

ANUARIO DE LA
ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO

Año 2021



**ANUARIO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

Año 2021

Coordinación:
Jessica Vivas Roso

Caracas, 2023

© De la edición: Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

© De los textos: Sus autores.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta obra son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con la de sus coordinadores ni editores.

Editado por:

Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA)

Correo electrónico: contacto@aveda.org.ve

Sitio web: <https://www.aveda.org.ve>

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY

Depósito Legal: DC2022002002

ISSN: 2958-9541

La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA)

Constituida en mayo de 1968, en la sede de la Biblioteca Central de la Universidad Central de Venezuela bajo el nombre de Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración (AVDACA), y desde el año 2000 denominada Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, AVEDA es una asociación civil sin fines de lucro de carácter apolítico, domiciliada en la ciudad de Caracas, cuyo objeto fundamental es agrupar institucionalmente a juristas y otros profesionales universitarios especializados en el área del Derecho Administrativo y las ciencias de la Administración.

Son objetivos de la Asociación la promoción del estudio, investigación, actualización y divulgación de los distintos aspectos que comprenden estas disciplinas; la participación en los procesos de redacción y discusión de instrumentos normativos y otros actos jurídicos por ante las autoridades competentes, brindando su apoyo técnico y científico; y la intervención en procesos judiciales relevantes para el desarrollo del Derecho Administrativo.

El Anuario AVEDA

Como parte de sus actividades de actualización y divulgación, AVEDA ha creado su Anuario, que recopila los diversos eventos (encuentros bimestrales, seminarios, conferencias, charlas y coloquios) realizados durante un año calendario, a excepción de las Jornadas de Derecho Administrativo, cuyas memorias son publicadas en libro aparte.

Cada ponencia se presenta del mismo modo en que fue expuesta oralmente, por lo que carecen de notas. En algunos casos, sin embargo, se publican las ponencias en textos redactados para el Anuario.

**Consejo Directivo de la
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
2019-2021**

Presidente: Juan Domingo Alfonso Paradisi

Vicepresidente: Antonio Silva Aranguren

Secretaria General: Flavia Pesci-Feltri

Tesorero: Carlos García Soto

Vocales: Belén Ramírez Landaeta, Claudia Nikken, Luis Ernesto Andueza

Suplentes: Jorge Kiriakidis, Cosimina Pellegrino, Manuel Rojas Pérez,
María Alejandra Correa, Mauricio Pernía-Reyes, Gabriel Sira Santana,
Alejandro Canónico

**Consejo Directivo de la
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
2021-2023**

Presidente: Gustavo Urdaneta Troconis

Vicepresidente: Antonio Silva Aranguren

Secretaria General: Jessica Vivas Roso

Tesorero: Jorge Kiriakidis

Vocales: Belén Ramírez Landaeta, Flavia Pesci-Feltri, Claudia Nikken

Suplentes: María Amparo Grau, Diana Trias Bertorelli, Gabriel Sira
Santana, Carlos García Soto, Manuel Rojas Pérez, Caterina Ballasso,
Gonzalo Pérez Salazar

**Comité de Publicaciones de la
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
2021-2023**

Coordinador: Antonio Silva Aranguren

Miembros: Carlos García Soto, Gabriel Sira Santana

ÍNDICE

EL SEGUNDO NÚMERO DEL ANUARIO AVEDA. Jessica Vivas Roso 9

ENCUENTROS BIMESTRALES

VIII ENCUENTRO AVEDA: ¿POR QUÉ UN SENADO PARA VENEZUELA? Ramón Guillermo Avelado 13

IX ENCUENTRO AVEDA: ESTADO GARANTE Y DERECHO ADMINISTRATIVO DEL RIESGO. Luis Alfonso Herrera Orellana 27

X ENCUENTRO AVEDA: DERECHO ADMINISTRATIVO: ¿GARANTIZADOR? José Araujo-Juárez 37

XI ENCUENTRO AVEDA: CAMBIOS EN EL CONTENCIOSO BANCARIO. Gonzalo Pérez Salazar 53

XII ENCUENTRO AVEDA: LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS EN EL EXTRANJERO, ANULADOS EN LA SEDE. Ramón Escovar León 67

XIII ENCUENTRO AVEDA: ÉTICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO. Román Duque Corredor 75

SEMINARIOS Y CONFERENCIAS

CONFERENCIA: FUNDACIÓN Y ACTIVIDAD DE AVEDA, A PROPÓSITO DE SU ANIVERSARIO. José Rafael Belandria 85

SEMINARIO: 40 AÑOS DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. Gustavo Urdaneta Troconis, María Amparo Grau, Miguel Ángel Torrealba Sánchez, Cosimina Pellegrino Pacera 95

COLOQUIO VENEZOLANO-MEXICANO SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Luis Fraga Pittaluga, Luis Ortiz-Álvarez, Gonzalo Armienta Hernández, María Guadalupe Fernández Ruiza 139

SEMINARIO: DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL CINE Y LA LITERATURA, Samantha Sánchez Miralles, Flavia Pesci-Feltri, Claudia Nikken, Carlos Reverón Boulton, Cosimina Pellegrino Pacera 175

COLOQUIO VENEZOLANO-MEXICANO SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR, Alina Del Carmen Nattel Barrera, Luis Gerardo Rodríguez
Lozano, Flavia Pesci Feltri, Rafael Badell Madrid 205

ACUERDOS Y REGLAMENTOS AVEDA

ACUERDO POR EL QUE SE CONFIERE EL RECONOCIMIENTO DE LA
ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (EDICIÓN
2021) AL POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA 239

ACUERDO POR EL QUE SE DESIGNA A LOS MIEMBROS DE LOS COMITÉS DE
TRABAJO DE AVEDA PARA EL PERÍODO 2021-2023 241

ACUERDO DE APOYO A LA DECISIÓN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS
DE LA ONU DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2021 243

REGLAMENTO DEL AÑO CONMEMORATIVO DE LA ASOCIACIÓN
VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA) 245

EL SEGUNDO NÚMERO DEL ANUARIO AVEDA

El 2021 fue un año fructífero para AVEDA. En cuanto a sus eventos, se logró no solo mantener la frecuencia de los encuentros bimestrales y los seminarios, sino que además se organizaron dos coloquios binacionales que permitieron ampliar los temas de nuestra Asociación a nuevas audiencias, así como establecer y reforzar alianzas con instituciones académicas extranjeras.

Esta obra, el segundo número del Anuario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, que nos corresponde presentar, recopila las conferencias, coloquios, encuentros y seminarios celebrados por la Asociación en dicho año, así como sus Acuerdos y Reglamentos.

La misma se ha estructurado en tres bloques: el primero, recopila los encuentros bimestrales; el segundo, los seminarios y conferencias, y el tercero, los Acuerdos y Reglamentos dictados por el Consejo Directivo en el 2021.

En el primer bloque “Encuentros bimestrales” podrán encontrar los encuentros VIII al XIII en los que participaron los profesores Ramón Guillermo Aveledo, Luis Alfonso Herrera Orellana, José Araujo-Juárez, Gonzalo Pérez Salazar, Ramón Escobar León y Román Duque Corredor.

En el segundo bloque “Seminarios y conferencias”, encontrarán la conferencia “Fundación y actividad de AVEDA, a propósito de su aniversario” del profesor José Rafael Belandria; los seminarios “40 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” y “Derecho Administrativo en el cine y la literatura” donde participaron los profesores Gustavo Urdaneta Troconis, María Amparo Grau, Miguel Ángel Torrealba Sánchez, Cosimina Pellegrino Pacera, Samantha Sánchez Miralles, Flavia Pesci-Feltri, Claudia Nikken y Carlos Reverón Boulton y los coloquios venezolano-mexicanos sobre Contratos Administrativos y Derecho Administrativo Sancionador que contaron con la participación de los profesores mexicanos Gonzalo Armienta Hernández, María Guadalupe Fernández Ruiz, Alina del Carmen Nattel Barrera y Luis Gerardo Rodríguez Lozano; y los profesores venezolanos Luis Fraga Pittaluga, Luis Ortiz-Álvarez, Flavia Pesci Feltri y Rafael Badell Madrid.

En el tercer bloque “Acuerdos y Reglamentos AVEDA” encontrarán tres acuerdos y un reglamento dictados por el Consejo Directivo, a saber: el Acuerdo por el que se confiere el Reconocimiento de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (edición 2021) al Postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, el Acuerdo por el que se designa a los miembros de los Comités de trabajo de AVEDA

para el período 2021-2023, el Acuerdo de apoyo a la decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU del 14 de diciembre de 2021 y el Reglamento del año conmemorativo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

En este segundo número, es necesario agradecer a todos los profesores, aliados, colaboradores y miembros de nuestra Asociación, por el apoyo y dedicación brindados en la revisión de los textos que se incorporan a esta obra.

Esperamos que esta nueva edición del Anuario AVEDA sea del agrado del lector y que sirva de instrumento consulta obligatoria para estudiantes y profesionales del derecho administrativo.

Jessica Vivas Roso
Secretaria General del Consejo Directivo 2021-2023

ENCUENTROS BIMESTRALES

VIII ENCUENTRO AVEDA: ¿POR QUÉ UN SENADO PARA VENEZUELA?*

Ramón Guillermo Aveledo

Fecha: 22 de enero de 2021

Entiendo perfectamente que cuando uno propone un parlamento bicameral que sea útil a la democracia, una primera tentación, tanto positiva como negativa, es pensar que se trata de un regreso al parlamento bicameral que tuvimos a lo largo de nuestra historia de 200 años hasta esta Constitución, y en realidad lo que he planteado es distinto a eso, y a mi modo de ver, es más que eso. No es un regreso al modelo del Congreso que teníamos, aunque yo comprendo perfectamente que al comparar la superioridad de ese Congreso con relación al desempeño de la Asamblea Nacional, podría hacernos caer en esa tentación, pero no es eso lo que planteo.

Para llegar a esta conclusión, yo les confieso que cuando era diputado no estaba muy cómodo en el mismo, y más de una vez me sentí crítico de él; pero a lo largo de la vida y de los estudios, he comprendido mucho mejor las razones que fundan la existencia y vigencia del modelo bicameral.

Para el trabajo que se encuentra en mi libro, no sólo examiné la teoría del bicameralismo en sentido general; la trayectoria constitucional venezolana, porque no siempre fue igual el Senado que tuvimos desde la Constitución del año 1811 hasta la del año 1961. El momento en que el constituyente se esmeró más en desarrollar una diferenciación real entre ambas Cámaras fue en la redacción de esta constitución. Es el constituyente del 1961 quien estudió más detalladamente el punto y se puede ver tanto en los debates de la comisión redactora como en los debates parlamentarios en el Congreso, y por supuesto en los estudios que se hicieron para elaborar ese proyecto.

Además, me detuve en estudiar formas concretas, las que existen de parlamentos bicamerales en el mundo, con un especial acento en las democracias tanto de América del Norte (la estadounidense, la canadiense, la mexicana), como del resto de América, al Sur, porque en Centroamérica

* El título original del encuentro fue "Un nuevo bicameralismo para el Poder Legislativo Nacional". Éste fue sustituido para una mayor comprensión de la ponencia.

no hay bicameralismo, sólo hay Asambleas unicamerales. En el Caribe sí hay; el Congreso dominicano es bicameral; también en la mayor parte de los parlamentos de las antiguas colonias británicas. En Sudamérica sí ha predominado el sistema de dos cámaras, a pesar de una tendencia al unicameralismo que se ha asentado en Ecuador, Perú y Venezuela. Sin embargo, los demás países mantienen la tradición bicameral; en algunos casos, hay particularidades interesantes, como el de Colombia y el del Uruguay; esos, a su vez, tienen Senados de mucho prestigio. Asimismo, casos de Europa, Asia y África, que me parecen interesantes porque se trata, en el caso asiático, de parlamentos con motivo de la independencia, en el caso de la India; o con motivo de la modernización, como la de Japón después de la Segunda Guerra Mundial; y en África, el caso que es muy interesante es el de África del Sur, con las reformas consensuadas a raíz del fin del *apartheid*.

Una nota central, porque hay, por supuesto, distintas justificaciones para la existencia de las dos Cámaras –pero una nota inicial que no quiero dejar pasar–, se refiere al más remoto antecedente del Senado, que es el Senado Romano, y lo quiero recordar simplemente, siendo muy tentador –porque siento que el derecho romano es tentador para el estudioso del derecho, de la historia de las instituciones–; sin embargo, lo que quiero en esta oportunidad es llamar la atención sobre la propia denominación del Senado. Senado viene del latín *Senatus*, que quiere decir «Consejo de ancianos», así que la condición de la Cámara estaba originalmente asociada a la experiencia, a la sabiduría que se supone deriva de la edad y de la experiencia; pero bueno, vamos a ver que nunca faltan ni las razones ni las experiencias para justificar uno u otro modelo.

Las justificaciones teóricas de la existencia del Senado, vamos a encontrar que oscilan desde reconocer y satisfacer las necesidades de una Cámara Federal, de una Cámara de representación de las unidades político-territoriales dentro de un Estado federal, o la propia es de una Cámara de la experiencia; a veces es una u otra lo que sostiene la racionalidad constitucional de la existencia de la Cámara Alta, y a veces ocurre que es una combinación de las dos lo que está en el razonamiento que la sustenta.

El maestro García Pelayo, al hablar del bicameralismo, lo conceptúa como un sistema moderador y ponderado, que es una garantía frente al abuso o el despotismo, y que tiende a realizar el principio de división de los poderes en el seno del Poder Legislativo. En cambio, Maurice Duverger lo considera como superfluo, dice «porque el defecto esencial de los parlamentos es la lentitud y no la precipitación»; así que buscar una Cámara de enfriamiento, le parece a él muy mala idea, y podemos leer en sus libros que lo consideraba exactamente superfluo.

Hay algunas democracias avanzadas, democracias importantes en el mundo, como Suecia, Dinamarca, Nueva Zelanda, que han suprimido la segunda cámara, la han abolido; y hay democracias prestigiosas como la israelita o, en América Latina, la costarricense, con parlamentos unicamerales. Pero fíjense ustedes que como ha pasado, y podríamos ver que, en estas tendencias orientadas a la unidad política, a la celeridad, a la eficacia, a los procedimientos expeditivos, sin embargo, hay casos interesantes. Han fracasado dos intentos, uno de abolición absoluta y otro de una reforma que lo reducía y que cambiaba su naturaleza a los Senados.

En el caso de Irlanda, la República tiene un curioso Senado funcional, que es parcialmente designado y parcialmente escogido por universidades y corporaciones públicas; y sobre ese Senado, que no es el elegido popularmente, se realizó un referendo hace pocos años para abolirlo y perdió: la eliminación del Senado perdió en el voto popular, en un país donde la opinión pública está cambiando mucho; es un país tan tradicionalmente católico en el que recientemente ha ganado el referéndum popular para la aprobación de la Ley del aborto. No es que el votante irlandés es conservador, pero sí decidió preservar ese Senado Éireann, que no es un Senado electivo porque según su Constitución no es de origen popular.

Otro caso interesante es en Italia. Recientemente se ha aprobado una reforma constitucional que reduce el tamaño del Senado, que era de 315 miembros. La propuesta anterior, sometida a referéndum por el gobierno que cambiaba la naturaleza del Senado, pues eliminaba la Cámara, la sustituía por un cuerpo más pequeño, de elección indirecta, con representación de los municipios y de las regiones. Sin embargo, la propuesta perdió en un país donde hay tanta crítica al establecimiento político, tanta inconformidad. Esa reforma fue derrotada.

Cuando en el modelo de dos Cámaras se valoran las contribuciones de sobriedad, de equilibrio, y también de impacto efectivo en las definiciones de políticas públicas. Cuando uno revisa las propuestas de reforma o inclusive de abolición de la Cámara Alta en países como Francia, Polonia, Eslovenia, Bosnia y Herzegovina, puede concluirse que al final, dada la noción de poder limitado que ya está en el corazón de la concepción moderna del constitucionalismo, se puede llegar a la conclusión de que el bicameralismo puede favorecer los valores constitucionales liberales, porque contribuye a la limitación del poder, a su balance mediante el equilibrio.

Alzaga, constitucionalista y constituyente español, en su trabajo sobre la Constitución española comentada, citaba al sabio profesor Pérez Serrano diciendo que la existencia del Senado obedece a razones de contenido, a razones de arte político y buen gobierno, con lo cual se subraya que, en su idea, lo que está es la noción de una Cámara de reflexión, una

que se ponga a salvo del debate político contingente, y que sea capaz de ver las políticas públicas, la orientación, el rumbo que estas le dan al destino y al desarrollo nacional; verla con un sentido de mayor perspectiva.

Antes de conversar sobre la propuesta que hago para el caso del parlamento venezolano, ¿qué notas les quiero subrayar de las experiencias que he podido estudiar con más detenimiento? En primer término, el caso del ejemplo paradigmático del Senado americano. Ese Senado es el resultado de la política, no de un diseño preconcebido, no hay tal cosa como que imaginaron un modelo federal y lo convirtieron en un texto constitucional, no es así. El Congreso bicameral es el resultado de una negociación, luego del fracaso de los artículos de la Confederación y el riesgo de ruptura que tenía después de la independencia esa inmensa nación. Cuando se reunieron en Filadelfia los delegados de los estados, hubo debate, ¡cómo no!, pero predominó el ambiente de negociación y de mutuas concesiones. Por lo tanto, en ese Senado se buscó, por un lado, compensar la proporcionalidad de la Cámara de Representantes, en donde el peso de la población es fundamental. Entonces, ahí tenemos una Cámara donde la representación es igualitaria, dos senadores por cada estado. Además de eso, se quiso distinguir mediante la duración del período, para así condicionar el tono de los debates con representantes menos sometidos a los vaivenes de la opinión.

La Cámara de Representantes se elige cada dos años; los representantes tienen un vínculo muy directo y muy dependiente de los vaivenes de la opinión pública; entonces se les quiso dar a los senadores un período de seis años (es decir, inclusive más largo que el del presidente de los Estados Unidos), con la finalidad de lograr una Cámara más independiente. Al comienzo, el Senado americano era de elección indirecta, lo elegían las legislaturas estatales; pero después, ya a comienzos del siglo XX, en 1913, hubo una enmienda (la XVII) que trajo la elección popular de los Senadores por cada estado.

En el caso de Francia, el bicameralismo es uno con Cámaras con competencias desiguales. No se trata de las Cámaras como cuerpos co-legisladores, como el Congreso de los Estados Unidos, sino de competencias desiguales. El Senado es de representación regional; sus renovaciones son parciales mediante elección indirecta y es fundamentalmente una cámara de las comunas, pues de ellas proviene la abrumadora mayoría de sus miembros. Cámara de control, su peso en la legislación deriva de sus capacidades de persuasión y negociación para lograr enmiendas. Se evidencia que lo que los franceses buscan es una Cámara donde la razón prevalezca sobre la pasión, y el tiempo y la reflexión prevalezcan sobre la acción inmediata.

En España, debido a que su cambio constitucional ocurrió en las circunstancias de la transición a la democracia, luego del período del

régimen franquista, el Senado tuvo muchísimo protagonismo en ese debate; inclusive había unos Senadores reales en el momento de la transición, los cuales eran designados por el rey; uno de ellos, por cierto, vivía en Venezuela cuando fue designado y viajó desde aquí, era don Justino de Azcárate. El resultado de España es una Cámara híbrida y un debate interminable, un debate que continúa; no sólo porque es España, donde los debates son interminables, sino porque la verdad es que resultó en algo que no es una cosa ni la otra.

Como saben, España es un Estado unitario, no se declara federal; pero ha habido un gran desarrollo de las comunidades autónomas, del Estado de las Autonomías. La evolución del derecho público y de la existencia de las comunidades autónomas con un margen grande de competencias, y las diferencias que conocemos, han traído una situación cuasi federal; siempre analizo a España como un régimen cuasi federal porque la verdad que es hacia allá que evoluciona ese sistema.

En Italia, en cambio, en la carta de la República Italiana de la posguerra, se creó un bicameralismo perfecto e igualitario en la legislación pero también en la formación del gobierno; es decir, para que el gobierno pueda gobernar, tiene que obtener el respaldo por separado de cada una de las Cámaras, someterse al Senado y a la Cámara de Diputados, lo cual está, por cierto, sin duda en la causalidad de la inestabilidad de los gobiernos italianos, pues requiere de dos mayorías que no siempre son exactamente coincidentes. Y hay, además –contrariamente a la idea predominante en otras partes, de hacer del Senado una Cámara más pequeña– en el caso italiano es gigantesca, una Cámara de 315 miembros; eso más bien dificulta el cumplimiento de su papel. Ahora acaba de ser reformada la Constitución en cuanto a la integración de la Cámara y se redujo el número de Senadores a 200, que es un número más racional.

