la Declaración Americana de los

¹ ONU, *Sistemas de Protección*, en <https://bit.ly/39XIQ3N>

² En <https://bit.ly/3L6zShI>

³ ONU, *Sistemas de Protección*, en <https://bit.ly/3M8sAuN>

Deberes y Derechos del Hombre, aprobada por la OEA en 1948, constituye el primer documento que reconoce los Derechos Humanos Universales, es fuente de obligaciones internacionales para todos los Estados Miembros y es un requisito su cumplimiento para formar parte de la OEA; y (iii) la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en 1969 y en vigencia a partir de 1978. Cabe conocer que el 06-09-2012, Venezuela denunció la Convención Americana (CADH), haciéndose vigente la denuncia un año después, en septiembre del 2013, de forma inconstitucional y contraria al principio de progresividad de los derechos humanos.

El sistema de Órganos de Derechos Humanos en el SIDH, en su función de protección y promoción de los derechos humanos, cuenta con dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). Sin embargo, todos los organismos de la OEA deben velar por los derechos humanos en sus respectivas competencias y desempeños.

Al respecto, resulta oportuno citar lo publicado por la Fundación Konrad Adenauer Stiftung (KAS) que explica que el artículo 63 de la CADH⁴ establece tres facultades que la CorteIDH puede ejercer cuando conozca de algún asunto: la de disponer el *goce de los derechos conculcados* a favor de quienes declare que han sido afectados en ellos; la de ordenar la *reparación* de los mismos; y la de adoptar *medidas provisionales* para evitar daños irreparables a las personas.

Asimismo, sostiene la KAS que si bien se trata de una norma de orden adjetivo, referida a la competencia y funciones de la CorteIDH, y no de la parte sustantiva de la CADH, donde se declaran los deberes de los Estados partes, no obstante, esas facultades son expresión de principios establecidos en el derecho internacional y que son consecuencia lógica del incumplimiento de los referidos deberes, como son la obligación de reparar y la de adoptar medidas provisionales de protección, indispensables para hacer eficaz la resolución de fondo. En virtud de esta norma (artículo 63) se establecen consecuencias concretas y obligatorias para

⁴ Convención Interamericana de Derechos Humanos. "**Artículo 63.** 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

los Estados partes, que otorgan efectividad al SIDH y lo diferencian de otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos⁵.

En estos dos sistemas jurídicos –SUDH y SIDH– existen un conjunto nutrido de normas que obligan a los Estados a otorgar reparaciones en los casos de violación de derechos humanos.

En el SUDH, los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos (los principales tratados internacionales sobre derechos humanos) que han establecido un comité de expertos encargados de supervisar la aplicación del tratado por los Estados Partes, son: (i) ICERD, Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 21-12-1965; (ii) ICCPR, Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 16-12-1966; (iii) ICESCR, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, 16-12-1966; (iv) CEDAW, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 18-12-1979; (v) CAT, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 10-12-1984; (vi) CRC, Convención sobre los derechos del niño, 20-12-1989; (vii) ICRMW, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 18-12-1990; (viii) CED, Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; (ix) CRPD, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 13-12-2006; (x) ICESCR – OP, Protocolo facultativo del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, 10-12-2008; (xi) ICCPR-OP1, Protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos, 16-05-1966; (xii) ICCPR-OP2, segundo protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos, destinado a abolir la pena de muerte 15-05-1989; (xiii) OP-CE-DAW, Protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 10-05-1999; (xiv) OP-CRC-AC, Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, 25-05-2000; (xv) OP-CRC-SC, Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 25-05-2000; (xvi) OP-CAT, Protocolo facultativo de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 18-12-2002; y (xvii) OP-CRPD, Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 12-12-2006.

Es importante desatacar que algunas de estas provisiones y algunas de sus interpretaciones, resultan vinculantes para Venezuela, y por lo

⁵ Fundación Konrad Adenauer. *Artículo 63. Reparaciones y Medidas Provisionales*, pp. 1019-1200, en <https://bit.ly/3wmd3w3>

tanto obligan a las autoridades nacionales a otorgar reparaciones en casos de violaciones de derechos humanos.

En primer lugar, el PIDCP, el cual no menciona de forma explícita el derecho de las víctimas a obtener reparaciones, sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha señalado que el derecho a la reparación forma parte del derecho a un recurso efectivo previsto en el artículo 2.3 del PIDCP. Este artículo establece que los Estados Parte están obligados a dar reparaciones. Su incumplimiento viola el derecho a un recurso efectivo. El artículo 9.5 del PIDCP establece explícitamente el derecho a una indemnización únicamente para los casos de detención o arresto ilegal (*"9.5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación"*).

En segundo lugar, la CADH, no establece de manera explícita el derecho independiente a la reparación. Sin embargo, como lo señalan GARCÍA GARCÍA, FIERRO FERRÁEZ y LISITSYNA⁶, ya la CorteIDH ha estipulado que el derecho a la reparación es una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo. La CorteIDH ha desarrollado ampliamente el tema de reparaciones con base en el artículo 63.1 de la Convención que determina la facultad de la CorteIDH de ordenar reparaciones en casos en los que declare que se ha cometido una violación. Sin embargo, esta facultad se limita al ámbito de competencia de la Corte y no se extiende como un derecho exigible a nivel nacional⁷.

La Convención establece en el artículo 1.1⁸ la obligación interna de los Estados de otorgar reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos, de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Por otra parte, está la obligación de garantizar el derecho

⁶ García García Adriana, Fierro Ferráez Ana Elena y Lisitsyna Masha (2019). *Reparaciones por violaciones de derechos humanos, relacionadas con la integridad física. Obligaciones internacionales y prácticas jurisdiccionales*. México: Tribunal Federal de Justicia Administrativa y CIDE, p. 34.

⁷ Artículo 63.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

⁸ Artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: *"Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural"*.

a un recurso judicial efectivo, en el artículo 25⁹ y de las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 de la Convención¹⁰.

En tercer lugar, la CAT establece en el artículo 14.1. que el *"Estado parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible"*. En el cuerpo de la Observación General N°3 (2012)¹¹, el Comité en Contra de la Tortura considera que el término *"reparación"* empleado en el artículo 14 abarca los conceptos de *"recursos efectivos"* y *"resarcimiento"*. Así pues, el concepto amplio de reparación abarca la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición y se refiere a todas las medidas necesarias para obtener reparaciones por el incumplimiento de la Convención.

En cuarto lugar, de acuerdo con el artículo 7 de la CEDAW:

[...] los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

Por último, es importante mencionar un instrumento muy especial en materia de reparaciones: *Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*,

⁹ Artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: *"1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados partes se comprometen a: a) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso"*.

¹⁰ Artículo 8.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

¹¹ ONU, Comité contra la Tortura (2012). *Observación general N° 3. Aplicación del artículo 14 por los Estados partes*, en <https://bit.ly/3la8HYo>

aprobada por la ONU en la Asamblea General (64° sesión plenaria), en Resolución 60/147 del 16-12-2005.

De acuerdo con el principio 11, el derecho a la reparación forma parte del derecho de las víctimas a disponer de recursos. Estas reparaciones deben ser adecuadas, efectivas y rápidas. Los actos u omisiones que constituyen dichas violaciones deben ser atribuibles al Estado, éste debe de ordenar una reparación para las víctimas (incluyendo restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición), y la misma deberá ser proporcional a la gravedad de la violación y al daño causado.

En el SIDH, Los documentos básicos incluyen: **(i)** La Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana; **(ii)** La declaración de principios sobre libertad de expresión y los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas; **(iii)** La declaración americana de los derechos y deberes del hombre, 02-05-1948; **(iv)** La CADH (Pacto de San José de Costa Rica), 22-11-1969 y entrada en vigor el 18-07-1978; **(v)** La convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, 09-12-1985 y entrada en vigor el 28-02-1987; **(vi)** El protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), 17-11-1988 y entrada en vigor el 16-11-1999; **(vii)** El protocolo a la convención americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, 08-06-1990 y entrada en vigor el 28-08-1991; **(viii)** La convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), 09-06-1994 y entrada en vigor el 05-03-1995; **(ix)** La convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, 09-06-1994 y entrada en vigor el 28-03-1996; **(x)** La convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, 07-06-1999 y entrada en vigor el 14-09-2001; **(xi)** La carta democrática interamericana, 11-09-2001; **(xii)** La declaración de principios sobre libertad de expresión, 20-10-2000; y **(xiii)** Los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, 14-03-2008.

Como lo aclaran las autoras GARCÍA GARCÍA, FIERRO FERRÁEZ y LISITSYNA, a pesar de que los instrumentos internacionales han contribuido al entendimiento del derecho a la reparación, el desarrollo de su contenido continúa en evolución, y, por otra parte, no todos los instrumentos internacionales obligan a los Estados de manera explícita, a otorgar reparaciones por todos los tipos de violaciones a los derechos humanos¹².

¹² García García Adriana, Fierro Ferráez Ana Elena y Lisitsyna Masha, cit., p. 18.

Por último, en términos generales, en el ámbito de reparación integral, estos sistemas internacionales y regionales instan a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de las víctimas, a través de ejercicio del derecho a un recurso judicial efectivo y una reparación pronta, adecuada y justa por actos violatorios de derechos humanos, así como medidas efectivas con miras a impedir el rebrote de tales actos.

II. Sistema de protección frente a la responsabilidad patrimonial del Estado

Las demandas que se interpongan contra las Administraciones Públicas, inherentes a acciones civiles, no pueden ser tratadas en forma idéntica a las de las personas privadas, pues, en aquellas el evidente interés público involucrado exige la aplicación de un régimen jurídico especial, el del derecho administrativo, y su trámite ante una jurisdicción especializada, la contencioso-administrativa, así lo dedujo el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia N° 943, dictada el 15-05-2001, caso *Gladys Josefina Jorge Saad (vda) de Carmona y Ramon Oscar Carmona Jorge*, en demanda por daños y perjuicios materiales y morales incoada por los prenombrados ciudadanos contra la República Bolivariana de Venezuela, por el homicidio del ciudadano Ramón Oscar Carmona Vásquez en fecha 28-07-1978, cometido por agentes policiales adscritos al Cuerpo Técnico de Policía Judicial¹³. De allí que, tal como lo resalta el cuerpo de la referida decisión:

[...] en estos supuestos no debe aplicarse en forma estricta los preceptos que sobre la materia prevé el derecho común, sino que, a falta de regulación expresa en materia contencioso administrativa, deben adminicularse y adecuarse a las realidades que informan la responsabilidad administrativa por hechos ilícitos cometidos por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, pues la responsabilidad civil que se debate en el derecho común es distinta a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Cabe recordar que los principios de este régimen de responsabilidad administrativa por hechos ilícitos –diferente del régimen privado– nació en Francia, en los fundamentos de las afirmaciones establecidas por el Tribunal de Conflicto en la famosa sentencia “*Arret Blanco*”, dictada el 08-02-1873, con ocasión de la demanda interpuesta por el señor Blanco contra el prefecto del departamento de Gironde, en su calidad de representante del Estado, por daños y perjuicios originados por las negligencias cometidas por los obreros de la fábrica de tabacos gestionada por el Estado, y mediante la cual se solicitó declarar al Estado

¹³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 2812 del 19-11-2002, caso: “*Gladys Josefina Jorge Saad (Vda) De Carmona Y Ramon Oscar Carmona Jorge contra la República Bolivariana De Venezuela*”, en <https://bit.ly/3FCRdOO>

responsable civil, en aplicación de los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Civil, por el daño resultante de la herida que ocasionó a su hija (Agnes Blanco) la actuación de los mencionados obreros contratados por la administración del tabaco¹⁴; a saber:

Considerando que la responsabilidad, que podría incumbir al Estado por los daños ocasionados a particulares, como resultado de la actuación de personas empleadas en los servicios públicos, no puede regirse por los principios que se establecen en el Código Civil para las relaciones entre particulares.