En Alemania, el *Bundesrat*, la segunda Cámara, es un caso único e irrepetible porque no es exactamente un cuerpo parlamentario (aunque el *Bundestag* sí). Está integrado por representantes de los gobiernos de los *länder* (los gobiernos de los estados federados), no son elegidos por el pueblo, no son elegidos ni siquiera por las Cámaras de los estados, sino son delegados nombrados por los gobiernos de cada estado. Sí es interesante de ese modelo (que sí tiene competencias legislativas) que en él se combinan entonces, en el perfeccionamiento en la legislación, la cuestión política, pues los proyectos provienen del *Bundestag*, que es la Cámara más política y de representación popular, con la experiencia administrativa que aportan los que van a tener que aplicar la legislación, que son los gobiernos de los estados.

Por otro lado, aquí cerca hay Estados no federales que tienen parlamento bicameral, como Chile, Uruguay o Colombia. Me parece interesante agregar que, de todos los Estados federales del mundo, solamente tres

son federales y unicamerales. Es decir, Venezuela es un tercio de esa condición excepcionalísima; los otros dos son la Unión de las Comoras y los Estados Federados de la Micronesia.

Es interesante también, máxime si se considera desde la perspectiva venezolana actual, que hay casos de Senados que fueron elementos importantes en transiciones políticas muy difíciles. Uno es el caso de Polonia: el Senado había desaparecido en los tiempos del socialismo real, y reapareció junto a la Cámara Popular en la transición peculiarísima de Polonia. Esta transición no fue una ruptura sino un proceso gradual, negociado. Y también resulta muy llamativo que en la Constitución de la República de Sudáfrica se acordó la existencia de una segunda Cámara, que se llama Consejo de los Estados, con una representación de las regiones con una composición singular y muy interesante.

En el caso asiático tenemos la India, que tenía tradición de participación democrática antes de la independencia y, además, enormes dimensiones y complejidad. Por otro lado, Japón, que no tuvo experiencia democrática antes de la Segunda Guerra Mundial, y que tiene mucha homogeneidad y dimensiones distintas a las de la India. Sin embargo, en ambos casos se pensó, en aquel momento, en la bicameralidad. En el caso de Japón, se vio toda la influencia enorme que tuvieron de los norteamericanos en la redacción de esa Constitución y de las distintas leyes; incluso hubo una comisión de juristas del ejército americano, que llevaron para apoyar, asesorar y, en último término, redactar propuestas. En cambio, en el caso de la India, un país tan grande como diverso, entre los más poblados del mundo, pero que viene de la tradición británica, es muy impresionante ver la cantidad de volúmenes serios de antecedentes para definir la evolución india hasta un grado de detalle que puede ser exasperante respecto a la competencia de cada Estado.

Finalmente, el caso singularísimo de la Cámara de los Lores británica, cuya reforma se ha intentado varias veces. Vale la pena revisarla porque, aun cuando la proposición de abolición de los Lores ha sido siempre muy minoritaria, los reformistas son políticos o académicos; sin embargo, siempre prefieren más bien modificarla para conservar esa noción de la Cámara de Reflexión (la Cámara serena). Walter Bagehot, el gran estudioso de la Constitución británica, opina que:

Si tuviéramos una Cámara de los Comunes ideal, perfectamente representativa de la nación, siempre moderada, capaz, apasionada, abundante en hombres de paz, que nunca omitan las formas lentas y estables necesarias para buena consideración, sería cierto que no necesitaríamos una Cámara Alta.

En el caso de Venezuela tenemos que, a lo largo de la historia constitucional, se adopta una intención de diferenciar y de jerarquizar al Senado de modo que el bicameralismo que hemos asumido a lo largo del

tiempo, es igual que en la mayoría de las democracias más avanzadas; pero sin embargo no tiene esa suficiente diferenciación que le permitiría rendir sus frutos. Acaso eso tuviera relación con la minusvalía a la cual, salvo en períodos excepcionales, estuvo sometido el cuerpo senatorial, lo cual puede explicar la facilidad que hubo en 1999 para abolirlo sin que tuviera mayores de deudos, sin que a casi nadie le impresionase esa supresión.

Entonces, viendo todo eso, ¿qué nos hace falta en realidad? Yo quería comenzar por demostrar que una segunda Cámara es necesaria. Es un dicho de estudiosos, y también de políticos expertos que lo han expresado en Inglaterra y España, el que la existencia de la segunda Cámara se nota más su importancia en su ausencia que en su presencia; es decir, cuando no hay segunda Cámara, uno se detiene a valorar que realmente hace falta.

Lo más importante y trascendente es que el control al gobierno y la administración no se debilita, sino que se fortalece. Al poder no le gusta ser controlado, y vemos cómo Diego Valadés (constitucionalista mexicano) tiene un libro sobre el control del poder, un libro especial cuyo foco es ese; dice inclusive que más bien los balances y los contrapesos operan como fuerzas crecientes y no como fuerzas menguantes, es decir, el que el poder sea limitado no se traduce en un poder debilitado; un poder que sea limitado y controlado puede ser un poder mucho más fuerte porque, claro, ninguna distribución constitucional, ningún diseño nos pone a salvo total y definitivamente de cualquiera de los riesgos que el ejercicio del poder político (inclusive el democrático) pueda tener.

Esa tensión propia del poder y de su ejercicio –que por cierto es inmanente al derecho constitucional resolver esas tensiones esenciales– plantea siempre un desafío para resolverla satisfactoriamente, resolución que siempre es provisional porque siempre pueden cambiar las circunstancias que ameritarán ajustes y cambios.

En el caso venezolano, el Poder Legislativo, la Asamblea Nacional, es un órgano representativo que legisla sobre las materias de la competencia del Poder Nacional y controla el gobierno y la Administración. Tiene una posición particular en relación a las otras ramas del Poder Público, como ustedes lo saben, porque debe hacer esas tareas que son propias del Poder Legislativo (representar, legislar y controlar); pero además le corresponde dictar las normas por las cuales las otras ramas se rigen. Así, es la que aprueba presupuestos, es la que emite aprobaciones y autorizaciones en el caso del Poder Ejecutivo y, además de eso, participa en la elección de los titulares de diversos altos cargos que son de las otras ramas del poder público.

Entonces, aquí de nuevo, la pregunta que ha de plantearse es si estaría en mejores condiciones el Poder Legislativo Nacional, si tuviera una estructura bicameral en lugar de la actual unicameral. A esa pregunta respondo que sí y les explico.

El bicameralismo por sí solo no bastaría para cambiar nada, pero lo que hay que buscar es un bicameralismo que no constituya una mera duplicación de las competencias al tener dos Cámaras en lugar de una. Se necesitan dos Cámaras distintas entre sí, con papeles diferentes en sus tareas comunes como cuerpos legisladores, y con funciones privativas diferenciadas. El bicameralismo que se propone se puede resumir en una Cámara política, la Asamblea Nacional, como la Cámara de Diputados; y una Cámara de Estado, que sería el Senado. Una Cámara Baja, la Asamblea la llaman los franceses, la Cámara de Diputados, la Cámara de representación popular, la Cámara política; y una Cámara Alta, el Senado, donde se toquen cuestiones de Estado. Ambas convergen en el trámite legislativo con papeles no idénticos; del resto, la Cámara Baja, la Asamblea Nacional, se especializaría en el control político y financiero de la República; y la otra, en las cuestiones atinentes a la organización y funcionamiento del Estado y a la política exterior, la seguridad y defensa, y la justicia.

De acuerdo a los valores tradicionales del pueblo venezolano, ambas Cámaras deben ser producto de elección popular directa. Además, debe ser un Senado de todo el país, a diferencia del Senado colombiano y el Senado uruguayo que son cerrados, elegidos por lista nacional; yo creo que el Senado debe ser elegido en representación de los estados y el Distrito Capital, porque hay un fundamento de racionalidad del sistema político; si queremos desarrollar el Estado federal descentralizado previsto constitucionalmente y también porque en la evolución del país real, el país que es, ni la experiencia, ni la capacidad de gobernar, ni las ideas, ni el conocimiento o la cultura, están concentrados en la capital de la República. Y es muy importante, por necesario, que esas diversas visiones del país estén presentes en un cuerpo como el Senado.

Pero adicionalmente, para que esa segunda Cámara más allá de velar por la efectiva vigencia del Estado federal, además sea un cuerpo que analice más serenamente las cuestiones que se le plantean, a una distancia prudente de las contingencias propias del debate político-cultural al cual no puede ser ajeno, pero del que no debe ser igualmente dependiente, esa decisión más pausada, con una visión nacional, que no se agota en lo inmediato, ¿a qué contribuye eso?

Primero, sería una Cámara con menor cantidad de miembros. Una Cámara donde sea requerida una mayor edad para formar parte de ella. Inclusive en Italia, y eso vale la pena estudiarlo, sería originalísimo el caso venezolano, no me atrevo a proponerlo así, pero llama la atención porque es de derecho positivo: el sufragio activo, es decir, no el pasivo, la

capacidad de ser votado, sino el activo, la capacidad de votar para el Senado, es a partir de una edad mayor que el voto en general para los demás cargos, aparte de que ciertamente se requiere una edad más alta para ser Senador.

Y adicionalmente propongo un mandato más largo, como una Cámara que no se elige toda al mismo tiempo, es decir, con renovaciones parciales, por tercios, cada dos años, de forma que la mayoría del Senado no responda necesariamente a un momento y no esté directa e inevitablemente vinculada a la mayoría en la Asamblea Nacional o a la elección presidencial; para que haya una mayor independencia de la opinión y el voto para los Senadores.

Insisto en la cuestión regional, y en eso apelo a la sabiduría de alguien que fue Senador muchos años, el doctor Ramón J. Velázquez, que valoraba mucho esa diversidad regional. En Venezuela todos somos venezolanos, pero hay una manera distinta de ser venezolano en los andinos o en los orientales, en los zulianos y los centrales, en los centro occidentales, los llaneros o los guayaneses; entonces, creo que al final la combinación de esas diversidades le confiere esa tonalidad, esa consistencia, al patriotismo venezolano.

Yo pienso que, y así lo propongo, nuestro Senado debe tener tres Senadores por estado. ¿Por qué tres? eso daría una Cámara de 72 miembros, que siempre es más pequeña que la Asamblea Nacional. Serían tres por estado porque, si bien un número de dos por estado es igualmente divisible entre tres para hacer las elecciones por tercios, sin embargo, el que fuera un número de dos por estado haría que cuando tocara la elección, no tocaría, como pasa en EE.UU., en todos los estados al mismo tiempo y eso creo que es una anomalía a la que ahora hay que adelantarse. Entonces, como se va a renovar un tercio de los Senadores, no todos los Senadores se renuevan al mismo tiempo, pero en todos los estados sí habría elección del Senado cada dos años.

Después, se debe diferenciar la duración del mandato de las distintas autoridades nacionales. Creo que el mandato del presidente debe mantenerse en cinco años; deben ser seis para los Senadores, y el de la Asamblea puede ser de cuatro o cinco. Entre los dos cuerpos, no me atrevo a proponer el modelo americano de renovación completa de Asamblea cada dos años, porque sería inapropiado para nuestra manera de ser y el resultado de esta estructura que propongo nos dice que la elección completa de la Cámara no va a ser necesariamente una fotografía de una mayoría coyuntural, sino que va a permitir llevar el pulso de los cambios que va habiendo en la opinión pública a lo largo de esos seis años.

Planteo como tema de la discusión algo que contraviene la tradición parlamentaria venezolana, como lo es la existencia de Senadores

suplentes. Yo creo que vale la pena analizar –si se desea tener una Cámara basada en la experiencia, donde se va a buscar a aquéllos que ostenten prestigio en su región–, si no sería mejor que no tengan suplente, de forma que la gente esté segura que por el que votó es el que va a estar; y como se renuevan cada dos años, cualquier falta absoluta de los Senadores podría remediarse en un plazo breve y no sería un daño mayor; pero yo creo que valdría la pena analizarlo, porque es una Cámara que valora la experiencia, la autoridad personal.

Otro asunto al cual me gustaría referirme es a la cuestión de las atribuciones privativas. Yo creo que, en primer término, al Senado, como custodio del Estado Federal y Descentralizado, o sea, como el interlocutor legislativo por excelencia del Consejo Federal de Gobierno, debe corresponderle también compartir con la Asamblea Nacional la competencia de aprobar, en líneas generales, el plan de desarrollo económico y social de la Nación. Yo creo que habría que proponer, como atribuciones privativas, las competencias que tuvo su antecesor del 61, que ahora están fundidas en la Asamblea Nacional, como la aceptación de cargos, honores y recompensas de gobiernos extranjeros; la aprobación para emplear misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país, previa solicitud gubernamental; los viajes al exterior del Presidente de la República; el nombramiento de los titulares de la Procuraduría o de las jefaturas de misión diplomática, e inclusive, el acuerdo para conceder los honores del Panteón Nacional. Eso lo tenía antes el antiguo Senado; yo creo que eso debe tenerlo también el nuevo Senado. Pero, además, el nuevo Senado debe tener la atribución para declarar las faltas absolutas del Presidente, así como las atribuciones para el enjuiciamiento del jefe del Estado y del gobierno.

Creo que ese Senado, en conjunto con la Cámara Baja, participaría en la elección de los rectores del Consejo Electoral y del Defensor del Pueblo. Pero debería corresponder al Senado exclusivamente, por mayoría de dos terceras partes, la elección, en los términos constitucionales, de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Constitucional. Igualmente propongo que el Fiscal General de la República sea elegido por el Senado y no por la Asamblea Nacional. En cambio, en el caso del Contralor, como la Asamblea Nacional es la que tiene las atribuciones de control político y control administrativo, es la que tiene más acento en eso; debería corresponder a la Asamblea Nacional y no al Senado, la elección del Contralor de la República. En cuanto a las remociones de altos funcionarios, al Senado debería corresponder las atribuciones actualmente asignadas a la Asamblea Nacional para la remoción de funcionarios.

Otro asunto que quiero destacar es el de los ascensos militares. Con mínimas variaciones, el control legislativo de los ascensos militares

permaneció en el parlamento venezolano desde 1819 en adelante; desde el Congreso de Angostura, cuando se incorporó este dispositivo, en casi todas permaneció, no siempre del mismo modo, pero esa fue una tradición constitucional que casi nadie se atrevió a alterar. La idea del constituyente del 99 para quitar el control parlamentario a los ascensos de capitán de navío y coronel en adelante, fue como para despolitizar esas designaciones; pero se ha demostrado exactamente lo contrario: el resultado de quitar el control parlamentario a los ascensos ha hecho una Fuerza Armada mucho más politizada que lo que nunca antes hubo.

Un militar que, por cierto, ejerció el Ministerio de la Defensa, el general Fernando Ochoa Antich, que es hombre inteligente y estudioso, en un artículo que escribió sobre el control parlamentario el año 2000, dijo que:

Es injusto considerar que la politización de los ascensos ocurre por tener el Senado, como una de sus funciones, la aprobación de los ascensos militares. La verdad es que la politización surge como consecuencia de la intervención del presidente de la república, como comandante en jefe, en dicho proceso. Justamente, la intervención legislativa limitará la autoridad del presidente de la república en la selección de los altos grados militares, obligando al cumplimiento de la normativa militar.

Si el parlamento tiene los elementos materiales y técnicos para poder ejercer un adecuado control y seguimiento de esto, sin que sea el gobierno, desde luego, creo que sería mucho mejor, de acuerdo con la experiencia.

Quiero referirme a la legislación.

No sólo se diferencian una Cámara y la otra en cuanto a sus atribuciones privativas, sino en cuanto a su papel en la legislación. El objetivo no puede ser retardarla o acelerarla, sino mejorarla, y para eso hay que asignarle suficiente presupuesto para la capacidad técnica. Entonces ¿qué propongo?: El trámite legislativo bicameral lo iniciarían los diputados, salvo en las materias en las cuales la Constitución disponga otra posibilidad. Su Cámara dará al proyecto respectivo las dos discusiones correspondientes y, una vez aprobado, la Presidencia lo remitirá al Senado.

Esa Cámara de Diputados, la Asamblea Nacional, daría dos discusiones al respectivo proyecto; y, una vez aprobado en dos discusiones, lo remiten al Senado. Entonces, cuando se trata de enmiendas o reformas constitucionales, Leyes Orgánicas, leyes de amnistía y en aquellas que afecten las competencias de estados y municipios, la competencia legislativa de las dos Cámaras será idéntica. Pero con relación a las otras, como las leyes ordinarias que no traten de esos asuntos, que es el grueso de legislación que se propone, el Senado dará un asentimiento en una sola discusión, pero ese asentimiento sería esencial y por lo tanto indispensable en la ley de presupuesto, las leyes de crédito público y aquellas leyes

que así estipule la Constitución o así lo decida el Tribunal Constitucional; pero en otros casos el consentimiento del Senado no sería esencial: el cuerpo aprobaría en un informe sus observaciones y proposiciones, y recomendaría a la Cámara de origen que modifique total o parcialmente.

Es decir, hay materias en las cuales el Senado participa igual que la Asamblea Nacional; hay materias en las cuales la participación del Senado es esencial, pero en una sola discusión y sus observaciones deben ser atendidas por la Cámara Baja; y hay materias en las cuales ese pronunciamiento simplemente es una orientación, emite un informe, que la Cámara Baja puede aceptar o no. Las diferencias entre una y otra serían diferencias que están establecidas en la Constitución o por decisiones del Tribunal Constitucional.

En las leyes aprobatorias de tratados y acuerdos internacionales suscritos por la República, el proyecto será introducido por el Senado, donde se iniciaría el trámite, en consistencia con la idea de que en la política exterior tiene una preeminencia el Senado.

Finalmente, yo creo que es conveniente revisar con espíritu constructivo la utilidad práctica que tuvieron disposiciones de la Enmienda Constitucional número 2 (aprobada en 1983) de la Constitución del 61, que incluyeron elementos que fueron descartados por la constituyente del 99 y que creo que vale la pena, revisar pensando en el mejor funcionamiento del Poder Legislativo nacional. Una era la disposición de un quórum de funcionamiento distinto al quórum de votación para que no fuera necesaria la presencia de todos los miembros de los cuerpos legislativos en todas las sesiones, lo que ha producido que haya menos sesiones o menos trabajo. Recordemos que el parlamento es como una cuenca hidrográfica; la Cámara se nutre de las vertientes que es el trabajo de las comisiones y hay que dar la oportunidad para que eso ocurra.

Y otro asunto que encuentro relevante, a la luz de nuestra propia experiencia constitucional, pero además a la luz de la experiencia de otras constituciones, es la creación de la Comisión Legislativa como un canal excepcional de legislación, para materias en las cuales o haya un alto consenso o materias cuya complejidad así lo recomiende; que, en esos casos, no tenga que someterse el proyecto al proceso legislativo ordinario y haga el trámite más lento del parlamento en su conjunto, que por lo mismo pudiera dejar de lado otros asuntos. O materias que por su especialización, la reforma de los códigos, por ejemplo, que requieren mucho detalle, no deberían paralizar el plenario de las Cámaras; pero tampoco sacrificarse modificaciones necesarias, por ejemplo, nunca le entramos a reformar el Código Penal; en Venezuela fue posible sacar el Código Orgánico Procesal Penal, luego desfigurado a golpes, y fue posible el Código Orgánico Procesal Civil, pero porque se hicieron por comisión legislativa, porque en el debate bicameral, hubiera sido muy difícil. Y recordemos que,

VIII Encuentro AVEDA: ¿Por qué un Senado para Venezuela?

habiendo una voluntad política y un consenso muy claro en el país y no siempre entre los parlamentarios pero sí en el liderazgo parlamentario y nacional, y de acuerdo con el gobierno, la reforma del Código Civil tampoco fue tan sencillita. Habría sido sin duda mucho más sencilla en el caso de existir una Comisión Legislativa.

Muchas gracias a todos.