Que dicha responsabilidad no es ni general ni absoluta; que se rige por normas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados;

Que, por tanto, en virtud de las leyes antedichas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer de esta causa¹⁵.

En estas consideraciones se descartan, de un lado, los principios que establece el Código Civil y, de otro, se señala el carácter especial de las normas aplicables a los servicios públicos. Estas afirmaciones supusieron un verdadero punto de inflexión en la jurisprudencia, aun cuando se limitó a sistematizar soluciones que ya se habían avanzado anteriormente y, además, algunas de sus afirmaciones ya han sido parcialmente cuestionadas.

Ahora bien, el punto nuclear de la reseña histórica expuesta es que existe en Venezuela el sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, el cual encuentra su fundamento en el Texto Constitucional, en los artículos 6 y 141:

Artículo 6. El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública.

En este sentido, existe la obligación directa constitucional del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre y cuando la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o

¹⁴ Prosper Weil at al, (2019). *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts*. (21º ed.) (traducción del original francés de la 21ª edición a lengua española, Katy Balan Somlo). Francia: Editions Dalloz.

¹⁵ Id., p. 27.

incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones pública¹⁶. Para la profesora CALCAÑO DE TEMELTAS, la responsabilidad del Estado es un instituto jurídico consustancial al Estado de Derecho¹⁷.

Ahora bien, en la sentencia 2818/2002 (*infra* descrita), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia, igualmente dispuso que el Estado Venezolano consagra que:

[...] un régimen de responsabilidad objetiva del Estado no puede ser apriorístico y tener los efectos de una presunción iure et de iure a favor de los particulares, ya que pudiera ocurrir que la acción ilícita o delictual del funcionario público no gravara la responsabilidad del Estado pero solo y siempre cuando quedare evidenciado que el móvil y circunstancias del hecho quedaron limitadas al ámbito íntimo y personalísimo del funcionario; o también, cuando existieren causas de inimputabilidad penal como son el estado de necesidad y la legítima defensa.

En tal sentido, aclara la sentencia que:

[...] el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado debe ser concebido con prudencia y justicia y no debe inspirarse en un profundo deseo positivista e individualista del ser humano, ante todo el Estado es un ente pluripersonal que está concebido y encaminado a la satisfacción de los intereses particulares, y las actuaciones que pueden conllevar al menoscabo patrimonial de otros ciudadanos en beneficio de un colectivo o por una actuación anormal de éste, debe ser previa comprobación de una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la falta cometida por éste, exceptuándose en ciertos casos de dicho análisis por el principio de igualdad ante las cargas públicas o teoría de la raya.

Por último, la sentencia en comento dispone que en el caso que se conllevaría indefectiblemente a la responsabilidad patrimonial de la Administración, se generaría la procedencia de la reparabilidad de los daños y perjuicios causados al administrado, siempre y cuando éstos sean oportunamente probados por la víctima y, además, porque es rebasado el límite del nivel de soportabilidad y normalidad en el desempeño de sus funciones.

El sistema de responsabilidad patrimonial, brevemente, por sacrificio particular y por funcionamiento anormal de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas (administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales) de los órganos o entes públicos es amplio. El Estado debe responder patrimonialmente a través dos regímenes indemnizatorios, a saber: un régimen de responsabilidad sin falta o

¹⁶ Sentencia N° 2812 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ya citada.

¹⁷ Calcaño De Temeltas, Josefina (1996). "La responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías. Las Formas de la Actividad Administrativa*. Caracas: FUNEDA, p. 709.

por sacrificio particular y un régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal.

Para LUIS ORTIZ ÁLVAREZ, en el régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal, la antijuricidad o insoportabilidad del daño viene dada por la presencia de daños de cualquier naturaleza causados por actividades administrativas o servicios públicos en funcionamiento "anormal" o ilícito, esto es, en situaciones de irrespeto o violación a las obligaciones a cargo del Estado. Ambos regímenes, éste y el de responsabilidad por funcionamiento normal, son coexistentes y complementarios y la aplicabilidad de cada uno dependerá de la naturaleza y antecedentes de cada caso concreto¹⁸.

En este régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal o por falta de servicio, explica el citado autor, el criterio específico o decisivo para a los fines de la responsabilidad es ese funcionamiento anormal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general.

III. Régimen constitucional de protección de derechos humanos y de responsabilidad del Estado

En el contexto general de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los artículos 25, 29, 30, 46 numeral 4, 49 numeral 8, 115, 139, 140, 141, 199, 216, 222, 232, 244, 255, 259, 281, y 285 permiten configurar el régimen de protección de derechos fundamentales frente a la responsabilidad del Estado venezolano, el cual abarca tanto todos los daños ocasionados por actos que violen los derechos humanos como por cualquiera actividad derivada del ejercicio del Poder Público.

El texto literal de estos fundamentos constitucionales es el siguiente:

Artículo 2. [Forma de Estado y Valores] 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.

Artículo 6. [Gobierno democrático] El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

¹⁸ Ortiz Álvarez, Luis (1999). "La Responsabilidad Patrimonial del Estado y de los funcionarios Públicos en la Constitución de Venezuela de 1999" en *Revista Constitucional* N° 1, pp. 267-312, en <https://bit.ly/3N992XI>

Artículo 25. [Nulidad de los actos estatales violatorios de derechos] Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

Artículo 29. [Obligaciones del Estado frente a delitos contra los derechos humanos] El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios.

Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

Artículo 30. [Indemnización a las víctimas de violaciones a los derechos] El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a su derecho habientes, incluido el pago de daños y perjuicios.

El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.

El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados.

Artículo 46. [Derecho a la integridad de las personas – Responsabilidad de los funcionarios] Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia:

[...]

4. Todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo con la ley.

Artículo 49. [Derecho al debido proceso. Responsabilidad del Estado por errores judiciales] El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

[...]

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Artículo 115. [Derecho a la propiedad. Expropiación] Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones,

restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Artículo 139. [Responsabilidad derivada del ejercicio del Poder Público] El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley.

Artículo 140. [Responsabilidad patrimonial del Estado] El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública.

Artículo 141. [Principios de la administración pública] La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Artículo 199. [Irresponsabilidad parlamentaria] Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional no son responsables por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante los electores o electoras y el cuerpo legislativo de acuerdo con esta Constitución y con los Reglamentos.

Artículo 216. [Promulgación legislativa de las leyes] Cuando el Presidente o Presidenta de la República no promulgare la ley en los lapsos señalados, el Presidente o Presidenta y los dos Vicepresidentes o Vicepresidentas de la Asamblea Nacional procederán a su promulgación sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél o aquella incurriere por su omisión.

Artículo 222. [Función de control parlamentario] La Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y en la ley y mediante cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su Reglamento. En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Artículo 232. [Responsabilidad del Presidente] El Presidente o Presidenta de la República es responsable de sus actos y del cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo.

Artículo 241. [Responsabilidad del Vicepresidente] El Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva es responsable de sus actos de conformidad con esta Constitución y con la ley.

Artículo 244. [Condiciones para ser Ministro] Para ser Ministro o Ministra se requiere poseer la nacionalidad venezolana y ser mayor de veinticinco años, con las excepciones establecidas en esta Constitución.

Los Ministros o Ministras son responsables de sus actos de conformidad con esta Constitución y con la ley, y presentarán ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros sesenta días de cada año, una memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior, de conformidad con la ley.

Artículo 255. [Carrera Judicial. Responsabilidad del Juez] El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de Derecho la especialización judicial correspondiente.

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Artículo 259. [Jurisdicción Contencioso-Administrativa] La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Artículo 281. [Atribuciones del Defensor del Pueblo] Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:

1. Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.
2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos.

3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley.
4. Instar al Fiscal o a la Fiscal General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos.
5. Solicitar al Consejo Moral Republicano que adopte las medidas a que hubiere lugar respecto de los funcionarios públicos o funcionarias públicas responsables por la violación o menoscabo de los derechos humanos.
6. Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del público consumidor y usuario, de conformidad con la ley.
7. Presentar ante los órganos legislativos municipales, estatales o nacionales, proyectos de ley u otras iniciativas para la protección progresiva de los derechos humanos.
8. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección.
9. Visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos.
10. Formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones necesarias para la eficaz protección de los derechos humanos, en virtud de lo cual desarrollará mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos.
11. Promover y ejecutar políticas para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos.
12. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

Artículo 285. [Atribuciones del Ministerio Público] Son atribuciones del Ministerio Público:

1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.
2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso.
3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.

4. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesaria instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley.
5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones.
6. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.
7. Estas atribuciones no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los o las particulares o a otros funcionarios o funcionarias de acuerdo con esta Constitución y la ley.

Así, las normas jurídicas del régimen de responsabilidad se deben considerar de forma integral, ya que son, por una parte, los fundamentos jurídicos que habilitan los mecanismos de garantía del goce y disfrute al nivel más alto del conjunto de derechos humanos, y, por otra parte, las bases de los límites del ejercicio del poder público frente a la preeminencia de tales derechos fundamentales.

En este contexto, nos explica JESÚS MARÍA CASAL, que la Constitución tiene, en su esencia, una íntima conexión con el propósito de limitar el poder público; y, agrega, que de ahí que sea primordial asegurar la plenitud y efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales, pues éstos sólo pueden traducirse en límites infranqueables al ejercicio del poder cuando tienen en su servicio medios procesales adecuados para lograr su protección oportuna ante instancias realmente independientes e imparciales¹⁹.

IV. Derecho a la reparación integral

EL derecho de obtener reparación es un elemento esencial del carácter garantista inmanente en los derechos humanos. La obligación de reparar el daño causado a otro es universal. Es un efecto jurídico consecuente a la violación del ordenamiento legal. Las acciones de reparación con los mecanismos de subsanación del daño producido.

El sentido y alcance de las acciones de reparación deben ser proporcionales y racionales a los daños infringidos, por lo tanto, dichas acciones no pueden ser homogéneas ni rígidas en sus caracteres sino contener elementos de flexibilidad y suficiencia para posibilitar medidas reparatorias en concordancias con los daños objeto de reparaciones.

¹⁹ Casal, Jesús María (2013). *Constitución y Justicia Constitucional*. Caracas: UCAB, p. 25.

Es necesario destacar que el contenido normativo del artículo 19 del Texto Constitucional dispone que el Estado tiene la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a su derecho habientes, incluido el pago de daños y perjuicios; y completa esta obligación de indemnización con la posibilidad de que el Estado adopte las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones correspondientes.

Este artículo instituye el principio de reparación integral a las víctimas de violación de los derechos humanos, y de su contenido se pueden identificar las tipologías de reparaciones organizadas: indemnización, pago de daños y perjuicio; adopción de medidas legislativas y la adopción de medidas de cualquier naturaleza.

Lo antes expuesto significa que las acciones de reparación a ser adoptadas, en marco de que las actividades de los poderes públicos ocasionen daños a derechos humanos, no se encuentran limitadas solo a reparaciones pecuniarias (indemnización del daño), sino a reparar de forma integral a través de cualesquiera medidas de cualquier naturaleza, inclusive las legislativas para la materialización de dichas acciones. En consecuencia, siguiendo entonces ese orden de razonamiento, el principio de indemnización integral es inmanente a todo el ejercicio del poder público en Venezuela, sin excepciones, de tal manera que también informará, en términos generales, la actividad del Parlamento, así como, especialmente, la de los tribunales.