IX ENCUENTRO AVEDA: ESTADO GARANTE Y DERECHO ADMINISTRATIVO DEL RIESGO

Luis Alfonso Herrera Orellana

Fecha: 19 de marzo de 2021

Quiero exponer sobre este paradigma del Estado garante y su impacto en el derecho administrativo, y para ello quiero seguir una estructura que parece larga, pero van a ver es bien sintética. Primero hablarles de algunas ideas de las cuales deriva este paradigma o este planteamiento del Estado garante, de la Administración garante y cómo, a partir de ella, entonces surge esta noción o planteamiento del derecho administrativo centrado en los riesgos. En segundo lugar, comentarles cuáles son algunos de los factores determinantes del surgimiento de esta propuesta o de esta perspectiva del Estado garante.

Luego, hablar un poco de cuál es el paradigma que, desde esta visión, se entiende debe ser sustituido, no a los efectos de romper (como verán) plenamente con él, pero sí a efectos de superar el umbral o el techo que ese paradigma más tradicional en el derecho administrativo ha planteado hasta hace (relativamente) poco tiempo.

A continuación, hablar un poco de cuáles serían algunas de las características centrales de este nuevo paradigma (de esa Administración garante y ese derecho administrativo centrado en los riesgos).

De seguidas, plantear cuáles serían propuestas concretas, es decir, desde el punto de vista de las potestades, de las técnicas y de esa relación jurídico-administrativa entre la Administración y los particulares en este nuevo paradigma, para finalmente quizá plantear algunas ideas de cómo esto para Venezuela (que ojalá sea la que estemos por construir pronto) puede ser relevante, es decir, cómo estas ideas podrían orientar una Administración Pública, no solamente moderna, sino (como veremos) una Administración Pública responsiva, una Administración Pública con una calidad desde el punto de vista de la toma de decisiones y de efectividad en cuanto al cumplimiento de los resultados mucho mayor de la que en su mejor momento haya podido tener.

Y, finalmente, presentarles o compartir algunas fuentes que he tenido en cuenta desde el tiempo que estoy estudiando y he estado revisando esta propuesta.

Bien, ¿de qué ideas se desprende (según las fuentes consultadas) propiamente en el derecho administrativo este paradigma o esta idea del Estado garante y concretamente de la Administración garante? Bueno, fundamentalmente, de los planteamientos de autores como Ulrich Beck (entre otros) que, como, por ejemplo, en este libro en «La sociedad del riesgo», han venido desarrollando (concretamente en Alemania y en otros países de Europa) en torno a la distinción entre una primera modernidad y una segunda modernidad.

Muy concretamente, Beck plantea que hemos pasado de una primera modernidad del progreso, centrada en el dominio y (de algún modo) en el control lineal o progresivo del mundo, es decir, tanto del ámbito de la naturaleza como de los procesos sociales, momento en el cual lo que importaba era avanzar en el referido dominio, a un momento que se desarrolla hacia mediados de la segunda mitad del siglo XX, en el que surge una nueva modernidad, la reflexiva, que ya entiende que este progreso, que este avance, no siempre es lineal, que más bien es zigzagueante; pero que, en particular, presta atención ahora, se hace responsable, de algunos efectos que ese progreso de la primera modernidad ha venido generando, efectos nocivos, efectos que dan lugar a nuevos problemas que (por supuesto) en un inicio no estaban presentes y que no habían sido objeto de consideración.

Esta segunda modernidad (como la denominan autores como el indicado) o modernidad reflexiva, habrá de ocuparse no sólo de promover el progreso, sino de valorar, prever, reducir y evitar, en lo posible, los efectos negativos que en ella se hacen visibles, sobre todo como consecuencia del desarrollo industrial y la tecnología. Por supuesto, aquí (quizá lo más evidente para todos) tiene que ver con el impacto ambiental que (en los procesos de industrialización y la utilización creciente de tecnologías en una cantidad bastante amplia y diversa de procesos económicos, institucionales, etcétera) ha generado, pero no solamente en el ámbito ambiental (simplemente por poner un ejemplo), sino en todo lo que ahora tiene que ver con pautas de transparencia, de protección a los datos personales y a la intimidad, en el contexto del uso de unas tecnologías que potencian la comunicación y la interconexión, pero que generan incertidumbres y retos, desafíos inéditos en la protección de estos derechos personales.

Desde el inicio, en este periodo que acordamos llamar en algún momento «modernidad», la técnica se ha convertido en el instrumento para controlar o reducir los peligros naturales, es decir, para generar seguridad o para generar condiciones de protección, de estabilidad, en lo posible, frente a eventos de la naturaleza y también (de alguna manera) frente

a eventos sociales. Pero, justamente la técnica se convierte entonces en la fuente de riesgos, no solamente (como decía) en materia ambiental, sino también, por ejemplo, en el ámbito de la protección en los datos personales, y por supuesto, en muchos casos, a la salud misma de las personas. Es decir, genera afectaciones/impactos, algunos de los cuales son tolerables y otros no.

En esos riesgos que se generan, el elemento relevante para esta perspectiva de una Administración garante, es poder determinar adecuadamente cuáles son los riesgos que resultan tolerables y diferenciarlos de los que resultan no tolerables, es decir, que ya rebasa un umbral en cuanto a la capacidad de dañar o de perjudicar o afectar a las personas o al entorno social o al entorno ambiental.

Esas son las ideas de las cuales comienza el derecho público y concretamente el derecho administrativo, a tener referentes distintos a los que, de alguna manera mantuvo, cuando solamente se tenía presente las premisas de esa primera modernidad, de esa modernidad del progreso y del control. Ahora, esas ideas se pueden conectar con una serie de factores que dan lugar a lo que autores (por ejemplo, como el profesor José Esteve Pardo en España) denominan «una nueva relación entre el Estado y la sociedad»; una nueva relación que, por supuesto, nosotros vamos a encontrar que en países libres, donde hay un funcionamiento aceptable y adecuado de la democracia, del Estado de derecho, de la economía de mercado, allí se va a producir una nueva relación que deriva de qué factores o cuáles son los que la determinan o que han hecho que ella sea posible.

En primer lugar, la insostenibilidad financiera del Estado social, es decir, los costos, en definitiva, de todas esas obligaciones que, en su dimensión más amplia, que es la del Estado de bienestar, ese modelo de Estado prestacional había asumido, y junto a ese proceso de los costos crecientes que, ya imposibles de sufragar de manera directa por esa organización que llamamos Estados.

Tal insostenibilidad produce un creciente flujo de tareas del Estado a la sociedad, como, entre otros, puede observarse, ocurrió a partir de la década de los 90's en el caso de Suecia, a través de distintos mecanismos: privatización, liberalización, en algunos casos a través de caminos intermedios como el otorgamiento de mayor cantidad de concesiones, etcétera; pero una transferencia de tareas que por supuesto tiene un impacto en los costos.

En segundo lugar, la creciente incapacidad (ya veremos por qué motivos) del Estado para actuar como planificador, como prestador y como empresario de manera unilateral, es decir, con independencia de potenciar y estimular la participación de los privados en estos distintos ámbitos

de la vida en sociedad y del proceso económico; y, por supuesto esa incapacidad no es intrascendente, porque afecta la gobernabilidad, la estabilidad institucional y el desarrollo, es decir, la posibilidad de ir mejorando progresivamente la calidad de vida de las personas y reducir, en definitiva, la pobreza que pueda existir en cada país.

Luego, hay un tercer factor (y aquí creo que es interesante que se tenga especial atención), es la reducción del poder político para gobernar como soberano, es decir, para poder actuar unilateralmente, y aquí estamos hablando fundamentalmente de los gobiernos o del Poder Ejecutivo de los países. Esto, de hecho, es algo que, desde otra perspectiva, Moisés Naim ha estado examinando mucho en uno de sus libros, que se llama «El fin del poder». Pero acá, desde esta perspectiva, se pone el énfasis en que esa reducción del poder (y esto es un factor determinante para llegar a esta idea de Estado garante) deriva:

En primer lugar, de los crecientes y cada vez más intensos procesos de integración e interdependencia regional y mundial que tienen los Estados y, por supuesto, dentro de ellos: los gobiernos; es decir, a causa de la globalización.

En segundo lugar, en las sociedades libres en donde esto se tiene claro, en la imposibilidad de dominar y ordenar de forma unilateral los flujos económicos, no significa esto que no pueda regular, que no pueda fiscalizar; lo que no puedes dirigir, lo que no puede es planificar de manera voluntarista la economía, y esto porque justamente en ese flujo de tareas del Estado a la sociedad, el Estado (o los gobiernos) ha entendido en muchos lugares que allí se da una relación de ganar-ganar y no de pérdida de soberanía o de calidad de vida para los ciudadanos.

Y, en tercer lugar, algo que es muy interesante (y que por ejemplo en una serie de charlas el profesor Antonio Canova ha venido destacando en una serie de programas disponibles en el canal de Youtube de Universitas Fundación, llamados «viernes de disrupción»): la falta del poder por parte del Estado sobre el conocimiento científico y la innovación tecnológica, es decir, hay una cantidad de descubrimientos, constantemente de innovaciones, de cambios, de procesos... que no pueden ser controlados en las sociedades libres por el Estado, y, por lo tanto allí hay un ámbito en el cual los Estados inteligentes entienden que tienen que promover ese emprendimiento, esa innovación, esa creatividad, y, por supuesto, no quedar a la zaga, sino procurar, en lo posible, estar lo más cerca de esas innovaciones, pero sin monopolizarlas, es decir, sin (por ejemplo) plantear temas de titularidad o de reserva porque iría justamente en contra de esa posibilidad para la sociedad en particular en la que opera.

Esos factores dan lugar a un paradigma nuevo, que ha ido desarrollándose en países como Alemania, no necesariamente así en países como

España; y acá en Chile hay sectores en los cuales ha comenzado a incorporarse a la legislación vigente y a lo que es la actividad propiamente de la Administración, pero lo importante entonces es: si estos factores se han venido desarrollando en las últimas décadas ¿qué es lo que esos factores están llamando a sustituir?, estarían llamando a sustituir a este paradigma que podemos denominar el del «derecho administrativo del control, represivo o de la luz roja» (como autores acá en Chile lo denominan, entre otros, Cristián Rojas en Chile, al examinar el llamado por él «derecho administrativo del riesgo»).

¿Qué características tiene ese paradigma que se procura sustituir? (que de alguna manera quizás es el paradigma en que la mayoría de los aquí presentes nos hemos formado):

En primer lugar, el paradigma asume como fuentes formales de derecho (para esta área, para esta disciplina dentro de los estudios jurídicos) sólo o principalmente a las estatales, sin reconocer como tales (como fuentes formales también) a las internacionales y a las privadas. Como veremos, fuentes privadas que no solamente tienen que ver con contratos de los particulares, sino verdaderas tareas administrativas que realizan los particulares, ya sea en el contexto de actividades liberalizadas o ya sea en el contexto de (incluso) actividades de policía, en donde hay algunas delegaciones —externalización— por parte de las autoridades. Entonces, allí hay una reducción de lo que es el ámbito normativo de acción para la Administración y para privados que realizan tareas relevantes para el interés público en este paradigma del control.

En segundo lugar, es un paradigma orientado a dotar a la Administración de prerrogativas de dominio, de crecimiento, de conducción, de sanción e intervención, en principio muchas veces carentes de límites ciertos en la economía y en la sociedad, incluso proclive a asignarle el monopolio de la garantía del bien común por el cual voy a entender una noción en la que están involucrados o incluidos tanto el interés general que comparten los integrantes de la comunidad, como el interés particular de cada persona o cada grupo de la sociedad civil, buscando su propio beneficio. Ese derecho administrativo, como parte de colocar a la Administración (de alguna manera) en una posición de supremacía frente a una cantidad de objetivos comunes, sociales o de interés público, entonces, entiende que es natural o es lógico que tenga pues una serie de medios jurídicos para actuar cercanos a la idea de «prerrogativa», sin perjuicio de que siempre ha mantenido el argumento de la sujeción al derecho, pero, que ya veremos, es una sucesión bastante limitada en esta perspectiva.

Por eso, en tercer lugar, este paradigma lo que plantea es especializar el control jurídico sobre la actividad administrativa, en la forma de dicha actividad, en materias como los requisitos de validez, aspectos procesales, reduciendo el control sobre el fondo, de alguna manera invocando, en

algunos casos, la división de poderes, y en otros, de conocimiento técnico, es decir, esto es algo que compete por especialidad al gobierno, a la Administración Pública, y si el juez va más allá (o los que controlan, van más allá) de este ciertos límites, entonces podría haber incluso una usurpación de funciones.

Esto último creo que en Venezuela lo tenemos muy claro desde que se dio todo este debate muy fructífero en torno al contencioso administrativo, si como un proceso objetivo o como un proceso subjetivo que controla, que resuelve controversias atendiendo a la actividad en su conjunto y no solamente el acto formal. Eso es algo que evidencia un poco cómo se ha cuestionado ese paradigma tradicional del derecho administrativo, del control o represivo, en el sentido de, orientados al control y a la sanción, en el caso de incumplimiento; para avanzar hacia un control jurisdiccional más pleno, que verifique la observancia de las formalidades, requisitos, condiciones, pero que analice el fondo de los asuntos, más allá de los principios generales y del control de la discrecionalidad.

¿Cuál sería entonces el paradigma que (de algún modo) puja o se plantea, podrían enriquecer, superar, por supuesto, dejar atrás lo que ya no sea operativo del paradigma anterior y, en todo caso, fortalecer y ampliar el ámbito de acción del derecho administrativo, en este caso, actualizándolo en nuestros países? Bueno, este llamado «derecho administrativo direccional, responsivo o de la luz verde» que se caracteriza por:

En primer lugar, asumir que el Estado no puede mantener ya la posición que venía ocupando, por lo que debe redefinirse y asumir una posición (autores como Esteve Pardo y Muñoz Machado la denominan «retrasada y estratégica», o regulatoria), que es la que corresponde a un Estado garante, es decir, aquel que no presta de manera directa ya los servicios, pues sólo lo hace de manera subsidiaria (ya voy más adelante a volver sobre esa idea), sino que regula, asesora y fiscaliza. Por supuesto, como veremos también, en caso de incumplimiento: sanciona.

En segundo lugar, es un paradigma que concibe esta función de garantía que no es una función o una manera de actuar que venga a sustituir a esa clasificación tradicional en cuatro de la actividad administrativa (de policía, de servicio público, de fomento y de gestión empresarial), sino que las actividades, cuando las realice (sin perjuicio de que algunas son las principales y otras pasan a ser subsidiarias), debe hacerlo con este criterio de la garantía, es decir, cumpliendo la obligación de asegurar que en la gestión y actuación del sector privado (orientada hacia esas tareas que ahora pasan a desarrollar privados en ejercicio de derechos propios), se atiendan los intereses generales comprometidos y se alcancen los objetivos y requerimientos que la Constitución, las leyes y la regulación plantean.

Fíjense, por ejemplo, en el ámbito de los denominados servicios públicos, esto es, las prestaciones que se deben realizar de manera continua, regular y universal en cuanto al acceso, que en muchos países han dejado de ser monopolios estatales, y han pasado ser un ámbito en el que (en la medida de lo posible) hay competencia también entre agentes privados. Bueno, allí la función de garantía se centra en que esos privados hagan bien sus tareas, no simplemente en fiscalizarlos y si incumpliste, te sanciono; porque la sanción no es necesariamente algo que redunde en fortalecer la continuidad, la universalidad, la calidad, de esos servicios.

Y, un elemento muy importante, en tercer lugar, en este nuevo paradigma: dar preferencia a la acción administrativa; es decir, emplear el conocimiento disponible científico y tecnológico para responder a problemáticas públicas que requieren su actuación, procurando el cumplimiento de obligaciones y la eficiencia, por supuesto, con sujeción a los criterios o principios del Estado de derecho.

Y esto (que pareciera algo o se supone que siempre la Administración ha debido cumplir con este tipo de estándar) lo que plantea es que la Administración tenga un compromiso mayor desde el punto de vista del sector en que opere, su personal, el funcionariado, tenga una capacitación o un dominio de esas áreas en las cuales opera, que le permita monitorear de una manera más eficaz, y actuar como asesor de esos privados que operan en esos ámbitos para prevenir incumplimientos, para prevenir interrupciones, para prevenir riesgos no tolerables; que es una lógica distinta a aquella en que simplemente te fiscalizo y si te equivocas te sanciono. Porque al final (repito), más que el interés por sancionar, este paradigma pone el énfasis es en el interés de que se cumpla, porque así es que se genera el bienestar para los usuarios y en general para la ciudadanía.

En concreto ¿qué plantearía este nuevo paradigma (que, por supuesto, tiene otras características, otros elementos distintivos, pero yo aquí simplemente quise centrarme en estos tres)?

En primer lugar, como propuestas, plantea avanzar hacia un derecho administrativo de respuestas, un derecho administrativo que genere soluciones o que contribuya a que la Administración genere soluciones. Y para ello, ese paradigma reconoce el rol de los privados en el desafío de satisfacer el bien común, que asume las técnicas de cooperación público-privadas y actúa desde el principio de subsidiariedad, gracias a que entiende que se vive en una época compleja, en una sociedad del riesgo, de la incertidumbre, en donde no hay certezas, en donde no existe una instancia central que sepa cómo hacerlo y resolverlo todo; sino que la atención de las necesidades públicas y los intereses generales es un proceso (en muchos casos) de ensayo y error, de descubrimiento, y en él el rol

principal del Estado es regular y asistir a los privados para lograr los mejores resultados posibles.

Es, además, un derecho administrativo que replantea el control jurisdiccional a través de metodologías basadas en la técnica y en la ciencia, es decir plantea robustecer lo que es el control que el juez (o la instancia jurisdiccional que vaya a desarrollar esa tarea) ejerza, de modo que vaya más allá de los requisitos de validez del acto administrativo, las garantías del procedimiento administrativo, las formalidades del contrato o de la licitación, sino que pueda ir al fondo, es decir, a evaluar y a juzgar la racionalidad de la decisión tomada por la Administración al momento de imponer una obligación. al momento de emitir una instrucción, en definitiva: imponer alguna carga de gravamen o alguna sanción a privados.

Luego, fortalecer una Administración garante, cuya fiscalización o supervigilancia tenga tres elementos en particular:

Primero, que sea focalizada y proporcional, ya no una general e ilimitada; (esto tiene que ver, por supuesto con la creación de las llamadas «administraciones independientes sectoriales»); que se enfoquen en elementos en particular y no que haya instancias (como la hemos conocido en Venezuela) que quieren monitorearlo todo y que quieren controlarlo todo (por ejemplo, los organismos administrativos encargados de la supuesta protección de derechos al consumidor, la administración de divisas, la fijación de alquileres o la distribución de alimentos, devenidos todos en medios para planificar centralmente la economía); se trata de una Administración regulatoria para identificar el nivel de los riesgos tolerables y focalizada, subsidiaria, al ejercer actividades de fomento, servicio público o gestión económica.

En segundo lugar, una Administración colaborativa y no que actúe permanentemente de modo unilateral, en la que la matriz de riesgo se define a partir de un trabajo conjunto entre la Administración y el particular interesado, es decir, el que opera en el sector en particular; allí lo que se plantea es un diálogo, una comunicación permanente para trabajar de manera colaborativa y no desde un punto de vista de supremacía o prerrogativa, imponiendo lo que debe ser el estándar o la obligación a cumplir por parte del particular.

Y, en tercer lugar, preventiva (antes que punitiva), orientada al cumplimiento antes que, a la búsqueda de incumplimientos, porque una multa o un cierre no necesariamente es lo que necesita el usuario, es decir, no es lo que la ciudadanía requiere para satisfacer sus necesidades y mejorar o mantener su calidad de vida.

En definitiva, lo que plantea es consolidar una Administración especializada en fiscalizar y asistir, no en prestar y dirigir; experta en técnicas administrativas propias de la «conversación regulatoria» (según Jaime

Arancibia Mattar en Chile, al analizar la supervisión basada en riesgos), sin que ello implique que desaparezcan la actividad de ordenación y la potestad sancionatoria.