No obstante, es necesario destacar que al establecer comparaciones o vínculos entre los elementos normativos que conforman este artículo 19 constitucional con los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la administración previstos en la norma del artículo 140, se advierte en éste último una limitada y restringida tipología “*patrimonial*” de la responsabilidad extracontractual de la administración derivada de los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, cuando dicho daño es imputable al ejercicio su actividad administrativa (normal o anormal) o por su inacción, o actuación material²⁰.

²⁰ Este principio de responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra consagrado literalmente también en la Ley Orgánica de Administración Pública, el cual señala: “**Artículo 13.** La Administración Pública será responsable ante las personas por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad de cualquier índole que corresponda a las funcionarias o funcionarios por su actuación. La Administración pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran las personas en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento” (Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario de fecha 17-11-2014).

Esta concepción “patrimonial”, tiene varias acepciones, sin embargo, de acuerdo con el Diccionario Jurídico Elemental significa: “*Relativo al patrimonio. Lo que a alguien pertenece por causa o razón de los padres o de la patria*”. Y, patrimonio, como:

El conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica. Bienes o hacienda que se heredan de los ascendientes. Bienes propios, adquiridos personalmente por cualquier título. Los bienes propios, espiritualizados antes y luego capitalizados y adscritos a un ordenado, como título y renta para su ordenación. Conjunto de los derechos y de las cargas, apreciables en dinero, de que una misma persona puede ser titular u obligada y que constituye una universalidad jurídica. La palabra se emplea alguna vez para designar una masa de bienes que tiene una afectación especial; por ejemplo, una fundación (Capitant)²¹.

La patrimonialidad de la responsabilidad, supone, a juicio de la profesora MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN, necesariamente que “*el deudor responde con todo su patrimonio y no con su persona*”²².

Así las cosas, se tiene como premisa que lo “*patrimonial*” comporta un sentido “*económico*”, “*apreciable en dinero*”, lo que le da a la responsabilidad del Estado un sentido de singularidad específico equivalente al significado de “*indemnizar*” ya señalado en el artículo 30 constitucional, sin embargo, esta responsabilidad no llega a extenderse a lo integral y solo implica reparaciones pecuniarias, esto es, patrimonializar el daño, y no se consideran medidas de cualquier naturaleza, inclusive las legislativas (según sea el caso) para la materialización de las acciones de reparación de los daños ocasionados.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia N° 845 del 07-06-2011, caso: “*Procurador del Estado Carabobo*”, reiteró su criterio contenido en la sentencia N° 1.542/08 (caso: “*Ángel Nava*”), conforme a la cual se formuló un análisis con carácter vinculante, respecto a que la obligación de reparación consagrada en la Constitución, “*se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito*”, al establecer que:

[...] a los fines de dilucidar el tema central en la presente denuncia, debe tomarse como parámetro interpretativo el contenido del artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo texto establece claramente que “(…) El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública (...)”.

Desde un enfoque meramente semántico, el contenido del artículo 140 eiusdem denota que por los daños que sufran los particulares en cualquiera

²¹ Diccionario Jurídico Elemental, p. 236, en <https://bit.ly/3FU6hqN>

²² Domínguez Guillén, María Candelaria (2017). *Curso de derecho civil III obligaciones*. Caracas: RVLJ, p. 18, en <https://bit.ly/3yyCemB>

de sus bienes y derechos, el Estado responderá “patrimonialmente”, cuya acepción es precisamente la referida al patrimonio o “(...) conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica (...)” -Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2001-.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se erige sobre la base de un modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia (artículo 2), caracterizado por un sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, tal como se recoge en la Exposición de Motivos de la Constitución cuando se señala expresamente que “(...) se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones (...)”.

En función de ello, se concibe -al menos a nivel constitucional- la posibilidad que el Estado pueda responder en materia de daño moral cabalmente, al margen de una indemnización pecuniaria, en tanto la responsabilidad patrimonial no se iguala con la responsabilidad “pecuniaria”, cuyo significado se identifica con aquello “(...) perteneciente o relativo al dinero efectivo (...)” -Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2001-.

Desde un punto de vista legal, el artículo 1.196 del Código Civil establece lo siguiente:

“(...) La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima (...)”.

Al respecto, de la lectura del artículo parcialmente transcrito se colige que la procedencia de la indemnización por daño moral no es meramente facultativa del juez ya que el propio texto de la ley señala que “(...) La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado (...)”. Así, si existe el daño el juez debe indemnizarlo y el carácter potestativo se limitaría a la facultad del juez de determinar el alcance y los medios de la indemnización o compensación del daño.

Sobre este punto, cabe destacar que cuando el Código Civil hace referencia a indemnización no debe entenderse como un medio para hacer desaparecer el daño, sino como una compensación mediante el otorgamiento de un

bien que sea capaz de proporcionar una satisfacción susceptible de reemplazar aproximadamente el menoscabo sufrido.

Ello conlleva a plantearse como lo realizó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que la “(...) reparación del daño moral cumple una función de satisfacción espiritual (independientemente de la indemnización económica), ya que en materia de agravios morales, no existe la reparación natural o perfecta, porque nunca el agravio moral sufrido será borrado completamente, ni volverán las cosas al estado previo al evento dañoso pagando una suma de dinero (...)”, aunado a que “(...) el mismo no está sujeto a una comprobación material directa, motivado a que, por su naturaleza es esencialmente subjetiva’ (...)”.