Es decir, no se plantea que la actividad de policía o de ordenación se achique hasta el nivel o se cambie a tal nivel que el aspecto de regulación, de establecer normativas y de imponer sanciones desaparezcan; sino que más bien no se quede allí como ocurría en el tradicional paradigma, sino que lo enriquezca con esta nueva relación con los particulares que fiscaliza, y por supuesto, como vamos a ver en las propuestas a continuación, no se trata tampoco de que esa Administración no pueda prestar, no pueda fomentar y eventualmente no pueda desarrollar actividad de gestión; lo importante (y es lo que el paradigma plantea justamente por los costos, por la insostenibilidad financiera) es que debe ser muy prudente y responsable al momento de plantear ese tipo de intervenciones, es decir, calcular adecuadamente si es sostenible o no y si lo va a hacer de modo más eficiente que un particular, grupo de particulares, podría hacer.

¿Por qué pienso que estas nociones o estas propuestas de este paradigma del Estado garante o de la Administración garante, de este derecho administrativo de los riesgos pueden ser relevantes para nosotros en Venezuela?

Bueno, porque durante la vigencia de la República Civil Democrática (1958-1998), predominó un «derecho administrativo de la luz roja», que potenció el intervencionismo, el estatismo, de alguna manera, el desprecio, la indiferencia hacia los privados, bajo el rentismo petrolero y, por supuesto, de la corrupción, es decir, de los incentivos negativos que todo ese estado de cosas generó. Una Administración en la cual la relación con los particulares (y ojalá este punto quede bien claro) fue una relación más bien de la desconfianza, una relación en donde la Administración estaba para mandar y los privados debían obedecer (así lo evidencio en el libro *La Cultura Política del Fracaso*, en su capítulo 9). Así concebida la Administración abusa; y más en concreto, lo hacen las personas que dirigen a la Administración, pues entienden que tienen el monopolio del conocimiento del interés general, de la manera de hacer las cosas y además el poder para sancionar en caso de cumplimiento o desobediencia por parte del privado.

Pienso que, en una Venezuela futura que habrá de levantar de nuevo la República civil, democrática, esto debe mejorar, es decir, su Administración Pública. Asumiendo, en primer lugar, el Estado de derecho, cosa que nunca estuvo suficientemente clara en el país; y un nuevo paradigma en su derecho público, que podría ser (y esto simplemente es un planteamiento) el del «derecho administrativo de la luz verde», esta perspectiva de un derecho administrativo orientado a la solución de problemas más que al conflicto. Y, por tanto, desde el punto de vista de su control, menos

centrado en limitar, menos centrado en anular; sino más bien en evaluar la racionalidad desde vista jurídico, pero también desde el punto de vista más técnico y sustantivo de las decisiones de la Administración.

Pienso que, la razón de incorporar este planteamiento no sería (como en algunas de las fuentes consultadas nos plantean) «asegurar la supervivencia de los objetivos del Estado social», porque justamente la historia ha demostrado que esos objetivos, por la vía del Estado, no se pueden alcanzar. Si los objetivos son calidad de vida, inclusión, superación de la pobreza, bienestar (no solamente material, por cierto; sino también espiritual), bueno, el reto es más bien involucrar a la sociedad como siempre debió ser en ese proceso, y en ese sentido, lo que corresponde es asignar a la Administración un rol realista y útil.

Pienso que, este paradigma (a diferencia de otras visiones críticas del paradigma tradicional) le asigna (y ahí está un valor importante) un rol a la Administración. No se conforma simplemente con quejarse de la Administración: decir que es un problema, decir que es inoperante, decir que es abusiva; sino que le asigna un rol y le da unos criterios para actuar adecuadamente. Y el desafío acá es generar riqueza en libertad a partir de la subsidiaridad y del reconocimiento de la autonomía de los grupos intermedios, que son categorías que en el derecho administrativo chileno se utilizan para: en primer lugar, plantear un estándar de medición o de evaluación de la intervención del Estado en la economía; la subsidiariedad no es prohibición de intervención (el Estado siempre interviene y debe hacerlo como regulador y fiscalizador), sino es más bien una regla para justificar esa intervención directa, de provisión, cuando es necesaria. Y la autonomía de los grupos intermedios está vinculada a la libertad de la asociación en sentido amplio, es decir, todas las formas de asociación que hay en el mercado y en la sociedad civil, la responsabilidad y la libertad que tienen en procurar también la satisfacción del bien común junto con la autoridad, no solamente un monopolio de la actividad (como bien lo sostienen Mariano Brito y Carlos A. Delpiazzo en Uruguay).

Se trata, pues, de plantear una Administración y un derecho administrativo guiados por la supervisión basada en los riesgos en todos los ámbitos en donde el cumplimiento deba ser más importante que en el control y la sanción, sea aplicable. Urge superar el derecho administrativo de la prerrogativa de la supremacía. Y avanzar hacia un control jurisdiccional pleno e independiente sobre aquella, en garantía de los particulares, pero yo diría incluso, más allá, en garantía de que ese cumplimiento de los derechos de las personas y la atención de los intereses públicos, que pasa a ser el objetivo central, de verdad pueda materializarse en los casos concretos, incluso cuando haya controversias jurídicas. Pienso que allí pues hay un objetivo por el que vale la pena trabajar y este paradigma quizá nos puede dar algunas luces para avanzar en esa dirección.

X ENCUENTRO AVEDA: DERECHO ADMINISTRATIVO: ¿GARANTIZADOR?

José Araujo-Juárez

Fecha: 21 de mayo de 2021

Comienzo por señalar que, efectivamente, el derecho administrativo contemporáneo se encuentra inmerso en un proceso de transformaciones ciertamente a la luz del nuevo orden constitucional, y para ello, se impone redescubrir (con la ayuda de una suerte de lo que yo denomino palimpsesto jurídico) el origen, el significado y evolución de lo que (estimo) son las bases fundamentales en cuanto a ideas o pensamientos que vertebran el sistema jurídico administrativo y a partir de los cuales se fue construyendo como ciencia jurídica, pero eso sí, por supuesto, todo ello con una perspectiva de futuro.

Y es que el derecho administrativo es un fenómeno histórico, cuyo origen no cabe residenciar en un momento concreto y preciso, pues se ha ido construyendo de modo progresivo, como una suerte de un derecho de aluvión, donde sus distintas categorías jurídicas han ido decantándose con el transcurso del tiempo. Y así, el derecho administrativo se ha ido desarrollando en el largo arco de un período, pudiendo identificarse (a grandes rasgos) tres etapas:

En la primera, se revela como un instrumento del Poder público y se caracteriza por la tensión entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, con fuertes administraciones públicas estatales y locales.

En la segunda, predomina el Poder Ejecutivo y el problema de esta disciplina se centra en someter sistemáticamente a derecho a esta gran institución, mediante el control por la justicia administrativa.

Y, la tercera y última (donde nos encontraremos), vendría marcada por el reto del derecho administrativo: de garantizar la posición jurídica de la persona frente a la Administración Pública y sus funcionarios.

Veamos, cuando la Revolución Francesa consagra (junto con el principio de libertad) el famoso principio de legalidad, proclamó la exigencia de que los distintos órganos que ejercen el Poder público ajustarán su actividad a la ley, y el derecho administrativo comienza a esbozar los rasgos caracterizadores de lo que M. Hauriou llamaría más tarde el «régimen administrativo»; régimen administrativo por oposición, por supuesto, a

aquellos países con distinción de régimen judicial y que muy tempranamente se denominó derecho administrativo.

Y uno de los síntomas más importantes lo va a constituir la Ley del 24 de junio de 1872, que le concede, al famoso Consejo de Estado francés, la justicia delegada. La fecha de la reforma no es casual, puesto que va a instalarse en Francia la República y va a debutar política y económicamente el modelo de Estado liberal de derecho, y es así como (además de los grandes textos de inspiración liberal que van a darle a la Administración Pública sus bases modernas), empiezan a brotar fallos de principio muy importantes (que todos a nivel de pregrado hemos venido conociendo y ya más profesionalmente) y son estos los que van a construir las bases fundamentales de esta nueva disciplina que nos concierne.

En efecto, la herencia del período que se denominó «la construcción de las grandes catedrales» con Édouard Laferrière, Leon Duguit, Maurice Hauriou y Gaston Jèze, consiste (más que en las reglas y soluciones concretas que van a aportar estos fallos), sobre todo, en constituir las bases que más tarde van a servir de fundamento y los métodos jurídicos con que se va a construir esta nueva disciplina que es el derecho administrativo.

Y así, la primera base fundamental o dogma (como lo llaman también otros) fundamental es de orden político, que no es otro que la primacía del individuo frente al Estado constitucional y la afirmación de los derechos naturales imprescriptibles del hombre, tal y como reza el encabezamiento de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Ante la alternativa de libertad y autoridad, el artículo 5 de este famoso documento, escoge, sin vacilación, la primera. Considerando que solo puede ser restringida cuando la ley lo permita al afirmar: «todo lo que no está prohibido, está permitido», fórmula que tiene eco en la célebre proposición de los Comisarios del Gobierno ante el Consejo de Estado cuando señalaban que en materia de policía «la libertad es la regla y la restricción la excepción». Esta concepción (como se verá más adelante) sigue siendo fundamental, a pesar de las lecciones negativas de la experiencia y de las violaciones constitucionales que vivimos en el presente.

El segundo dogma es que la Administración Pública actúa (y solo puede actuar) para satisfacer las necesidades de interés público para lo cual deberá disponer de los medios de acción necesarios. De ahí surge la noción de «prerrogativas del Poder Público» o «medio exorbitante del derecho común». En tal sentido, a la Administración Pública se le dota de un elenco de prerrogativas públicas, que es una técnica de la teoría general del derecho y como concretamente se manifiesta el llamado (en teoría política) «Poder Público»; esto es, los medios jurídicos excepcionales de

actuación respecto de los propios del derecho común de los que no disfrutan los sujetos privados (como señala el profesor García Enterría).

En consecuencia, el derecho administrativo responde a la necesidad de configurar unos medios de Poder Público que le van a permitir a la Administración Pública un eficaz desenvolvimiento de su función, pero también debe responder a la necesidad de proteger la posición jurídica de las personas y de garantizar el sometimiento del Poder Público a los principios que la sociedad considera que debe respetar rigurosamente.

Así, el derecho administrativo tendrá un doble papel: como herramienta del Poder Administrativo y como garantía de los ciudadanos en el marco del ordenamiento jurídico, y a la vez límite y medida del Poder Administrativo. En esta concepción (señala el profesor Luciano Parejo) lo importante es la doble polaridad que se establece entre: la Administración Pública como sujeto público (esto es, *potentior personae*) y el sujeto privado (ciudadano); y de consiguiente, la correlación interés público e interés privado. Esta base de partida conduce, en lo fundamental, a la construcción de ambos sujetos y de su correspondiente actividad, conforme a un régimen jurídico tipo. La Administración Pública va a disponer de unos determinados poderes públicos, mientras que las personas privadas disponen de derechos y garantías (o posibilidades de reacción, como las denomina García Enterría).

Desde el momento en que surge en el horizonte del Estado constitucional contemporáneo la Administración Pública, se manifiestan una serie de tensiones entre esta organización (que sólo es instrumental y servicial por parte del Estado constitucional) y del otro lado los ciudadanos. Tensiones que van a ser o que tratarán, en todo caso, de ser disciplinadas y reguladas por el nuevo ordenamiento jurídico sectorial, esto es, el derecho administrativo que se debatirá en la constante ecuación dialéctica, entre ser: por un lado, derecho sustentador de una Administración Pública fuerte y privilegiada; y, por el otro, un derecho que limita y sirve de medida al poder administrativo.

Desde entonces, se esboza la problemática del derecho administrativo: la tensión, que no es más que un aspecto de la profunda contradicción ante la ambigüedad básica de esta disciplina que pretende ser, a la vez, instrumento del liberalismo y garante de la acción administrativa; y, a la vez, protectora del ciudadano y medio de acción del Estado, y donde la síntesis es simplemente imposible. A lo más que se puede llegar es a tener, en cada momento, un punto de equilibrio. Siempre amenazado, siempre puesto en entredicho, según los movimientos pendulares de la historia, de tiempo y de lugar.

En efecto, recordemos cómo el célebre fallo Blanco del Tribunal de Conflictos de 1873 tiene que ver, no solamente con un tema o un asunto

de competencia según planteado, sino con el contenido del propio derecho administrativo; pues, los considerandos de este célebre fallo pueden seguir aplicándose hoy día al mismo en su conjunto. Sobre todo, cuando sostuvo en el tercer considerando lo siguiente: «la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados».

Ese fallo, no sólo es el origen de la construcción del derecho administrativo (como sabemos todos), sino que a partir de allí Maurice Hauriou, expone, más tarde, como característica del derecho administrativo, la idea de equilibrio, que corresponde buscarlo entre el Poder Público y los derechos y libertades de los ciudadanos; y Hauriou lo define por la conciliación de la autoridad y de la libertad en el marco del Estado constitucional, la cual el autor también aplicará a la concepción del derecho constitucional.

Ahora, es claro que el Poder Público como tal y su capacidad de acción (incluso coercitivo), no va a desaparecer. En tal sentido, el profesor Garrido Falla sostiene que el ejercicio de las potestades del Poder Público con que encuentra la Administración Pública, en algunos casos consistirá en una facultad (esto es, con opción para la Administración Pública) para elegir entre un procedimiento público o un procedimiento privado; en otros, simplemente en una regla de conducta obligatoria necesaria para la Administración Pública.

Y aquí radica la originalidad del método de construcción del derecho administrativo. Es un *derecho de equilibrio*, que ha tenido que ejercer un arbitraje permanente entre la Administración Pública, que ejerce prerrogativas exorbitantes del derecho común, de modo de no comprometer, por supuesto, los fines de interés público que están a su cargo; y, por el otro lado los de su limitación, buscando la forma de garantizar al ciudadano una protección contra el abuso y la arbitrariedad del ejercicio del Poder Público. Por consiguiente, la especificidad del derecho administrativo es que está hecho de un equilibrio entre potestades y garantías, lo cual constituye —al decir del profesor Brewer-Carías— la columna vertebral del deber ser del derecho administrativo. Y, por tanto, agrego yo: los verdaderos problemas jurídicos-administrativos consistirán en asegurarlos, cuando se ha encontrado; y de reconstruirlos, cuando se ha perdido ese punto de equilibrio. Desde entonces, ha sido necesario realizar un equilibrio permanente, siempre discutible y, por supuesto, extremadamente difícil, y también es cierto que este equilibrio (como todos sabemos) se rompe de acuerdo con la época y con los regímenes políticos.

Por otro lado, sabemos que el derecho administrativo es, en su acepción más amplia e inmediata y perceptible, el derecho de un sujeto (que es la Administración Pública). Según significativos autores como el propio Otto Mayer y el mismo García Enterría, o como lo escribía el propio

Hauriou, cuando señalaba: «el derecho administrativo es el derecho de esos personajes poderosos que son las Administraciones Públicas».

Y es así que, con toda lógica, el derecho administrativo se ha ido construyendo y desarrollando en torno a la Administración Pública. Ha sido, pues, «el derecho del poder», como lo calificó el profesor González Navarro; esto es, un derecho de organizaciones, potestades, técnicas e instrumentos privilegiados para realizar los fines de interés general que le han sido encomendados.

Por tanto, no hay duda, inicialmente, el derecho administrativo se configuró, esencialmente, a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración Pública y, por supuesto, de la prerrogativa del Poder Público consecuente, como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos que del interés público. Y este rasgo fundamental, tan ligado a sus orígenes, no debe pasarse por alto si se quiere entender el derecho administrativo.

De ahí que (las referencias hemos leído todos), el derecho administrativo como el derecho del poder, obedecen a que, durante mucho tiempo, doctrina y jurisprudencia, pusieron, y en muchos casos (lamentablemente continuamos haciéndolo), el acento sobre las prerrogativas del Poder Público puestas a disposición de la Administración Pública, que de hecho se encuentran presentes (como sabemos) a lo largo de todas las materias del derecho público.

Frente a esta realidad que hay que reconocer, también lo es que el eje del derecho administrativo clásico o tradicional que hemos conocido, desde hace un tiempo se ha venido desplazando. Y el derecho administrativo contemporáneo, desde hace tiempo, nos ha dejado la posibilidad de definir una línea, un cambio de perspectiva que le ha permitido a esta ciencia evolucionar (como señala el profesor Libardo Rodríguez) hacia una preocupación mayor, respecto de las personas más que sobre las prerrogativas de la Administración Pública.

En efecto, la actualidad en el escenario (al menos en el derecho administrativo comparado) es que la evolución y los cambios trascendentales ya no sólo se registran del lado de la Administración Pública, sino del lado de la persona, cuya transformación más importante viene a ser el decidido protagonismo que asume en el marco de una nueva correlación con el Estado constitucional; y es que las transformaciones que hoy se registran y que mayormente han acaparado la atención de la doctrina administrativa, son para adaptarlo precisamente a esas nuevas transformaciones que van a ser más profundas y trascendente con relación a la persona, fundamento y razón de ser del Estado constitucional (J. González Pérez).

En efecto, sabemos, la Administración Pública está sometida a la ley y al derecho, pero también a los derechos fundamentales de las personas.

Y ha sido precisamente el derecho administrativo el que ha buscado garantizarlos, pues, como advertía Hauriou a comienzo del siglo XX: «el derecho administrativo posee un capítulo desconocido que es en el del ejercicio de los derechos».

Es así como hoy en día, al menos (repito nuevamente) en el derecho administrativo comparado, el enunciado del derecho del poder debe matizarse, ya no puede mantenerse, o al menos no puede mantenerse con el carácter sistemático cerrado con el que se ha venido formulando, y ello sobre la base de los factores que vamos a señalar a continuación:

De acuerdo con el primero, ya Rivero demostró (y su análisis se admite hoy día corrientemente) que la derogación del derecho común no tiene siempre un sentido de incremento de prerrogativas, sino que también implica su reducción; así junto a la Administración imperativa existe lo que él llama «la Administración obligada», y esta mezcla de derogaciones (que nosotros conocemos todos en «más y en menos», que persigue adaptar exactamente los medios de la acción administrativa a su misión, que es el interés público) caracteriza al conjunto de elementos exorbitantes en el derecho administrativo contemporáneo.

De acuerdo con el segundo factor, hemos entrado hoy día en lo que se ha dado en denominar «la era del Estado de los derechos fundamentales», en la acertada denominación que ha propuesto el profesor alemán Peter Haberle, y los términos del cambio han sido tan intensos, tan fuertes, que han influido también en el papel de la Administración y su relación ahora con las personas, según veremos a continuación.

Hasta tiempos recientes, la persona fue considerada, como menos, sujeto pasivo de la acción administrativa, y por esa razón pasó durante mucho tiempo inadvertida en los análisis y caracterizaciones que se hacían en todos los manuales del derecho administrativo, como lo denunciaba nuestro buen maestro González Pérez en la década de los 60's.

Si en sus inicios, el derecho administrativo estaba ubicado sobre la Administración Pública; por el contrario, en la época actual lo está hacia la persona, de modo que su evolución está marcada por su relación, su interacción con la persona a partir del firme convencimiento de que la persona debe ser el centro de la acción pública, como insistía también el maestro González Pérez; ello significa, no sólo ni principalmente calificarla como «centro de atención», sino que (como a su vez afirma el profesor Rodríguez-Arana) a considerarla sobre todo protagonista —por excelencia— de la acción del Estado constitucional, que muy bien se resumen del principio de la centralidad de la persona, por cuanto se entiende que es razón de ser, principio y fin del Estado constitucional, quien tiene por misión última, proteger a la persona para que pueda desarrollarse libremente.

Por consiguiente, para conocer el entorno actual del derecho administrativo comparado marcado por el destacado protagonismo que tiene la persona y la amplia difusión que en ella tiene este derecho, hemos de prestar atención (aunque sea muy sumariamente) a los derechos fundamentales, cuya denominación responde a su carácter fundamentador del entero sistema o del ordenamiento jurídico-político. Así, los derechos fundamentales deben ser considerados hoy en día como componentes esenciales de un derecho administrativo, concebido ahora como derecho del poder para la libertad, pues ambos factores (Poder-Libertad), en un contexto de equilibrio, son los que explican la funcionalidad del entero sistema del derecho administrativo.

Esta idea es también del profesor González Navarro y se centra en el papel de la persona en relación con el Poder Público. A tal efecto, señala que lo que habrá que preguntarse es: ¿qué contenido debe tener o a qué preocupaciones ha de dar respuesta el derecho administrativo, si quiere ser (no sólo) el «derecho del poder», sino también «el derecho para la libertad», o, dicho de otro modo, el derecho que, condicionando la actuación del Poder Público ¿hace posible la libertad?

La teoría mencionada ha sido receptada y difundida muy ampliamente aquí en España por Rodríguez-Arana, quien afirma que está emergiendo un nuevo derecho administrativo desde otras coordenadas y postulados, diferentes a los tradicionales; pero al fin y al cabo derecho administrativo. Y ello trae consigo la necesidad de replantearnos las categorías administrativas que se han explicado desde una perspectiva demasiado apegada a la noción de «prerrogativas del Poder Público», de este modo, esta idea central se convierte en el elemento clave de reflexión y de teorización de referencia para caracterizar al nuevo derecho administrativo contemporáneo y a la Administración Pública, por supuesto, que han de tener presente esta realidad y adecuarse institucionalmente a los nuevos tiempos.

Por tanto, como concluye Linde Paniagua, en las últimas décadas se estaría produciendo una transformación del tradicional derecho administrativo para convertirlo en el derecho de los ciudadanos o al servicio de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, que superan a la precedente versión clásica del mismo como derecho del poder. En definitiva, una perspectiva subjetiva del Derecho administrativo, que estaría llamado a consolidarse a lo largo de estas décadas del siglo XXI y de la que hoy día dan cuenta todos los manuales universitarios al uso.

En conclusión, sostiene Rodríguez-Arana: instituciones señeras del derecho administrativo como las prerrogativas del Poder Público de que goza la Administración Pública, requieren de nuevos planteamientos, pues nacieron, evidentemente, en contextos muy distintos, y en el seno de sistemas políticos bien diferentes. Por tanto, habría que revisar los

conceptos, categorías e instituciones que hoy encajan mal, que se deben avenir —esto es, conforme a— con los nuevos paradigmas constitucionales; y todo ello, en aras a hacer una adecuación al nuevo modelo de la cláusula constitucional que proclama el artículo 2 de la Constitución como Estado democrático y social de derecho y de justicia.

Ahora, por cuanto sabemos que aún la Administración mejor intencionada puede excederse en el ejercicio de sus funciones, es necesario que el derecho administrativo también establezca a favor de las personas, como contrapartida, todo un sistema de garantías jurídicas que asegure su protección, y en el caso de que llegare a producirse alguna lesión, es necesario igualmente arbitrar unas garantías que permitirá el restablecimiento de su posición jurídica con lo cual se viene a reconfigurar el recién analizado punto de equilibrio. Y el vehículo para ello, debe partir de la propia Constitución, pues, como afirma el constitucionalista Manuel Aragón, la Constitución no sólo regula la organización del Estado, sino también el *status* de las personas; y sólo en la medida que exista un robusto sistema de garantías eficientes y universales, que asegure la protección de las personas, cuyo núcleo irreductible y disponible es la dignidad humana, que a su vez sustenta a todos y cada uno de los demás derechos fundamentales, de acuerdo con el artículo 3 de la Constitución que consagra como fin esencial «la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados por esta Constitución». Y esta exigencia de que se asegurara la garantía de los derechos, recordemos fue elevada también desde el artículo 16 de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadanos de 1789, a la condición de requisito indispensable para la existencia de cualquier Constitución.

Por tanto (conviene destacarlo desde ya), el derecho administrativo es concebido también para hacer frente a la Administración Pública, construyéndose al efecto toda una serie de instituciones que verifican y sujetan a riguroso control el ejercicio del poder administrativo en prevención de excesos y arbitrariedades, tal y como revela la primera aplicación de la garantía que surge y a la que debe su nombre precisamente el recurso por exceso de poder, denominada «maravilla de la arqueología jurídica». Y partiendo de esta premisa, se construye el derecho administrativo en una de sus vertientes caracterizadoras principales, como derecho administrativo garantizador.

Cualquier estudio sobre la importancia del derecho administrativo, debe tomar en cuenta que la originalidad del método de su construcción jurídica, radica en ese punto de equilibrio (por supuesto, complejo, difícil; pero posible) entre dos de sus bases o dogmas más esenciales analizadas, que han experimentado una notable evolución a resultados (insistimos) de la aprobación de las Constituciones modernas en el derecho comparado.

En esta coyuntura, lo decisivo consiste en averiguar dónde hay que poner el centro de atención, qué es lo que interesa conseguir desde el punto de vista del derecho administrativo, y preguntarse: ¿el derecho administrativo que regula a la Administración Pública y a las relaciones entre ésta y las personas, constituye en la actualidad una respuesta válida y precisa para conseguir restablecer aquel perdido equilibrio?, ¿o es que posee el derecho administrativo suficientes técnicas y mecanismos de adaptación frente al cambio que se ha producido en nuestros días? He aquí los núcleos centrales donde se debe poner el acento, las ideas-fuerza en las que habrá que insistir como punto de referencia y adoptar el *corpus* de legislación administrativa de segunda o de tercera generación, como también las técnicas interpretativas de las justicias constitucional y administrativa (por supuesto, allí donde existan y funcionen correctamente); y, por último, pero no en importancia, los posibles mecanismos de innovación que proponga la mejor doctrina administrativa.

Así las cosas, el balance que se deduce de cada época (sea cual sea), arroja un saldo de organizaciones y de prerrogativas, como también de garantías jurídicas para los ciudadanos que no siempre guardan ese anhelado punto de equilibrio. Y nos preguntamos: ¿acaso es posible dar una respuesta unívoca a lo que debe ser ese punto de equilibrio?, o esta otra: ¿cuáles deben ser las organizaciones y potestades adecuadas para la satisfacción de los intereses públicos en cada época y en cada latitud?; pareciera evidente que no existe una respuesta universal ni intemporal, por eso no pretendo —ni sería posible—, hacer un recorrido detallado y transversal por el derecho administrativo, en todas sus materias fundamentales, cuál pudiera ser ese punto de equilibrio y que pudiera ser tema más bien de una futura obra colectiva.

En todo caso, la respuesta deberá construirse de acuerdo con los principios fundamentales del derecho público y, en especial, deberá deducirse de la Constitución y el modelo de Estado constitucional, tal como está referido en la reciente obra publicada del año pasado que trata este tema y que todos ustedes por supuesto conocen; y de ahí surge a otra interrogante: ¿el derecho administrativo protege íntegra y eficientemente a la persona frente a la Administración Pública y sus funcionarios?, también podríamos plantearnos: ¿el sistema de garantías jurídicas es suficiente y eficaz?, si las garantías no son eficaces, si no cumplen su finalidad, por supuesto, resultan inútiles y vacías.

Ahora, la búsqueda de protección de la persona se deberá hacer desde un triple plano:

Primero: consisten «en embridar el Poder con el derecho» (E. García de Enterría), esto es, a la acción administrativa en una densa legislación administrativa, que una vez se le dictará cómo actuar y otra vez se prohibirá a su actuación, y esta limitación por el derecho administrativo se

traduce en lo que nosotros conocemos como el principio de juridicidad o de legalidad.

Segundo: «crear un derecho contra la Administración» (A. Nieto), esto es, que la persona cuente con los mecanismos necesarios suficientes conformando todos ellos un pleno sistema de garantía jurídica.

Tercero: la definitiva ruptura del histórico sistema del control de la justicia administrativa de revisión, por la nueva justicia administrativa de protección.

En tal sentido, debemos afirmar con García Enterría, que el derecho administrativo de hoy día ya no es un derecho privilegiado, por cuanto existe todo un cuadro y sistema de garantías para las personas, radicadas en último extremo, en su titularidad de derechos fundamentales que configuran esa anhelada relación de equilibrio.

Y ese sistema ha sido estudiado con solvencia más que sobrada, por autorizada doctrina, tanto nacional, como extranjera; de modo que no se trata aquí de agotar (por razones obvias) todos los mecanismos concretos puestos a disposición de la persona para recabar su tutela, sino vamos a dar algunas referencias actualizadas que permitan su mejor comprensión, pero ¿cuáles son esas garantías jurídicas?, en primer lugar, las garantías son de muy diferentes naturalezas, todas ellas son garantías jurídicas en la medida en que han sido creadas y reguladas por el propio ordenamiento jurídico, pero teniendo en cuenta sus aspectos sustanciales también serán susceptibles de clasificación.

En tal sentido, y a efectos expositivos, conviene estructurar —de alguna manera— todas y cada una de ellas, lo cual lo hemos hecho en otra ocasión promovida por el FIDA 2020, donde sugerimos una clasificación adoptando cuatro puntos de vista de las garantías con su vinculación al ejercicio de la ciudadanía, a la Administración Pública, el principio de juridicidad y por último los derechos fundamentales.

En esta oportunidad, lejos de llevar a cabo una nueva indagación general del tema (por cierto tan necesaria como urgente) y para no ser repetitivo porque a esta conferencia puede accederse a las plataformas de YouTube o Zoom o cualesquiera otra y pueden consultarse ahí, en esta oportunidad hemos querido elegir una novedosa garantía típica de carácter administrativo, que se está ejerciendo como consecuencia de las recientes transformaciones que ha experimentado la correlación entre Estado constitucional-persona, según analizaremos de seguida.

En todas las actividades humanas se plantea y replantea, al ritmo de las épocas, esa correlación Estados-personas, esto es, la relación u oposición entre lo público y lo privado, entre Estado y mercado, entre Estado y sociedad, en definitiva. Que sigue siendo y seguirá siendo el eje central

del derecho administrativo, que varía considerablemente (también es cierto) en función del entorno social, político, económico y tecnológico en que se plantee.

Sin pretender trazar el desarrollo del derecho administrativo, debemos mencionar que en el siglo XIX estuvo marcado por la neta separación de Estado y sociedad, y la intervención pública era mínima y rigurosamente determinada por la ley. Luego durante el siglo XX, como consecuencia de los profundos cambios sociales, el Estado actuará ampliamente sobre la sociedad y la intervención pública va a tener un amplio contenido prestacional.

El resultado: que el Estado adquirió un gran protagonismo, una gran posición y el aparato administrativo se desarrolló desmesuradamente con la creación de entes descentralizados especializados (incluso hoy día me han dicho que hay 900 en Venezuela), y la oferta de una gran cantidad de servicios públicos, que demandaba la sociedad industrial y urbana, lo que afectó primariamente a sus fines, pero también a su actividad y estructura administrativa.

Luego, a raíz de que el modelo del Estado gestor mostró ostensiblemente disfunciones, fue cuestionado por muy diversas causas, desde financieras hasta tecnológicas, que lo someten a una severa crítica o bien se esfuerza en actualizar sus fundamentos; y en tal contexto, va a surgir un proceso de racionalización o modernización que da origen, a partir de la década de los 80, a una nueva fase de correlación Estado-sociedad, y ello va a tener un gran impacto en el derecho administrativo y, por supuesto, en todas sus categorías conceptuales.

Dentro de este modelo, que se denominó tiempo de privatizaciones (bajo diferentes formas básicas), se observan dos procesos de manera correlativa y simultánea.

El primero: consiste en que la Administración, desbordada e incapaz de desarrollar las funciones asumidas, procede a un retiro que tampoco es total, por efecto de las liberalizaciones y privatizaciones consecuentes.

Segundo: la decisiva participación (ahora sí) de la sociedad, del sector privado en los ámbitos donde el Estado constitucional se retira o se retrae, y desde entonces la Administración Pública pierde la posición privilegiada, determinante y decisiva que la ha caracterizado; sin embargo, frente al retiro planteado el Estado constitucional no abandona en absoluto la convicción de que esos bienes y servicios que ya dejan de estar en mano pública siguen teniendo incidencia (especialmente intensa) en la consecución del interés público (pensemos en la condición de usuario — hoy día— de tantas empresas privadas), lo cual planteo como alternativa un nuevo tipo y concepto de actividad administrativa que se denomina «la actividad de regulación», que constituirá la novedad más importante

que va a aportar en el plano dogmático y doctrinal, la atención de los marcados intereses públicos en juego y de la protección de los derechos fundamentales y bienes jurídicos relevantes de las personas.

Y nos preguntamos: ¿cuál es el objeto de esta actividad o novísima actividad de regulación?, pues, tiene por objeto garantizar (insisto) la atención de los inequívocos intereses públicos que continúan presentes, y también la garantía singular y más tradicional de los derechos de las personas frente a estos nuevos poderes materiales del que disponen los nuevos operadores o gestores privados (en los ahora denominados, como todos sabemos bien caracterizados como el nuevo gran supra concepto) que es el de servicios de interés —económico o no— general, desplazándose, en consecuencia, el eje del modelo de la actividad prestacional al modelo de la actividad de garantía y de regulación de las últimas décadas.

Desde esta nueva perspectiva, la doctrina destaca que una de las vertientes del derecho administrativo contemporáneo sigue siendo la garantizadora o protectora, porque comprende el diseño, interpretación y aplicabilidad de las normas destinadas al Estado constitucional, en garantía de su cumplimiento mediante las fórmulas tradicionales que nosotros conocemos o ya otras más novedosas de las actividades gestionadas ahora por el sector privado.

Para la atención de estos nuevos objetivos, los Estados constitucionales procedieron:

Primero, a dictar todo un ordenamiento jurídico sectorial, que se aplicaría masivamente sobre la actividad concernida y en lo que no estaría presente Administración Pública alguna.

Segundo, requirió de la Administración Pública una nueva posición (esta vez independiente y muy distante) donde emerge un nuevo elemento subjetivo de regulación, que es lo que conocemos como las denominadas «agencias» o «autoridades administrativas», cuyas notas características son:

- a. Primero, la neutralidad e imparcialidad.
- b. Segundo, la ausencia de conflicto de intereses.
- c. Tercero la especialización técnica.
- d. Cuarto, la delegación de poderes para alcanzar a los cometidos asumidos.
- e. Quinto, las formas o técnicas de intervención del Estado constitucional son muy distintas a las tradicionales, por ejemplo, los conceptos son ahora «servicio universal», en vez de autorizaciones son las «comunicaciones previas» y las «declaraciones

responsables», etcétera, y otra gran cantidad de figuras de un derecho más flexible.

Por tanto, la nueva actividad de regulación se encuadre en algún modo, en la actividad garantística, que es propia y característica del derecho administrativo y acabará caracterizando lo que se conoce en la dogmática alemana como «Estado garante» —por oposición al denominado «Estado prestacional»—, confiada a nuevas Administraciones Públicas que se sitúan (ahora así) en otra posición: la función de garantía de los intereses públicos frente a la actividad de un régimen de economía de mercado y de competencia en sectores relevantes para la sociedad, y, por supuesto, para los derechos fundamentales de las personas.

Por último, el desarrollo que aquí venimos de hacer, se extiende mucho más recientemente en un amplio sector novedoso que es la materia de seguridad, y que concierne tanto la regulación como la gestión de riesgos, en razón del progreso del conocimiento científico y su aplicación tecnológica, por ejemplo: la seguridad alimentaria, la seguridad energética o (incluso la que estamos viviendo) la farmacológica: la situación que se está viviendo (por ejemplo) ahorita en España, donde la Administración Pública va a decidir si aquellos pacientes que fueron vacunados con una primera dosis de una vacuna determinada se le aplicará o no la cuarta dosis con esa misma marca o con otra marca, de modo que estamos fundamentalmente en esta zona, que es lo que J. Esteve Pardo llama hoy día «la sociedad del riesgo» y, por supuesto, la necesidad de regular, esto es, de determinar y autorizar los riesgos cuando se autoriza una medicina sino, sobre todo, fundamentalmente la gestión del riesgo, el seguimiento del riesgo que está involucrado en esta nueva situación. De modo que este ámbito se convierte así en una de las últimas piezas de cierre del derecho administrativo garantizador.

Así las cosas, el nuevo régimen de regulación se convierte así en el eje y materia del nuevo y muy importante capítulo del derecho administrativo, y que algunos prestigiosos juristas segmentan como un derecho particular. Por ejemplo, S. Muñoz Machado habla de un derecho administrativo de la regulación, o el profesor Esteve Pardo, habla de un derecho regulatorio, y justo ahora acaba de salir a las vitrinas de la librería, su libro que precisamente se llama «Principios del derecho regulatorio», de modo que no estamos hablando del derecho administrativo tradicional, sino estamos hablando de temas que en los manuales al uso son de actualidad.

La evolución reseñada ha tenido —sin lugar a dudas— un gran impacto en el derecho administrativo contemporáneo y sus categorías conceptuales, que postula su mantenimiento bajo nuevas formas en estos nuevos frentes de la acción administrativa, donde más comprometido está el interés público y (por supuesto) el riesgo de la sociedad (que también es un componente fundamental en este nuevo concepto del derecho

administrativo), como también la protección de la dignidad humana y los demás derechos fundamentales.

La situación en general que quedaba muy sumariamente descrita, fue sustancialmente válida para el derecho administrativo venezolano. En efecto y viéndolo hoy en día en la perspectiva que nos presta el lente del tiempo transcurrido, recordemos que en la década de los 90's se empezó a ejecutar en el país un ambicioso plan de modernización institucional reflejado en el VIII Plan de la Nación que tuvo por nombre «El gran viaje». Dentro de los lineamientos generales de racionalización del sector público, la meta principal era reducir la intervención del Estado constitucional con transferencia del sector privado de la propiedad y de servicios públicos vía liberalización y privatizaciones, que inició su concreción (con mayor o menor éxito) en algunos sectores, por ejemplo, el caso específico de las telecomunicaciones, pero que con ocasión de los eventos socio-políticos de la época, se paralizó y se frustró, perdiéndose así, la oportunidad de haber consolidado un proceso de desarrollo, que estimo, pudo resultar más tarde irreversible.

Y después, entrado el siglo XXI, y en muy corto lapso, se pasó de un Estado constitucional que quería avanzar, a un Estado (o a otro, que es el que estamos viendo) autocrático y centralizado, que no sólo devastó, que no sólo destruyó la institucionalidad a partir del nuevo modelo de régimen político; sino que incorporó al país con nacionalizaciones y expropiaciones inconstitucionales a un inaceptable retroceso en las conquistas propias del Estado social y democrático de derecho, logradas afanosamente a partir de la década de los 40, que es cuando el país entró muy tardíamente al siglo XXI y que paradójicamente hoy no termina de entrar al siglo XXI.

Y llegado al momento de cierre (ahora sí), a manera la reflexión, puedo concluir parafraseando a Otto Mayer, que el modelo constitucional de Estado social y democrático, de Derecho y de Justicia, es del buen ordenado derecho administrativo, que ha sido, es y por ahora seguirá siendo el derecho que tiene, de manera más directa y eficaz, la misión garantizadora de la posición jurídica de la persona frente a la Administración Pública y sus funcionarios. Por ello, como señala otro gran maestro español T. Ramón Fernández, si bien han aparecido situaciones nuevas y lamentables que todos conocemos y que se resisten a ser analizadas desde los esquemas tradicionales de nuestra disciplina, ello no justifica sustituir sin más todo el edificio dogmático del Derecho administrativo, y menos aún, derribarlo pura y simplemente, sin antes haber construido otro nuevo que ofrezca (cuando menos), igual garantía, seguridad y protección.

El planteamiento (y es lo que aquí importa) será retomar el sendero perdido de los años 90's, en tal sentido, los desafíos que se le plantean al

derecho administrativo venezolano, son considerables, y para que no terminen en proceso de reformas fallidas; es impostergable, por tanto, primero, que cuando se hable de un derecho administrativo garantizador, debe ser sobre la base (no solo de cambio de paradigmas), sino también sobre la necesidad de que exista por parte del ciudadano, conciencia cívica, sobre una cultura de juridicidad y de calidad de la gestión del sector público; y por otra parte, del funcionario, una nueva cultura de servicio público, que para la reconstrucción institucional (que ojalá sea más temprano que tarde) en lo formal y en la práctica, se deberá poner el acento en la mejora continua de los estándares de eficiencia y calidad de los procedimientos, la reorganización de las dependencias y el uso de los avances tecnológicos, la creación de nuevos y adicionales órganos y mecanismos de protección para facilitar la cotidiana juridicidad y calidad en la gestión de los asuntos públicos, que exigirá la vuelta de la reinstitucionalización.

Y concluyo, ahora sí, diciendo que no se trata de añadir un nuevo capítulo más al derecho administrativo, suponiendo que la sugerencia fue acertada, sino de llamar la atención sobre que la Constitución formal contiene principios fundamentales y valores superiores suficientes para afrontar una profunda actualización del derecho administrativo nacional, que haga posible el cambio de paradigma de un derecho del poder, convertido ahora sí en un derecho del servicio a la persona, que evoca la genial expresión de J. Rivero, en cuanto que «junto al Poder Público, la servidumbre pública», eliminando (eso sí) las prerrogativas que subsisten injustificadamente y superando las viejas técnicas restrictivas y consagrando un sistema eficaz, pleno y universal de garantías jurídicas.