Ahora bien, en virtud de la realidad relacional de las normas constitucionales, los elementos que conforman los artículos 30 y 259 del Texto Fundamental, permiten quebrantar esta posible “patrimonialización” de la responsabilidad de Estado del artículo 140, luego de la identificación de los elementos procesales que configuran la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso – administrativa (Artículo 259), de “condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración” y “disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Ya la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia 2812 de fecha 19-11-2002, caso: “*Gladys Josefina Jorge Saad (Vda) De Carmona*”²³ precisó que:

La posición asumida por esta Sala se ve ratificada además por la disposición contenida en el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece en forma directa la obligación del Estado venezolano “de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos que le sean imputables, o a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios”. La consagración constitucional de esta obligación del Estado constituye, según se expresa en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “una consecuencia del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado reconocido por la Constitución”.

En lo que concierne a las medidas de cualquier naturaleza, inclusive la legislativa, la referida sentencia señala que:

La previsión de esta obligación del Estado como una consecuencia del principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lleva a esta Sala a ratificar que los órganos del Poder Público, incluidos los del Poder Judicial, deben dirigir su actuación a garantizar que dicha indemnización se haga efectiva, en caso de ser procedente. Ello se desprende además de la propia norma constitucional que conmina al Estado a adoptar “las medidas legislativas y de otra naturaleza para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo (...)”. Si bien reconoce esta Sala que dichas medidas legislativas no ha sido dictadas, es lo cierto que el carácter directo y

²³ Sentencia N° 2812 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ya citada.

normativo de la Constitución obliga a todos los órganos del Poder Público a que, en ausencia de tales medidas, adopten los mecanismos necesarios - dentro de los límites de su competencia- para garantizar que las víctimas de violaciones de derechos humanos imputables al Estado sean efectivamente resarcidas por los daños causados.

Al establecerse estos vínculos inter-normas y con base en el nivel descriptivo de sus elementos, se puede propugnar una visión integral que devuelva a los juristas una posición de vanguardia en el análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado, en especial, en el ámbito de reparación integral de los daños por violación de derechos humanos.

La tarea de conceder reparaciones integrales a las víctimas por violaciones de derechos humanos con énfasis en la responsabilidad del Estado implica que los jueces identifiquen pautas útiles al momento de analizar cada caso, establecer nexos de imputación de los daños con el Estado e identificar otras formas de obligaciones o grados de reparación sin limitarse a las estrictamente patrimoniales.

v. Definiciones de interés

Las autoras GARCÍA GARCÍA, FIERRO FERRÁEZ y LISITSYNA²⁴, presentan una serie de definiciones de términos inherentes al derecho a la reparación integral que se informan en diferentes instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Ellos son:

Recurso efectivo para obtener reparaciones: Mecanismo para obtener reparaciones como un derecho procesal de las víctimas.

Medidas de Compensación: Medidas orientadas a indemnizar de forma pronta, justa y adecuada a víctimas de violaciones de derechos humanos. Estas medidas tienen múltiples dimensiones y la indemnización concedida a una víctima debe ser suficiente para compensar los perjuicios a los que se pueda asignar un valor económico y sean consecuencia de violaciones de derechos humanos, sean o no pecuniarios.

Medidas de no Repetición: Medidas orientadas a evitar que se vuelva a cometer la violación de derechos humanos.

Medidas de Rehabilitación: Medidas orientadas a la restitución de funciones o la adquisición de las nuevas competencias que requieran las nuevas circunstancias en que se encuentre la víctima como consecuencia de la violación. Incluye revertir y reparar los daños sufridos por la víctima.

Medidas de Restitución: Medidas a través de las que la sociedad restablece a la víctima en la situación en que se encontraba antes de que se realizara la violación, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso.

²⁴ García García Adriana, Fierro Ferráez Ana Elena y Lisitsyna Masha, cit., p. 30.

Medidas de Satisfacción: Medidas orientadas a desagraviar a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Víctima: Se entenderá por víctima toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de actos u omisiones que constituyan una violación de derechos humanos. El término incluye a víctimas directas e indirectas y a los sobrevivientes en casos de tortura.

En este mismo orden de ideas, también resultan importantes citar las definiciones propuestas por Carlos Juan Carlos Henao, en su trabajo *“Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”*²⁵:

Definición de daño: Toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, tratase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos.

[...]

De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, “reparación” significa “desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria”; por su parte, “restablecimiento” designa “acción y efecto de restablecer o restablecerse”, y “restablecer” significa “volver a establecer algo o ponerlo en el estado que antes tenía”; “indemnización” significa “acción y efecto de indemnizar”, e “indemnizar” corresponde a la acción de “resarcir un daño o perjuicio”. Finalmente, “resarcir” significa “indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio”.

[...]

Reparación: Es la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al status quo ante al acaecimiento del daño.

Con respecto a las formas de reparación que se aplican a los rubros del daño, aclara el citado autor que los términos *formas de reparación* y *daño* no son conceptos sinónimos. Una cosa es admitir la presencia de un determinado daño, como pueden ser, para citar algunos ejemplos, el moral, el lucro cesante o el daño a la vida de relación, y otra cosa es estudiar cómo la jurisprudencia de un determinado país busca su reparación. En este sentido, la respuesta exitosa consistirá, a juicio del citado autor, que en cualquier clasificación de rubros del daño se determine

²⁵ Carlos Henao, Carlos Juan (2015). “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado” en *Revista de Derecho Privado* N° 28, pp. 277-366, en <https://bit.ly/3N8XFyS>

con claridad qué y cómo se repara, para no violentar la regla de la prohibición de indemnizar dos veces el mismo daño²⁶.

Con respecto al tipo de reparación, el tema es fácil de resolver en lo que tiene que ver con los daños pecuniarios o materiales, puesto que su medición en dinero permite que, ya sea *in natura* o en equivalente pecuniario, la reparación se otorgue por este medio. El problema se presenta cuando se conjugan varios daños no pecuniarios, donde el operador jurídico habrá de tener sumo cuidado en no reparar dos veces el mismo daño, es decir, en lo relacionado con los daños no pecuniarios, no se trata de afirmar que cada rubro tiene una forma específica de ser reparado, porque todo dependerá del caso concreto, en el cual pueden darse varias de sus formas²⁷.