Los esfuerzos que hasta ahora se han hecho y de los que se siguen haciendo en la doctrina del derecho administrativo venezolano, con independencia del eco que de forma inmediata puedan tener, seguro que mañana no resultarán baldíos.

XI ENCUENTRO AVEDA: CAMBIOS EN EL CONTENCIOSO BANCARIO

Gonzalo Pérez Salazar

Fecha: 23 de julio de 2021

He propuesto este tema por lo novedoso, transversal y expansivo, nutrido en estos tiempos por modificaciones que han abierto su ámbito de aplicación a otros sujetos distintos a los tradicionalmente obligados, ya no dirigido únicamente a los bancos, ante la inclusión de otros órganos auxiliares, financieros o no, entre los que podríamos mencionar las fintech, los startups, los sanbox, los proveedores de medios de pago o puntos de venta, entre otros calificados como tales por las leyes, normativa prudencial y demás regulación; y, adicionalmente, en la legislación nacional e internacional, se ha incluido a la protección del cliente dentro del esquema de actuaciones controlables por el contencioso bancario. Como veremos, eso todo ha tenido una suerte de «injerencia directa» en el tema contencioso bancario que es lo que desarrollaré de seguidas.

I

La interdisciplinariedad del derecho bancario es evidente. Si bien los bancos nacieron como compañías de naturaleza esencialmente mercantil y en principio estaban regidas por el Código de Comercio o el derecho común, hoy en día es una actividad regulada y en algunos casos híper regulada, básicamente por el impacto de la actividad bancaria en la economía e impulsada por algunas intervenciones de bancos que generaron crisis financieras globales.

En ese mismo orden de ideas, los bancos están regidos por su ley natural (que en caso venezolano es la Ley de Instituciones del Sector Bancario) o los Códigos Monetarios y Financiero (como se les denomina a algunas leyes de banco en otros países); así como un cuerpo normativo heterogéneo que también le son aplicables, como la Ley de Mercado de Valores, para aquellos bancos que cotizan sus acciones en bolsas, como sucede con algunos bancos en Venezuela y en el mundo o para los que intervengan en alguna operación bursátil. Existen otros supuestos en que los que la Ley del Banco Central regula la actividad bancaria, por ejemplo, en Venezuela, donde las comisiones y tarifas, las tasas de intereses o el coeficiente de encaje, impactan la actividad bancaria y han generado varias demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Incluso, el contencioso administrativo bancario se ha desplazado hasta la actividad de intermediación o de relación contractual entre los bancos y sus clientes, la cual, si bien es regida por el principio de autonomía entre las partes, consagrado en el Código Civil y el Código de Comercio, ha sido ralentizado por otras normas o actos de los entes reguladores, como son las leyes de protección al consumidor, al cliente o usuario, o leyes de precios justos (como se denomina en distintas jurisdicciones), que han incidido en que existan, incluso, otros reguladores dentro de la ecuación, distintos al regulador natural que es la Comisión Bancaria o la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario (o como se denomine), pero también hay temas de política criminal: antilavado, anticorrupción y financiamiento al terrorismo, de delincuencia organizada, leyes de política habitacional o desarrollo social (en los distintos países) o de protección a los ahorristas, es decir, es una disciplina que se nutre de muchas otras disciplinas, y por ende, si bien difícil es hablar de su autonomía, evidentemente va a haber derecho bancario mientras existan unas leyes especiales que los regule, y evidentemente esas leyes existen por la importancia del de la actividad en cada uno de los países.

II

En primer lugar, tenemos que tener en cuenta que, es en el derecho administrativo económico donde vamos a encontrar más respuestas, tanto en lo que respecta al marco regulatorio, como a los principios aplicables a la actividad bancaria, y el que más estaría dentro del marco de acción del derecho bancario, como actividad regulada por el Estado, que generalmente se traduce en supervisión, control e inspección, y que puede producir actos de distinta naturaleza, alguno de ellos impugnados ante el contencioso administrativo.

En segundo lugar, tenemos que es una actividad controlada permanentemente, lo que viene reforzado por la propia calificación de servicio público que hacen algunas leyes, como la Ley de Instituciones del Sector Bancario venezolana.

Por supuesto, todos sabemos lo difícil de la noción de servicio público, lo difícil que ha sido para la doctrina poder llegar a un consenso sobre qué es, sin embargo, evidentemente, lo que trata de justificar esta norma es que no se interrumpa el servicio. Por supuesto, hay una actividad de control permanente entre los bancos y la SUDEBAN (que es el regulador natural), y esa «relación de control permanente» de donde derivan que las situaciones subjetivas de fondo, son una potestad en el ente regulador y una sujeción en el ente controlado. Les voy a poner el ejemplo del delito que está previsto en el artículo 226 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, que es el cierre indebido de oficinas e interrupción al servicio público, con penas privativas de libertad elevadísimas; lo que pudiera generar un amplio debate, sobre todo en estos momentos en los que

la intervención al servicio público puede ser derivada, no por voluntad de la institución, sino porque interrupción del servicio público, como ocurre frecuentemente en Venezuela por los cortes del servicio eléctrico, la caída del internet o simplemente la pandemia.

En tercer lugar, es una actividad hiperregulada en Venezuela, y de ahí surgen los problemas de identificar la jerarquía de las normas, el sistema de fuentes y la competencia compartida, exclusiva o excluyente de los entes reguladores. En el tema de la fuente de la norma que regula la actividad bancaria, el problema radica en su distinta naturaleza y jerarquía, encontrando actos de la más variada índole, entre ellos leyes, resoluciones, circulares, instrucciones, avisos oficiales, normas prudenciales, inclusive, recomendaciones de entes internacionales como el FINCEN, BASILEA, OFAC, etcétera; es decir, interactúan normas nacionales con normas internacionales o recomendaciones internacionales de la más variada naturaleza.

En algunos casos, el problema de la fuente viene conectado con la cantidad de entes reguladores, distintos al natural de la banca que es la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN), sin embargo, también interviene el Banco Central de Venezuela; la Superintendencia Nacional de Valores; la SUNACRIP, que regula todo lo referido a criptomonedas, (por ejemplo, la obligatoriedad de que los balances de los bancos y en nuestras cuentas sean expresado en petros); el BANAVIH, como un ente de política habitacional; entes fiscales y parafiscales de distinta naturaleza (municipales y nacionales); está el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE); el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN), que es una oficina que, en definitiva, es la que —a través de sus opiniones vinculantes— aprueba algunas operaciones esenciales dentro de la banca; está el Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas; está la Unidad Nacional de Inteligencia Financiera (UNIF); está, por supuesto los acuerdos de BASILEA; la Red de Control de Delitos Financieros (FINCEN); el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC); la Organización de las Naciones Unidas (ONU); la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que dan recomendaciones y en algún caso esas recomendaciones o las sanciones que imponen, tienen gran impacto sobre la actividad venezolana.

Y también tenemos (dentro de esa hiperregulación) que haya nuevos sujetos regulados. Están los bancos, las actividades conexas, los proveedores de puntos de venta, las fintech, los startup, sandbox, y por supuesto, el cliente, que ahora entra dentro de la ecuación del contencioso administrativo. Pues, se amplían estos sujetos obligados por mandato del artículo 3 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, que califica a estas como actividades no bancarias o auxiliares.

En cuarto lugar, la actividad bancaria es especializada, por lo que el control de los actos administrativos dictados por los distintos entes que la regulan, es sumamente difícil, pues generalmente se alega para su adopción la discrecionalidad técnica y el interés general. Hay que destacar que en algunos países existen tribunales especializados para el control contencioso administrativo de los actos administrativos que afecten la actividad bancaria, pero en la mayoría de los casos está supeditado a jueces de la jurisdicción contencioso administrativo, que no tienen la experticia financiera que requiere conocer de un caso complejo.

III

Entrando un poco en las actividades sujetas a control, las mismas derivan de la esencia de la banca, cual es la de intermediación financiera y ésta se va nutriendo de distintas operaciones financieras o no financieras.

Por supuesto, esa actividad de intermediación financiera, conduce a una relación natural de la banca con su regulador, que es la superintendencia de banca, que se manifiesta en la potestad de inspección, control y supervisión de la actividad. Esta potestad inspectora es una actividad informativa, dirigida a velar por el cumplimiento de la norma, pudiendo recopilar datos que pueden conducir a órdenes en los procedimientos sancionatorios. Generalmente, de esas inspecciones, surgen recomendaciones, órdenes o (incluso) algún tipo de procedimiento sancionatorio. Aquí, obviamente, tiene que haber el equilibrio entre ese poder-deber y la proporción de la cantidad de inspecciones que se realicen.

Está la potestad de control de un acto o una actividad, que consiste en un juicio de conformidad o no conformidad, con relación a unas reglas. Algunos añaden que ese «control» comporta, en caso de un juicio de no conformidad, una medida que puede ser represiva, preventiva o restrictiva que, como ya veremos, entra dentro de la clasificación de los procedimientos ablatorios.

Después, tenemos la relación de la banca con otros reguladores nacionales o internacionales. Aquí debo destacar el problema de los actos administrativos transnacionales, que es un tema muy interesante, en el que puede darse el supuesto donde una superintendencia de bancos o un ente regulador de otro país dicte un acto que afecte una institución de un grupo financiero extranjero y ese acto se pretenda trasladar a otra legislación, bueno, ahí surgen unos problemas evidentemente de orden práctico. Evidentemente no es una sentencia que se pueda trasladar directamente (como sería un exequátur, que es un acto administrativo) y alegar simplemente el principio de colaboración entre instituciones; pareciera que no es suficiente, tendría que estar amparado por tratados de cooperación y simplemente determinar si en cada caso concreto tendrá algún valor jurídico.

Es importante que tengamos en cuenta que la banca no es aislada, que la banca interactúa, no solamente con su sujeto regulador natural, sino con otra multiplicidad de reguladores; y en esa interacción, surgen actos de distinta naturaleza y de distintas esferas de ordenamiento jurídico extranjero. Este es un problema muy interesante que tiene que ser tomado en cuenta a la hora de hacer negocios en cualquier jurisdicción.

Así, encontramos la relación de la banca con sus clientes que, en esencia, es una actividad comercial que está regida por contratos, generalmente comerciales, contratos bancarios típicos o atípicos; sin embargo, recientemente se ha incluido la atención al cliente como mecanismo para que éste pueda reclamar ante distintas autoridades administrativas, como puede ser la oficina de atención al cliente en la SUDEBAN o en otras instituciones financieras del mundo o, incluso, en algunas agencias de atención al cliente y al usuario, que pueden generar actos administrativos.

Surgen enormes problemas que hemos detectado aquí (y en otros países) como veremos, en los que puede producirse una relación contractual donde se demandé el cumplimiento, daños y perjuicios por un débito en cuenta no autorizado, etcétera, pero, puede surgir que de esa investigación otra de índole penal, porque hay un fishing o simplemente hubo estafa y, adicionalmente, puede haber un acto administrativo que ordene la devolución de esas cantidades de dinero; entonces vemos como en una situación pueden producirse procedimientos, sentencias o actos paralelos, que puede llegar a ser contradictorios.

También está la relación de la banca con proveedores de servicios auxiliares del sector. Esto lo estamos viendo cada vez con mayor frecuencia. Fíjense que las últimas resoluciones de proveedores de puntos de venta y de la fintech, dice que los contratos deben de estar aprobados por la SUDEBAN. Si bien es cierto; esto —evidentemente— choca con la autonomía privada, porque es una obligación entre dos entes privados y, al entrar a esa ecuación un regulador que naturalmente es para la actividad bancaria, pues, ya estos sujetos obviamente entran dentro del control. Y, por supuesto, al que le nieguen, le suspendan o le revoquen una autorización para operar como fintech o para operar como proveedor de puntos de venta o auxiliares en este tipo de servicios, obviamente, tendrá el contencioso administrativo abierto para el control jurisdiccional. Y, adicionalmente, esas resoluciones establecen que las obligaciones recaen sobre la banca; aquí hay un punto interesante (que ya es de fondo) y es que esas resoluciones han sido dictadas recientemente por la Superintendencia de Banco y tienen rango sublegal, entonces crean consecuencias jurídicas importantes para el desarrollo de la actividad e imponen restricciones que obviamente son impuestas por normas de rango sublegal; si bien

habilitadas por la Ley de Instituciones del Sector Bancario, pudiera ser una limitación a la hora de un litigio eventual.

Además, está la relación de otros sueltos no financieros en el sector bancario, que los pongo aparte, pero son fácilmente identificables, entre ellos los proveedores de puntos de ventas, empresas dedicadas a la fabricación de tarjetas de créditos y otros servicios. Los puntos de venta deben estar registrados y autorizados, los es un procedimiento que va directamente entre esas empresas y la SUDEBAN; pero que es una relación donde la banca entra porque es a través de sus canales donde circula esa operación.

IV

Respecto a la tipología de actos sujetos a control, debemos comenzar por decir que son de la más variada naturaleza.

Hay actos autorizatorios que son exigidos por la legislación, como serían el de la actividad bancaria de promoción tiene que estar autorizada por la Superintendencia de Bancos, tal cual como le exige también para los proveedores de puntos de venta y la fintech, es decir, que desde el mismo momento que inicia la actividad, deben estar previamente autorizados; pero, adicionalmente, establecen que los contratos con proveedores de tecnología o puntos de venta, esta fintech tiene que pasar por la aprobación de la Superintendencia de Bancos, lo cual puede ser rápido o puede ser lento, pero en todo caso requieren esa aprobación y, evidentemente, esto es un choque con la autonomía privada de las partes que han decidido tener la relación o podrían tener la relación como bien tengan a hacer. Pero hasta el cierre de agencia, el registro de actas de la asamblea, cambios de directivas o accionistas, aumentos o disminuciones de capitales, operaciones fintech, proveedores de puntos de ventas, canales de pago, nuevos productos financieros, todo está regido por un régimen autorizatorio. Ese régimen autorizatorio podría generar actos denegatorios o simplemente producir denegaciones tácitas. La Ley de Instituciones del Sector Bancario establece que la no respuesta produce un silencio administrativo negativo y ello abriría la puerta al contencioso administrativo.

Pero también se producen actos ablatorios, que son aquellos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica subjetiva. En primer lugar, están las multas, que son bastante frecuentes, muchas de distinta naturaleza, entre ellas las generadas por no suministrar información; por suministrar información incompleta; por no cumplir las carteras dirigidas obligatorias; por no cumplir el marco regulatorio en materia de gobierno corporativo, de tecnología, es decir, son de la más variada naturaleza. Encontramos las órdenes de hacer o no hacer, que se dan con la cada vez más frecuente suspensión de servicios o producto financieros o no, o aquellas que si bien partes de una actividad de inspección, derivan en una

orden de hacer o no hacer. Por ejemplo, ante la orden de aumentar el capital de los bancos, recientemente decretada por la SUDEBAN, ese aumento que usted propuso lo consideren insuficiente; o ese aumento usted no lo está proponiendo de la manera correcta y tiene que hacerlo de otra manera; o esos registros contables no son los propios; o esas comisiones que usted están cobrando no son aprobadas por el Banco Central de Venezuela; o usted está promocionando un producto que no ha sido autorizado o informado a la SUDEBAN para acordar las normas sobre promoción del productos en el servicio financiero; es decir, hay una multiplicidad de procedimientos que producen actos de la más variada naturaleza y que afectan a la actividad bancaria.

También tenemos las medidas administrativas, que, si bien son medidas provisionales, tienen un severo impacto en las instituciones bancarias venezolanas. Recientemente hemos tenido tres instituciones sometidas a medidas administrativas; por lo cual, los tres casos han salido a flote. Esto demuestra (y también es bueno recalcarlo) que la Superintendencia ha actuado de una manera prudente en este sentido, para no generar un colapso en el sistema o una afectación al sistema financiero nacional. Y en sentido de estas medidas administrativas como unas medidas preventivas o paliativas antes de tomar unas medidas posteriores, como serían las de intervención o transferencia de activos; han tenido hasta ahora (y en el tiempo reciente) un impactó esperado, que era el de prevenir males mayores.

Además tenemos, obviamente, la intervención administrativa, que es una situación en la que ningún barco quisiera estar porque ahí se pierde la administración del banco. Pero ahí también tenemos un tema que es que la intervención administrativa la dicta la Superintendencia de Bancos. Sin embargo, en el artículo 8 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario se permite que el presidente de la República pueda dictar la intervención del banco. Yo aquí abogo por la autonomía de la Superintendencia de Bancos o la Superintendencia de Bancos en el mundo, y esa autonomía no puede estar supeditada a que el órgano de mayor jerarquía del Poder Público Nacional pueda dictar ese tipo de actos. Yo considero que aquí debería dejarse en el ente regular que técnicamente conoce de la actividad bancaria como es el Superintendente de Bancos.

Por supuesto, en estos procedimientos de intervenciones administrativas están excluidos la quiebra y el atraso, por mandato el artículo 240 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, con lo cual queda zanjada esa discusión de si serían aplicables las normas del Código de Comercio previstas sobre la quiebra y el atraso, las cuales, por demás, son anacrónicas. Recuerden que la última modificación del Código de Comercio es de la mitad del siglo pasado.

V

Ahora, vamos a entrar un poco en el análisis jurisprudencial, limitándome a hacer algunos comentarios sobre los últimos tres años de la jurisprudencia, principalmente de la Sala Político-Administrativa y de los juzgados nacionales de lo contencioso administrativo, analizar algunas que otra sentencia dictada en ordenamientos jurídicos foráneos y hacer una breve reflexión.

En la Sala Político-Administrativa, en el 2021, se dictaron cuatro sentencias: dos tributarias; una contra el BANAVIH, donde éste pidió un embargo ejecutivo contra una institución bancaria por el no pago de unas contribuciones, y la Sala Político-Administrativa precisó que no existía el procedimiento ejecutivo para un acto administrativo (valga la redundancia), y que el Poder Judicial no tenía jurisdicción para ello; y, por supuesto, un cobro de bolívares por vía de embargo.

Durante el 2021, la Corte Primera o los juzgados nacionales no han dictado ninguna sentencia (que yo conozca o que haya sido publicada en la página web).

En el año 2020, en la Sala Político-Administrativa se produjeron siete sentencias: cinco decisiones o autos irrelevantes; una tributaria; y una nulidad sin lugar de un acto del 2005, es decir, quince años después. En la Corte de lo Contencioso o juzgados nacionales, se produjeron, en el 2020, dos sentencias: un decaimiento del objeto; y un sin lugar por un reclamo de un cliente.

En el 2019 se produjeron 26 sentencias: ocho autos o decisiones de mero trámite; once casos tributarios; y siete solamente de nulidad. Mientras que en la Corte de lo Contencioso o los juzgados nacionales del contencioso, se aprobaron, en 2019, 6 sentencias: cuatro decisiones o autos; una demanda de nulidad sin lugar que era del 2014; y un sin lugar de un breve reintegro a una sociedad, es decir, un reclamo de clientes.

Tomé estos tres años, porque evidentemente durante estos el sector bancario ha sido afectado por la pandemia, por el impacto de las sanciones extranjeras y por los estados de emergencia económica y de alarma que es lo que hemos vivido por efecto del COVID-19.

Como vemos en los casos que hemos resaltado, el contencioso administrativo, que era el llamado para controlar esa actividad, la verdad es que ha hecho poco por lograrlo, y en los casos que lo ha hecho, como veremos, no hay medidas cautelares a favor de la banca, más allá del que comenté de un cobro de bolívares. Y los casos tributarios resueltos datan del año 95 o del 2000, es caso de una lentitud enorme, lo cual es una constante en el ordenamiento jurídico internacional.

VI

Venezuela no es el único país que somete los actos de la administración del sistema financiero al control de los actos administrativos, la mayoría de las legislaciones iberoamericanas así lo prevén. Yo he traído algunas sentencias de la más variada naturaleza, por ejemplo, en España se han producido sentencias muy interesantes en el Tribunal Supremo Español, como el caso de los impuestos de las hipotecas, donde recientemente estableció que el impuesto de los actos jurídicos no documentados no estaba a cargo de la banca; y eso fue una discusión enorme, a quién trasladarle esos gastos por documentación, esos gastos impositivos. El 21 de mayo de 2019, declaró la nulidad de una cláusula por abusiva y decidido imponer multas, es decir, ya interviene en ámbito de una relación contractual de autonomía privada entre el cliente y la banca, por este tipo de protección a los clientes a los que están sometidos por la legislación. Y en otros casos, han actuado en defensa de los usuarios, a través del control de actos del fondo de reestructuración ordenada bancaria, por ejemplo, en el caso del Banco de Valencia que está en esa situación desde el 2012 y todavía no se ha resuelto.

Tenemos una reciente sentencia del 12 de julio del año 2021, de un juzgado de lo contencioso administrativo y tributario de Buenos Aires; en la que se dictó una cautelar en el sentido de suspender cualquier cobro indebido o abstenerse al banco de realizar cobros o retenciones en la cuenta del actor, quien demandó que le había aprobado un crédito que él no había solicitado, se lo habían liquidado y él no lo había solicitado; es decir, vemos cómo ya el tema de esta relación contractual (que podría ser perfectamente regida por el ámbito mercantil) es sometida al ámbito bancario.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, en una sentencia del 29 de junio del 2016, controló una multa impuesta por el superintendente del sistema financiero por un monitoreo de los manuales de crédito. Por supuesto, aquí es declarada con lugar la demanda por prescripción de dos años. Esto es interesante y podría ser un cambio muy interesante: la prescripción. No tiene sentido que una institución sea sometida a investigaciones por situaciones ocurridas indefinidamente.

En Ecuador, la superintendencia de bancos, en el 2015, negó el recurso del Banco del Pichincha con un acto administrativo, de un reclamo y evolución de un cliente. La legislación ecuatoriana permite (al igual que la venezolana) este tipo de situaciones en las que interviene la oficina de atención al cliente y ordena la devolución de un dinero a un cliente por vía administrativa. Ya no había incumplimiento de un contrato comercial o bancario, sino simplemente interviene el ente administrativo, no como conciliador, sino como juez y parte.

El Tribunal Superior Contencioso Administrativo al Consumidor de Costa Rica, en la sección cuarta en el Banco Popular, también conoció sobre un remate de joyas, o sea, sobre reclamación de un remate de joyas por impago lo termina conociendo un tribunal Contencioso-Administrativo, y la verdad que creo que esto estos son excesos.

El Consejo de Estado colombiano en la Sala de lo Contencioso Administrativo, el 1 de octubre del 2014, en un caso del Banco Davivienda, conoció de una nulidad de un acto de la Superintendencia Financiera, donde impuso multa por falta análisis del riesgo crediticio. Por supuesto, la declaró sin lugar.

Lo que les quiero decir con esto es que no solamente en Venezuela se produce el control de la actividad bancaria, sino que es ya generalizado. Recordemos que eso de «dejar hacer» o «dejar pasar», que era propio del libre mercado, a partir de las crisis (sobre todo del 2008), vino a profundizarse lo que es el control de la actividad bancaria en el mundo y someter alguno de sus actos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Por supuesto, en la jurisdicción venezolana no hay control de los actos. Yo, básicamente, no he encontrado ninguna nulidad a favor de algún banco, salvo casos muy aislados, y las nulidades que solicitan los bancos van de la más variada naturaleza: desde imposiciones multa por no enviar información, por las carteras dirigidas; es decir, a los bancos se le impone que cumplan una cartera obligatoria y los bancos dicen: «bueno, es que yo no tengo clientes suficientes o no me pidieron el crédito, ¿cómo hago?». No hay medidas cautelares; no he conseguido ninguna medida cautelar dictada a favor de un banco, más allá de está que les comenté, que es un juicio de cobro por bolívares.

VII

Hay poco interés de la banca en litigar, para nadie es un secreto. A la banca no le interesa litigar. El negocio de la banca no es litigio. Litigar, para la banca, significa provisionar, y el banquero cuando tienes que litigar, sabe que en alguna parte del proceso alguien cometió un error, bien por el seguimiento, bien por el otorgamiento del crédito. No es un negocio. Y en estos casos, menos negocio aun es litigar el caso contencioso administrativo, salvo que sea por como llaman «por principio», y obviamente, para que esos actos no queden firmes y no le invoquen a la Superintendencia de Bancos que usted ha cumplido reiteradamente instrucciones de esta Superintendencia como fundamento donde hay una disposición de medidas administrativas o un orden por intervención.

Otra situación a destacar, es la utilización cada vez más frecuente de procesos constitucionales como una fórmula de escape. Así, el avocamiento, el amparo, la revisión, demanda de derecho y discurso del colectivo, las *class actions*, han servido como un desahogo por retrasos que

significa la jurisdicción contencioso administrativo y, sobre todo en casos relevantes, donde hemos visto como ha tenido que intervenir las cortes constitucionales, los tribunales constitucionales o la Sala Constitucional, para tratar de enmendar los casos que naturalmente los tendría que resolver la jurisdicción contencioso administrativa.

VIII

En el entendido de que, la mayoría de los actos administrativos sometidos al control de la del contencioso bancario venezolano, los dicta la superintendencia de bancos, su procedimiento está regido por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, sin embargo, hay disposiciones especiales que regulan estos temas en la Ley de Instituciones del Sector Bancario, como es lo contenido del artículo 230 al 238 de esa ley, donde establece que, por ejemplo, el lapso de caducidad es de 45 días continuos luego de la notificación, y si cae día no laborable no se cuenta, que es una diferencia en cuanto a la caducidad ordinaria o del contencioso funcionarial que en unos casos es 90 días o en otros casos 180 días, o la diferencia con los actos administrativos temporales, pero también tiene la posibilidad de impugnar las medidas administrativas en el 237 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario; evidentemente aquí ya solamente una impugnación de actos. Ahí deja abiertos el tema de lo que son las vías de hecho y lo que son las omisiones o abstenciones. Y ya les comenté, por ejemplo, que lo que establece la ley es que la no respuesta de la Superintendencia de Bancos se entiende como una negativa.

La Ley de Instituciones del Sector Bancario establece expresamente que no caben medidas cautelares contra las medidas cautelares que se soliciten en el contencioso administrativo; en el régimen normal adscrito a las medidas cautelares, el artículo 231 establece que se exigen los presupuestos naturales a toda medida cautelar, es decir, *periculum in mora* y *fumus bonis iuris*, y adicionalmente la exigencia de caución para interponerla, lo cual pudiera considerarse una vuelta al principio del *solve et repete*. Sin embargo, quizá porque las multas son absolutamente irrelevantes o porque los capitales de la banca son absolutamente irrelevantes en Venezuela, la banca sencillamente decide pagarlo e intentar sus recursos respectivos.

Teniendo en cuenta esto, vamos a pasar a los cambios propuestos, para ir finalizando. Lo primero que tenemos que tener cuenta: que esa hiperregulación es un obstáculo para la actividad. Y es el primer cambio que yo propongo, y que en algunos países se ha venido realizando. Esto no quiere decir que no haya una inspección permanente, una supervisión permanente o un control muy rígido cuando haya que hacerlo; sin embargo, esa excesiva inspección, esa excesiva regulación, impide que la persona o la empresa desarrolle libremente su actividad. Es un obstáculo para la propia actividad.

Resulta contraproducente la existencia de esa multiplicidad de entes reguladores, de normativa y la carencia de tribunales especializados en el control de una actividad tan específica.

Respecto de la calificación de servicio público de la actividad bancaria, abogo por su supresión. A pesar de ello, aunque la dejen en la legislación, para mí es meramente nominal. A la prueba me remito, no hay contencioso de servicio público. Imagínense, si una persona que decide que no le prestan un servicio adecuado, intenta una demanda de las previstas de reclamo de servicio público, regulada en la ley de la jurisdicción contencioso administrativo. Ello ocurrió en El Salvador, donde una institución financiera fue demandada conjuntamente con la superintendencia de bancos de ese país, alegando que era como una concesión y que había una solidaridad con la superintendencia, lo que fue originó que el tribunal que conoció de esa causa declaró que no era competente la jurisdicción contencioso administrativo y que la concesión no habilitaba para que conociera de esa jurisdicción.

Debe modificarse el procedimiento concursal o de intervención para hacerlo más expedito o garantista. Me pueden decir que la ley establece que no rige la quiebra y el atraso, sin embargo, en la práctica, cuando se produce alguna intervención (no solamente en Venezuela, sino en los demás países), esos actos, entre la intervención y la liquidación final, pueden durar muchos años. En detrimento, obviamente a los clientes, y de la propia actividad protegida, tardan años y entonces queda el Estado con una cantidad de bienes que después no saben qué hacer.

Esas liquidaciones no son nada expeditas, o sea, ese procesamiento debería ser más expedito, al igual que, obviamente, modificar el del Código de Comercio. Eso del *chapter Eleven* que existe en otros ordenamientos jurídicos o unas disposiciones donde permitan a los bancos, de manera más ágil, poder actuar; y también de manera más ágil a la superintendencia de bancos resolver estos problemas, pues deberían ser revisados y de una manera común, porque una de las cosas importantes en estos temas, es que debería hacer el esfuerzo, por ejemplo, la Federación Latinoamericana de Bancos o Basilea, para buscar más o menos la uniformidad en estos criterios, porque en definitiva la banca no está aislada, la banca interactúa con otros operadores internacionales, bien sea por corresponsales o bien sea por operaciones financieras con otros países o instituciones de distintos ordenamientos jurídicos.

El régimen autorizatorio es demasiado amplio. Yo creo que no se puede limitar tanto la autonomía de las partes o la iniciativa privada, yo creo esto porque si bien es cierto que tiene que haber un registro de esas instituciones, por ejemplo, lo que son los auxiliares, los fintech; la ley de México no es tan severa como es la ley nuestra o la resolución nuestra para exigir tal cantidad de requisitos y tal cantidad de supuestos para

autorizar, incluso también con una opinión favorable de los fintech, que como yo les dije, es un organismo que no se sabe cuándo se reúne, que si bien, por ejemplo, ayer salió en gaceta la revocatoria de una licencia de un banco, pues bueno, mira: ¿cuánto puede tardarse eso?, ¿seis, ocho meses, no hay un tiempo establecido?, bueno, pero seis u ocho meses para una actividad financiera donde está involucrada la tecnología es mucho tiempo, porque la tecnología requiere de este tipo de velocidad.

Y por supuesto, someter los contratos propios de la actividad bancaria a la aprobación de la superintendencia de bancos, yo creo que no es correcto. Esto no quiere decir que no pueda haber un control; sí pudiera haberlo. Y que si hay cláusulas abusivas pueda ser llamada la atención y ordenar su cese, pero en todo caso, creo yo que ese excesivo control en el régimen autorizatorio, pues, lo que hace es debilitar la iniciativa privada.

La velocidad del procedimiento contencioso administrativo va en sentido absolutamente contrario con la necesidad de mercado y la incidencia de los clientes; esto es una queja en cualquier autor del contencioso administrativo español, francés o de los que tratan estos temas. Quizá la mayor crítica al contencioso administrativo es que ya no está controlando la actividad de la Administración Pública (o inactividad) porque sencillamente está abarrotada de casos; hay una multiplicidad de casos que impiden esa necesaria velocidad. Sobre todo, un cliente que quizás este es su único sustento, y que tenga que ir a litigar al contencioso administrativo y que tenga que pasar cuatro o cinco años para que le decreten la evolución de un dinero, pues, todos esos temas tienen que estar seriamente revisados.

No es conveniente las multiplicidades de entes reguladores de la banca. Yo, ahí sí creo que debería procederse a una modificación de las leyes financieras en Venezuela, debería (como en algunos países) dictarse un Código Monetario y Financiero, donde se regule lo que es banca central y sistema financiero y establecer solamente un ente de control y las coordinaciones establecidas entre los distintos entes de cada sector asegurador bancario y otros entes. Pero la verdad es que esta multiplicidad de regulaciones dictadas por distintos entes, incluso chocan. Les pongo ejemplo sencillísimo: una convocatoria de una asamblea de accionistas de un banco que tenga acciones en la bolsa de valores, encuentra una legislación en la superintendencia de valores distinta a la superintendencia de bancos, porque las leyes son -en ese sentido- incompatibles; si bien aplica la ley especial, pues, al tener acciones en la banca, pues obviamente, la banca en la bolsa de valores, pues evidentemente, también esa especialidad podría estar discutible.

En último lugar, yo creo que se tienen que realizar los procesos mediante métodos de mediación, conciliación y arbitraje. Los clientes no tienen que estar sometidos a procedimientos engorrosos; para ello existen

software muy sofisticados los cuales, mediante algoritmos de inteligencia financieras, se producen respuestas automáticas. Si una persona realiza dos cargos simultáneos, uno automáticamente es rechazado o se envían las notificaciones pertinentes, eso todo es software de última generación; yo creo que aquí la inteligencia artificial tiene algo que decir.

Yo no entiendo cómo no se aprovecha en estos términos y estas nuevas tecnologías en Venezuela, en vez de estar sometiendo al cliente a este tipo de situaciones. Si bien en Venezuela (y al igual que en el sistema español) se creó el defensor del cliente, y a diferencia de otros países ese defensor puede actuar en beneficio del cliente, pues los procedimientos son bastante engorrosos, pero a través de la inteligencia artificial o mediación o conciliación o como existe en España, que hay una agencia para los usuarios y ahí existen los tribunales arbitrales para esos usuarios o clientes; yo creo que eso debería de establecerse en todos los contratos bancarios y establecer procedimientos sumamente expedito para la resolución, inclusive *smart contract*, yo creo que ya eso la verdad es agotar papel, es agotar tiempo; yo creo que estamos entrando en nuevos tiempos y si no lo hacemos, vamos a quedar rezagados. Si bien, para este momento los montos a reclamar son irrelevantes, porque la transaccionabilidad en materia de bolívares está limitada por temas del uso de la moneda extranjera, de divisas, o por efecto de la hiperinflación, eso no quiere decir que cuando se normalice la situación estos temas no tengan que tratarse con la seriedad debida.

IX

Como reflexión final, les dejo esta afirmación que nos hace el profesor Ricardo Rivero Ortega en su Manual de Derecho Administrativo Económico, donde dice que: «...la proporcionalidad supone una prohibición de exceso, pues demasiadas inspecciones coartarían la libertad y perturbarían la actividad económica empresarial...». Esto es válido para la banca y para los distintos operadores del mundo empresarial venezolano, los cuales están sometidos a un excesivo control por parte de los entes reguladores.

Tanta inspección impide el normal desarrollo de una actividad; en la medida que no entendamos eso, vamos a seguir de puesto 188/190, de acuerdo a la estadística del Banco Mundial como países que no generan condiciones para poder invertir. Por esto es que esta reflexión final va dirigida a los entes reguladores, que entiendan que, si bien la banca tiene que estar sujeta a regulaciones y a una reducción permanente o un control permanente, tengo los pies en la tierra, pues esa regulación o ese control o esa inspección permanente, no puede exceder o ser desproporcionada e impedir de tal manera su desarrollo que vaya en contra de la misma norma o de la finalidad que la misma norma pregona.

XII ENCUENTRO AVEDA: LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS EN EL EXTRANJERO, ANULADOS EN LA SEDE

Ramón Escovar León

Fecha: 24 de septiembre de 2021

Este tema es una materia que está en evolución, en la cual los venezolanos no podemos tener unas posiciones abstractas. Este asunto se debe ver dentro de un marco teórico teniendo en cuenta los casos prácticos que hemos tenido los venezolanos y su relación con los casos que ha habido internacionalmente.

Voy a hacer una pequeña precisión terminológica, para ubicarme en el marco teórico. Hay que tener en cuenta el contexto jurídico y político dentro del cual debemos movernos en el análisis de este tema.

Voy a referirme a la Convención de Nueva York que es fundamental en este asunto sobre reconocimiento y ejecución de laudos en el extranjero y su interpretación. Hay que adentrarse a la manera como los distintos Estados interpretan de una manera diferente la normativa de la Convención de Nueva York a «los laudos zombies», es decir, los laudos a los que se refirió Juan Domingo Alfonzo: aquellos laudos que, habiendo sido anulados en la sede, se ejecutan en el exterior.

Un concepto muy importante, en mi opinión, para entender la naturaleza de los «laudos zombies» que es el orden jurídico arbitral, que se debe básicamente al impulso que le dio a esta noción el jurista francés Emmanuel Gaillard, recientemente fallecido.

Cuando analicemos los casos prácticos, primero me voy a referir a los casos internacionales de laudos que han sido anulados en la sede, pero que se han ejecutado; vamos a analizar tres de ellos o cuatro de ellos, según lo que el tiempo permita. Para después referirnos a los casos venezolanos, que, si bien no son específicamente laudos zombies, sí son casos muy interesantes de ejecución de laudos venezolanos en el extranjero: un caso como el de Castillo Bozo, que es un laudo que se dictó en el Estado de Florida en los Estados Unidos de América y que pretendió anularse su ejecución en territorio estadounidense con un amparo en Venezuela. Entonces, ese va a ser el desarrollo de mi exposición.

Debo decir algo a lo que siempre se refiere James Otis Rodner: el arbitraje es un pacto de caballeros; un pacto de caballeros que supone que se va a cumplir por completo el arbitraje y la ejecución del laudo. Ahora, en un momento, cuando no había muchos arbitrajes, el porcentaje de ejecución voluntaria de los laudos era muy elevado. En la medida que se ha expandido la utilización del arbitraje, en esa misma medida ha aumentado los recursos de nulidad y los problemas de ejecución en el extranjero. Entonces aquí hay una relación que hay que tener en cuenta: los problemas judiciales de recursos de nulidad o de amparo y conflictos procesales en el orden internacional han venido aumentando en la medida que ha aumentado la utilización del arbitraje. Yo no sé si esto es bueno o es malo, pero es un asunto que se está viendo.

Yo soy defensor del arbitraje: creo en el arbitraje y pienso que hay que promoverlo; pero no creo que debemos tener la opinión de que los árbitros son una especie de dioses que no se equivocan. El árbitro es un ser humano, que se puede equivocar y puede acertar. Para el caso de que la parte afectada piense que se ha equivocado, yo no creo que podamos pensar en quitarle a esa parte afectada el derecho a disponer de algún recurso, por eso es que también pienso que esa propuesta que hay de que debe reformarse la Convención de Nueva York para eliminar los recursos de los Estados, eso no lo veo viable.

Un asunto adicional a este marco teórico y al que me tengo que referir, es al estilo de los laudos. Cuando nosotros pensamos que un laudo venezolano (o de cualquier otro país), se quiere ejecutar fuera de ese país, la mejor recomendación que se puede hacer es que esos laudos sean escritos en un buen lenguaje, sean expresados claramente, un estilo gramatical que respete la regla de oro: sujeto verbo y predicado sin montar adjetivos innecesarios y recargarla la prosa con un estilo barroco de meter incisos dentro de los incisos y explicar y explicar lo que ya ha sido explicado.

Emmanuel Gaillard tiene un trabajo fundamental para entender esto, titulado: *Aspectos filosóficos del Derecho del arbitraje internacional*. Este es el libro sobre filosofía del arbitraje (libro importante para entender el concepto del orden jurídico arbitral). Él lo maneja desde un punto de vista filosófico, no jurídico; más de filosofía del Derecho que otra cosa.

Gaillard tiene otro trabajo importante que se llama: «Sociología del arbitraje», donde cuando se refiere al estilo de los laudos excesivamente largos, él lo llama —con un poquito de ironía y de humor—, narcisismo arbitral. Dice: «no hace falta extenderse tanto». Esto es una recomendación fundamental porque entre más claramente expresado esté el laudo, será más fácil su interpretación y su ejecución. Uno de los obstáculos que hay para el reconocimiento de ejecución de laudos anulados en sede en el extranjero (es uno de los obstáculos) es la interpretación múltiple que se

hace de la Convención de Nueva York. Entonces, dicho esto, dentro de este marco teórico, voy a pasar a referirme a los casos que la doctrina extranjera analiza cuando se estudia este tema de los laudos zombies.