Por otra parte, el ya citado artículo 63.1 de la Convención Americana reconoce a la CorteIDH la posibilidad de aplicar varias categorías de reparación: *la restitución* (colocar a la víctima en la situación en la que ella se encontraría si el hecho dañino no se hubiese producido), *la rehabilitación* (permitir a la víctima superar el posible trastorno psicológico producido por la lesión), *la compensación* (indemnización pecuniaria para el daño material e inmaterial), *la satisfacción* (que permite el restablecimiento de la dignidad humana) y *las garantías de no repetición* (que tienen por objeto garantizar que el hecho dañino no se repetirá).

VI. Principios relativos al derecho a la reparación integral

Del ordenamiento jurídico interno y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, se extraen y enuncian algunos principios que informan el derecho a la reparación integral en el ámbito de violación de derechos humanos por responsabilidad extracontractual del Estado, a saber:

(i) Principio de imprescriptibilidad de las acciones para obtener reparaciones por violaciones de derechos humanos. El artículo 29 de la Constitución, el cual dispone sobre las obligaciones del Estado frente a delitos contra los derechos humanos, establece que las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles.

(ii) Principio de la interdependencia entre los resultados de las acciones penales y la resolución de los mecanismos de tutela y obtención de reparaciones en la jurisdicción contencioso-administrativa por responsabilidad del Estado. Significa que los procesos judiciales conocidos y decididos en la jurisdicción penal mediante la cual se imponga sanción

²⁶ Id., p. 294.

²⁷ Id.

por tipos penales a los funcionarios del Estados involucrados en las violaciones de derechos humanos constituyen antecedentes judiciales para establecer el nexo del Estado con las violaciones de derechos humanos y establecer las reparaciones adecuadas e integrales a las víctimas o sus familiares.

(iii) Principio de interpretación no restrictivas para la determinación de adecuadas e integrales formas de reparaciones. Este principio se deriva del carácter interpretativo de las normas constitucionales (19, 140, 259, entre otras) con el propósito de encontrar maneras adecuadas e integrales de reelaboración de las reparaciones de cualquier naturaleza. Dicha interpretación debe ser progresiva y amplia a favor de las víctimas de derechos humanos (y sus familiares).

(iv) La exclusión de beneficios que puedan conllevar la impunidad, incluidos el indulto y la amnistía a los funcionarios o agentes responsables de los casos de violación de derechos humanos en el ámbito de responsabilidad extracontractual del Estado.

(v) El establecimiento de medidas que involucren mecanismos de monitoreo para la implantación de las acciones de reparación.

(vi) Principio de separación y repartición de las cargas reparatorias entre la entidad pública y los funcionarios culpables, con la consecuente subrogación de derechos de repetición a favor del Estado o del funcionario culpable según sea el que haya sido condenado a indemnizar efectivamente a la víctima o sus derechohabientes; y aún, podría el juzgador regular la existencia y la proporción del derecho de repetición (Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sentencia N° 2818, del 19-11-2002).

(vii) El perjuicio reparado en su integridad subrogaría al Estado en los derechos de las víctimas contra el autor o autores del acto dañoso, tal como se encuentra previsto en los artículos 25 y 30 (parte *in fine*) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sentencia N° 2818, del 19-11-2002).

En el ámbito de protección internacional, la ONU, afirmando la importancia de abordar la cuestión del derecho tanto a interponer recursos como de obtener reparaciones de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario de manera sistemática y exhaustiva a nivel nacional e internacional, aprobó en la Asamblea General (64ª sesión plenaria), del 16-12-2005, la Resolución 60/147, relativa a los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos*

*humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*²⁸, mediante la cual se exponen los principios y directrices básicas que se aplican a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, que por su carácter muy grave constituyen una afrenta a la dignidad humana, y promuevan el respeto de los mismos y los señalen a la atención de los miembros de los órganos ejecutivos de gobierno, específicamente los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las fuerzas militares y de seguridad, los órganos legislativos, el poder judicial, las víctimas y sus representantes, los defensores y abogados de derechos humanos, los medios de comunicación y el público en general.

Se aprueban los siguientes principios y directrices básicos:

I. Obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario:

1. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos dimana de:

A. Los tratados en los que un Estado sea parte;

B. El derecho internacional consuetudinario;

C. El derecho interno de cada Estado.

2. Si no lo han hecho ya, los Estados se asegurarán, según requiere el derecho internacional, de que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones jurídicas internacionales del modo siguiente:

A. Incorporando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a su derecho interno o aplicándolas de otro modo en su ordenamiento jurídico interno;

B. Adoptando procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia;

C. Disponiendo para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados que se definen más abajo, incluida la reparación;

D. Asegurando que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales.

II. Alcance de la obligación.

²⁸ En <https://bit.ly/37EBHVj>

1. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

A. Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;

B. Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

C. Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y

D. Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación.

En forma general, todos estos principios y directrices básicos aluden a la obligación de otorgar a las víctimas la tutela judicial efectiva y obtener las reparaciones mediante las medidas necesarias que se complementen y permitan la reparación integral.

VII. Medidas y formas de reparación integral

Para la garantía del derecho a la reparación integral de los daños por violación de derechos humanos en el contexto de la responsabilidad extracontractual del Estado, no es suficiente la reparación económica (o reparación patrimonializada) de los daños.

Ahora bien, la reparación patrimonial o de contenido pecuniario, involucra la obligación o carga económica de compensar los daños producidos. Esta carga está determinada por el pago directo de los daños, así como la reparación económica de los daños emergentes que surjan y del lucro cesante, en los casos que corresponda. El efecto del pago de la obligación prescrita por los daños producidos por la violación de derechos humanos extingue la responsabilidad del Estado, salvo que dichos pagos no reparen de manera integral los derechos humanos conculcados.

Cuando la compensación económica no produce la reparación integral, son necesarias algunas medidas de cualquier naturaleza, incluso legislativas (según sea el caso), para la idoneidad de dicha reparación (conforme a lo anunciado artículo 30 de la Constitución). La reparación integral del daño constituye su plena restitución y satisfacción frente a las violaciones de los derechos humanos.

Sobre la reparación de los daños sufrido, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de*

las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones definen que una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario.

En este sentido, el citado instrumento agrega que las reparaciones han de ser proporcionales a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Los Estados, conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.

También, estos *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones* consideran una serie lineamientos inherentes a distintas formas de reparación de los daños sufridos:

Programas nacionales de reparación y otra asistencia. Los Estados han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones.

Ejecución de las sentencias de tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos. Los Estados ejecutarán, con respecto a las reclamaciones de las víctimas, las sentencias de sus tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos, y procurarán ejecutar las sentencias extranjeras válidas que impongan reparaciones con arreglo al derecho interno y a las obligaciones jurídicas internacionales. Con ese fin, los Estados deben establecer en su derecho interno mecanismos eficaces para la ejecución de las sentencias que obliguen a reparar daños.

Reparación plena y efectiva. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Restitución. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho

internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

Indemnización. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:

- a) El daño físico o mental;
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
- d) Los perjuicios morales;
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

Rehabilitación. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

Satisfacción. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;

h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

Garantías de no repetición. Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención:

a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;

b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;

c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;

e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;

f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;

h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.

Estas distintas formas de cumplir la obligación de otorgar reparación integral comprende tanto las formas de carácter patrimonial (indemnización, compensación, pago económico) como otras medidas de diferentes naturalezas: programas nacionales de reparación y otra asistencia; ejecución de las sentencias de tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos; y reparación plena y efectiva que comprende: restitución, compensación, satisfacción, medidas de no repetición y rehabilitación.

La coexistencia de las normas nacionales y los instrumentos internacionales podrán contribuir al entendimiento, desarrollo y plena satisfacción del derecho a la reparación integral de las víctimas de violación

de derechos humanos en Venezuela. La combinación de distintos mecanismos para la obtención de reparaciones, la forma de elegir las medidas de reparación, la implementación de estas reparaciones o la función disuasiva de las mismas, es materia de desarrollo legislativo y jurisprudencial pendiente.

No todos los instrumentos internacionales obligan a los Estados de manera explícita, a otorgar reparaciones por todos los tipos de violaciones a los derechos humanos, por lo que los tribunales nacionales disponen de las competencias para dictar las medidas de cualquier naturaleza (inclusive legislativas, según sea el caso) para una reparación plena y efectiva de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso.

Conclusiones

Nuestro ordenamiento constitucional y el conjunto de sistemas de protección internacional de derechos humanos fortalecen el derecho de acceso a la justicia y de obtener reparación integral frente a las violaciones de derechos humanos.

El contenido del derecho a la reparación integral es complejo y representa una importante garantía en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado frente a las violaciones de derechos humanos.

Si bien es cierto que la vía penal es la que cuenta con el rol principal para perseguir, investigar, sancionar y reparar violaciones de derechos humanos, no es menos cierto que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado frente a dichas violaciones de derechos humanos debido al nexo de los daños con la actividad de poder público desplegada (normal o anormal) y determinar la reparación integral que corresponda.

El carácter integral de la reparación supone una revisión en cuanto a las formas y tipos de cumplimiento de esta obligación, ya que no implica exclusivamente una particular y estricta "patrimonialización" de la misma. La reparación integral debe comprender medidas de cualquier naturaleza que logren una plena y efectiva satisfacción (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición).

Las medidas de reparación integral son múltiples e ilimitadas y deben ser concebidas de acuerdo a la naturaleza del daño y de las diversas y múltiples maneras legales que logren el restablecimiento de la situaciones jurídicas subjetivas de la víctima, por ejemplo: dotación de medicamentos; pago de exámenes y tratamientos médicos en instituciones de salud privadas; entrega de silla de rueda; implementos de aseo como

pañales desechables de adulto; suplemento alimenticio formulados por el médico; apoyo económico para suplir necesidades médicas; pago de daños emergentes y lucro cesante; pago de intereses sobre toda suma principal adeudada; medidas de atención y asistencia; peticiones de excusas, reconocimiento de la violación al derecho; garantía de no repetición; la planificación y realización de planes de instrucción dirigidos a los funcionarios respecto de las consecuencias, responsabilidades y sanciones en cabeza del Estado derivadas de conductas irregulares, en aras de evitar que las acciones de daños de derechos humanos volvieran a repetirse; y cualesquiera otras acciones de reparación a cargo del Estado responsable.

La CorteIDH concibe el término reparación en un sentido genérico que permite englobar las más diversas formas de restablecer las violaciones de la CADH. El artículo 63.1 de esta Convención reconoce a la CorteIDH la capacidad de disponer que se garanticen los derechos lesionados, y la facultad de disponer reparaciones a través de varias categorías de reparación: la restitución (colocar a la víctima en la situación en la que ella se encontraría si el hecho dañino no se hubiese producido o restablecimiento hasta donde sea posible), la rehabilitación (permitir a la víctima superar el posible trastorno psicológico producido por la lesión), la compensación (indemnización pecuniaria para el daño material e inmaterial), la satisfacción (que permite el restablecimiento de la dignidad humana) y las garantías de no repetición (que tienen por objeto garantizar que el hecho dañino no se repetirá).

Entre otras normas de carácter internacional que obligan a las autoridades nacionales a otorgar reparaciones en casos de violaciones de derechos humanos, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, compilan las normas internacionales respecto de las medidas de reparación: restitución, compensación, satisfacción, rehabilitación y no repetición para las víctimas de violación graves de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. ■



REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Número 22, Enero – Junio 2021
Segunda etapa

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)



www.cidep.com.ve www.cidep.online



contacto@cidep.com.ve



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