El «laudo zombie», nos pone ante un laudo que ha sido anulado en el país donde se dictó ese laudo. Supongamos un laudo que se dictó en Rusia (en Moscú) o en México o en Caracas, que un tribunal ruso o un tribunal mexicano o un tribunal venezolano lo anula como consecuencia un recurso de nulidad. ¿Se puede ejecutar ese laudo fuera?, pues sí, precisamente es lo que se llama un laudo zombie. Bueno, ¿y cómo queda el tema de la soberanía si el país —el Estado soberano— cuyo poder judicial lo anuló no lo deja sin efectos?, ¿no deja sin efectos a este laudo?, ¿cómo entonces es posible que este laudo se pueda ejecutar (como ocurre) en otro país? Hay varias explicaciones. Yo me voy a seguir a una sola, buscando la sencillez de esta exposición, y la propia sencillez que yo he procurado imponerme para poder entender estos temas algo complejos y polémicos.

Hay una cosa definida e impulsada por los franceses, es fundamental (repito), estos dos libros para entenderla porque se llega a ellos sobre la base de un análisis sofisticado, que se llama «el orden jurídico arbitral». Visto así el asunto, hay: «el orden jurisdiccional del Estado» y otra cosa que vive en paralelo que es «el orden jurídico arbitral», que permite entonces, sobre la base de esta noción, que yo ejecute un laudo dictado en Venezuela, donde voy a tener problemas en su ejecución, donde puede tener un problema con recursos que me lo anulen, voy y lo ejecuto fuera. Vamos a ver que esto no es tampoco tan fácil: aquí hay una serie de obstáculos (que ya los vamos a ir viendo con los casos prácticos); una serie de obstáculos difíciles de saltar, que se nos van a presentar sobre todo por la interpretación que se hace por los distintos Estados de la Convención de Nueva York.

Aquí debo hacer un paréntesis, para buscarle una interpretación uniforme a la Convención de Nueva York, nada mejor que leer al profesor holandés Albert van den Berg, que tiene un libro (que vamos a decir es el libro más útil o más recomendado para entender este concepto de «el orden jurídico arbitral»). El título exacto es *The New York Arbitration Convention of 1958*, es la biblia en materia de examinar los criterios de interpretación que deben utilizarse al interpretarse la Convención de Nueva York. Entonces esta es la razón por la cual se pueden ejecutar laudos anulados en la sede.

Ahora bien, voy a analizar los casos ya mencionados por Juan Domingo, y extraer de ahí algunas nociones, unos conceptos abstractos que son los que han servido a estos tribunales: tribunales en Francia, tribunales ingleses y tribunales estadounidenses; que han de permitir la ejecución de esos laudos que han sido anulados en la sede.

El primero es muy citado por la doctrina comparada, el caso de *Yukos Capital vs. Rosneft*. Se trata de aproximadamente cuatro laudos que fueron dictados en Moscú. La empresa Yukos recurrió y los tribunales rusos lo anularon. La empresa acreedora de los laudos se fue a ejecutar estos laudos a Inglaterra, en cuyo territorio pide el reconocimiento; el reconocimiento de una noción previa a la de la ejecución, quiere decir, darle entrada al orden jurídico interno a ese laudo a través del reconocimiento. En el caso venezolano, que en eso tenemos una legislación de avanzada, no hace falta el exequátur. En el caso español, como vamos a ver, cuando examinemos el caso Venfruca, se exige el exequátur. Y aquí ya empezamos a ver los obstáculos, pero una vez que se reconoce, se le da entrada al orden jurídico interno a ese laudo dictado en otro país, se puede ejecutar. En el caso de Yukos, el tribunal inglés autorizó la ejecución del laudo.

Otro caso importante también, o muy referido, es el de *Commisa contra Pemex*, que fue llevado a ejecutar no en un tribunal inglés, ni un tribunal el francés u holandés, donde hay una cultura arbitral de avanzada muy desarrollada, sino un tribunal estadounidense de la ciudad de Nueva York: la Corte del Distrito Sur de Nueva York, en que se presentó el mismo problema de Yukos. Y la respuesta, cambiando lo cambiante, se centra también en la tesis según la cual, para el tribunal estadounidense, el tribunal ruso que anuló el laudo violó nociones básicas de justicia.

Entonces, ya tenemos en este grupo de ejemplos una conclusión que podemos extraer, bueno, hay otros casos que no me voy a extender, que señala la doctrina de laudos dictados en Egipto, laudos dictados en algunos tribunales de África, que han sido ejecutados en un Estado distinto a aquel en el cual se dictó el laudo y se anuló el laudo. No es que es abundante la lista, pero hay una lista mayor a la que yo acabo de mencionar. Y en todos va a aparecer la misma noción de que el tribunal que anuló el laudo en la sede, violó nociones básicas de justicia y también algunos criterios de lo que es el orden público interno del Estado donde se va a ejecutar el laudo.

Entonces, vamos a decir que estos laudos zombies pueden ser ejecutados en eso que se llaman «los paraísos arbitrales», como Francia y Holanda, pudiera pensarse Inglaterra y Estados Unidos, por lo que vamos a ver más adelante. Pero ¿cuál es la idea (además de esta noción francesa) del orden jurídico arbitral?, es la idea de preservar siempre o en la medida que se es posible el laudo arbitral.

Esto pudiera hacernos pensar a nosotros en algo más, que es lo siguiente: se dicta un laudo en un país y el tribunal de ese país anula ese laudo, pero el poder judicial del país que anula el laudo aparece muy mal en los índices que miden el concepto de Estado de derecho. Por ejemplo, si el país que anula el laudo aparece en ese índice en los últimos lugares, o en el caso venezolano, que además ha sido señalado por las Naciones

Unidas recientemente (eso lo sabemos todos porque el poder judicial venezolano pues no es confiable). Entonces aquí hay un serio problema, porque ese laudo que anula ese poder judicial de esa característica tiene un acicate para que el juez extranjero no paralice la ejecución sobre la base de ese recurso de nulidad que ha sido declarado con lugar. Entonces, el prestigio del poder judicial del Estado que anula el laudo, a mi modo de ver, tiene un peso relevante.

Dicho esto, voy a pasar a examinar tres casos venezolanos que no encajan exactamente en la noción del laudo zombie, como lo hemos visto antes, pero son primos hermanos, se le acercan; hay elementos que me hacen pensar a mí que es interesante que yo los explique o los refiera en esta exposición de hoy y los compartan con ustedes.

El primero, es un caso donde el doctor Juan Domingo Alfonzo fue árbitro, no estoy revelando ningún secreto, porque una vez que esto pasa a los niveles de la ejecución o proponen un recurso de nulidad, la confidencialidad desaparece y pasa a ser público, eso es importante destacarlo. No se está violando ningún secreto, esto es público porque fue debatido en un tribunal federal en los Estados Unidos:

El laudo *Roche* es un caso muy interesante; de los más interesantes que hemos vivido en Venezuela, porque fue un laudo que se dictó en rebeldía, es decir, la parte demandada en el arbitraje nunca compareció. Es el caso donde *Roche* y la empresa *IUTUM Services Corporation* celebraron un contrato de compraventa internacional de bienes; de equipos electrónicos, teléfonos, computadoras, etcétera. Roche pagó el precio, IUTUM se comprometió a comprar en USA y a entregar en Venezuela dichos equipos, pero que no se entregaron. IUTUM incumplió el contrato y entonces vino el procedimiento arbitral en Venezuela, en rebeldía, y se condenó a IUTUM con un laudo arbitral. Este laudo arbitral no fue recurrido y Roche se fue al Estado de Florida a ejecutar su laudo. Cuando pide el reconocimiento del laudo (y esto es lo interesante), aparece el director de IUTUM, que es el señor Guarino. Este señor Guarino alega lo que se alega siempre: violaciones al orden público, porque le habían violado el derecho a la defensa. Esto es, vamos a decir, un alegato macro que siempre se va a invocar.

Es uno de los problemas que tiene la interpretación de la Convención de Nueva York. Ya lo dije antes, lo estoy repitiendo: que entonces empieza a haber un debate sobre qué es el orden público. Yo les puedo decir más o menos qué aprendí en la universidad, que el profesor de procesal que yo tenía, que era el doctor Leopoldo Márquez Añez, siempre se apoyaba en la noción del civilista italiano Emilio Betti: son todas aquellas normas que cristalicen en torno a ellas conductas de observancia incondicional.

Algunos hicieron una lista de cuáles eran esas nociones que encajaban entre esta definición de lo que es el orden público. Pero los efectos de la Convención de Nueva York, pues, cada juez, cada Estado, va a ver esto de una manera distinta unos de otros. Entonces el señor Guarino no es un caso aparte: invoca violaciones al orden público porque no se le respetó el derecho a la defensa porque él no se defendió. Roche dice: bueno, no te defendiste porque te notificamos de todas las formas habidas y por haber y no apareciste, vienes a aparecer ahora y haces este alegato. Esto se discute en el tribunal de Miami, un tribunal federal, y el tribunal federal consideró que no se había violado ningún orden público, según la visión de la juez que dictaminó y ordenó la ejecución. Entonces esto es interesante porque Roche había solicitado la ejecución forzosa de ese laudo en Miami. Repito: el señor Guarino se opone a la ejecución, pero el tribunal de primera instancia confirmó la validez del laudo venezolano y su ejecución forzosa, con lo cual fue confirmado por la apelación. Se ejecutó. Un caso interesante, donde se discutió el concepto de orden público en un caso de un juicio en rebeldía.

Otro caso, también venezolano, que es distinto al de Roche, es el caso de *Venfruca*. Éste se tramitó en la en la Cámara de Comercio de Caracas. La Cámara de Comercio de Caracas dicta su laudo, este laudo fue recurrido en nulidad y fue declarada sin lugar por falta de caución suficiente y eficaz. En este laudo se condena a *Pacific Sky Corporation* (una empresa española, constituida y domiciliada en Madrid) a pagar una suma de dinero. Y aquí empieza a ponerse en evidencia el problema de lo difícil que es la interpretación de la Convención de Nueva York y los obstáculos que se presentan y que se pueden presentar cuando vamos a pedir el reconocimiento y la ejecución de un laudo.

Entonces, este caso venezolano se le pide a Diana Trías, la excelente secretaria ejecutiva del Centro de Arbitraje que certifique el laudo. Se certifica y se van los abogados a ejecutar el laudo en un Tribunal Superior de Madrid. Entonces la sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en Madrid lo inadmitió, porque en lugar de la certificación de Diana Trías, se necesitaba una certificación con apostilla, todo esto fundamentado en la interpretación que hizo este Tribunal Superior de Madrid del artículo 4 de la Convención de Nueva York. Los abogados de *Venfruca* cumplen con esta exigencia, regresan a Caracas, certifican el laudo con un notario y tramitan su apostilla y se regresan al Tribunal Superior de Madrid y lo consignan.

El tribunal de Madrid le dice: no, tú tenías que haber consignado ese recaudo en el momento de solicitar el reconocimiento. Entonces, se tienen que retirar todos estos requisitos y volver a pedir el reconocimiento a través del exequátur y la ejecución de este laudo. Aquí observamos una cosa muy interesante: el Tribunal de Madrid tiene una visión muy

burocrática al momento de interpretar el artículo 4 de la Convención de Nueva York, no voy a gastar mi tiempo leyéndolo, pero ustedes lo pueden consultar, y por ninguna parte este artículo habla de apostilla, eso es una exigencia sobrevenida, pero se cumplió con la apostilla; se vuelve a presentar, y estamos en este momento, hasta la información que yo tengo (y que la tengo gracias a que Luis Ernesto Rodríguez, que es uno de los abogados que está llevando esto, yo lo llamo constantemente para que él me expliquen cuál es la situación, cómo avanza este caso), la situación es que en este momento ya fue admitido y están esperando decisión. Está en el proceso de notificación de la parte deudora del laudo, esa es la etapa que seguiría actualmente.

Pero, ¿qué se aprende de ahí? De esto se aprende el tema que la ejecución del laudo va a depender del criterio de los jueces del lugar de la jurisdicción, y de su manera de interpretar la Convención de Nueva York.

Otros recursos se han propuesto también por abogados defensores del arbitraje en España contra este tribunal y otra Corte Superior han prosperado, entonces se está creando, por la vía de la justicia constitucional, un buen ambiente en España para que estas cosas se hagan conforme a como se están haciendo en otros países, sin tantas trabas burocráticas, tantas trabas administrativas que se han puesto; no jurídicas, sino trámites burocráticos es lo que ha obstaculizado enormemente el caso de *Venfruca* y que es uno de los problemas que se presentan cuando se va a ejecutar un laudo en el exterior, sobre todo si es un laudo anulado con la interpretación que va a hacer el juez local de la Convención de Nueva York y de la noción de orden público.

Aquí yo quisiera compartir una pregunta con ustedes. El caso de *Venfruca* (a diferencia de los casos que refería en principio) no fue anulado en la sede, se propuso un recurso de nulidad, pero fue desestimado por falta de caución. Pero pregunto lo siguiente: ¿cómo habría sido la interpretación del Tribunal Español (estoy especulando) si este caso hubiere sido anulado en la sede? Bueno, lo más cercano que tenemos es que aquí se expusieron todas estas trabas pese a que no hubo ninguna nulidad; yo me pregunto: ¿qué trabas habrían puesto si este caso hubiese sido anulado?, lo dejo simplemente para la especulación y la discusión de cada cual, no es lo que ocurrió. Ya que por fortuna esto ha asumido un ritmo, que parece que es el ritmo que ha debido tomar desde el principio.

Finalmente, otro caso también muy interesante, porque es venezolano. En este caso pues, yo lo conozco bien, porque yo participé acá como abogado, es el caso siguiente: el caso de *Castillo Boza*.

Es un grupo financiero donde había tres hermanos que eran los accionistas: Leopoldo con el 50%, Gabriel y Juan José, cada uno con el 25%. Uno de ellos (Juan José) se separa, propone una demanda arbitral en un

tribunal en la ciudad de Miami con reglas procesales de la triple A y con reglas de derecho sustantivo de la legislación del orden jurídico del Estado de Florida. Tenemos un arbitraje con procedimiento triple A (*American Arbitration Association*) y derecho sustantivo de las leyes de Florida. El hecho es que se tramita el procedimiento arbitral y se produce un laudo y el acreedor del laudo lo va a ejecutar. No se propone un recurso en territorio americano, sino que se propone (y esto es lo más interesante de todo) un amparo en Venezuela contra la ejecución del laudo en el Estado de Florida. Y el tribunal venezolano, el Tribunal Superior Primero, dictó una sentencia en la cual, invocando el orden público, señala que se violaron unas normas de orden público porque había unos bancos de por medio, se tenía que haber notificado a la Procuraduría, a la Superintendencia de Bancos, etcétera. Se tenía que haber cumplido una serie de trámites burocráticos y administrativos que no se cumplieron, entonces declara la nulidad del laudo y dice que este laudo no se puede ejecutar en ninguna parte, al amparo de la jurisdicción universal. Esa es la decisión.

Bueno, se llevan su amparo a los Estados Unidos y los jueces no pararon la ejecución, hicieron caso omiso de esta sentencia. Y vuelven los mismos razonamientos que se utilizaron sobre los casos de *Yukos* y de *Commisa*, la noción de orden público que tiene el juez norteamericano y la violación de nociones básicas de justicia en las que incurrió el tribunal venezolano al hacer esto que hizo. Entonces, no es que se declara la nulidad en la sede, sino que un tribunal distinto al de la sede, a través (en este caso) de un amparo, pretende anular un laudo, pero los tribunales norteamericanos no le hicieron caso a esto.

Conclusiones: el asunto de la ejecución de laudos anulados en la sede en el extranjero pasa por la interpretación que se hace de la Convención de Nueva York, en primer lugar. En segundo lugar, se presentan una serie de obstáculos derivados de esas posibles distintas interpretaciones.

Otro obstáculo es la comprensión que se tiene de lo que es el orden público por cada juez. La idea que hay detrás de esto siempre es interpretar el arbitraje bajo el principio pro arbitraje. Se debe favorecer siempre aquella interpretación que facilite la ejecución, porque un arbitraje que no puede ser ejecutado, no es arbitraje.

El arbitraje, como las sentencias judiciales que no se pueden ejecutar, pues, pierden la esencia de lo que es una sentencia, de lo que es un laudo. Y para la ejecución de laudos anulados en la sede, siempre va a tener mucho peso la credibilidad y el prestigio que tiene el poder judicial del país que anula el laudo por la vía de los recursos correspondientes que señala cada Estado.

XIII ENCUENTRO AVEDA: ÉTICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Román Duque Corredor

Fecha: 26 de noviembre de 2021

He denominado mi exposición «Ética y Derecho administrativo», y no «Ética Pública y Derecho administrativo», porque siempre me había preguntado por qué al vincularse al Derecho administrativo se califica la ética de pública, cuando de lo que se trata es de la ética como la acción normativa y de la actividad administrativa inspirada en valores que no son públicos o privados, como los valores éticos.

Reconozco que cuando se habla de ética pública se quiere hacer referencia al tema de la ética de los funcionarios y empleados públicos. Pero en este caso quisiera abordar la ética y el derecho administrativo como los valores y principios que deben servir de inspiración a la acción administrativa, dentro del concepto de la ética constitucional y la ética del servicio público y no como ética pública en general. Lo cual implica conducta correcta y responsabilidad, pero también axiología en la valoración en la normativa administrativa y en su aplicación.

Baste señalar que de por sí «desviación de poder», «abuso de poder» y «falso supuesto», son categorías jurídicas de conductas administrativas antiéticas. E incluso, podría preguntarse ¿qué atractivo puede tener este tema cuando en la opinión pública priva el interés por el resultado de las elecciones regionales? Pues, también en esta materia, por ejemplo, existe un principio propio que en esta exposición llamaré «ética de la función administrativa», cual es el de «integridad electoral», que impone al Poder Electoral Administrativo en el ejercicio de su función la transparencia y la eficiencia de los procesos electorales, la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional, que son derechos fundamentales. Por lo que también, por ejemplo, los abusos de los poderes y del uso de los bienes y recursos del Estado y del control de la comunicación en favor de los candidatos oficialistas, o el ventajismo electoral, que denuncia en su Informe del 23 de noviembre de este año la Misión de Observación Electoral de la Unión Europea en la República Bolivariana de Venezuela, son desviación de poder, es decir, violación de la ética de la función administrativa.

Dentro de las diferentes posiciones yo me inclino por «*ética administrativa*» o «*ética de la función administrativa*». Ello porque se trata del respeto a 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, que el artículo 2 de la Constitución considera valores superiores de todo ordenamiento jurídico y de toda actuación pública. Y porque se refiere al comportamiento de la Administración Pública como poder del Estado, en la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución, que según su artículo 3, son fines esenciales del Estado.

En concreto, en mi criterio «*ética administrativa*» o «*ética de la función administrativa*», es la actuación del Estado en función administrativa normativa, interpretativa y ejecutiva, conforme los valores superiores del ordenamiento jurídico, los fines esenciales del Estado y los principios de la Administración Pública como servicio al ciudadano.

Por tanto, la actividad administrativa, por ejemplo, antidemocrática, restrictiva y violatoria de los derechos humanos, que ideologice la normativa y la organización de la Administración Pública, que practique la exclusión política; y que limite el desarrollo de la persona y que irrespete su dignidad, es contraria a la «*ética administrativa*» o «*ética de la función administrativa*». Y, por otro lado, la honestidad, la participación, la celeridad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública y el sometimiento pleno a la ley y al derecho, a que se contrae el artículo 141 de la Constitución, son principios de la deontología funcional y del servicio público, que a mi juicio se integran en el concepto de la «*ética administrativa*» o «*ética de la función administrativa*». Al igual que el principio de la integridad electoral, a que se contrae el artículo 293 constitucional.

Vale la pena señalar que, según estos principios, por ejemplo, la legalidad, o sometimiento pleno a la ley y al derecho, además de presupuestos de la legitimidad y de la legalidad, son principios de esa ética administrativa. Al igual que los principios de la celeridad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública. Igualmente que en la actividad administrativa electoral, son principios éticos, a los que se contrae el artículo 293 de la Constitución, la igualdad, la confiabilidad, la imparcialidad, la transparencia y eficiencia de los procesos electorales, la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional, que vienen a ser el desarrollo de los valores de 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, contemplados en el artículo 2 de la misma Constitución.

En este orden de ideas, la Ley Orgánica de la Administración Pública, en su artículo 10 incorpora dentro de los principios que rigen la actividad de la Administración Pública la honestidad, la transparencia y la buena fe, que son propios de la moral y de la ética. Y la Ley de Juramento Público, por cierto, promulgada recientemente, establece que toda persona antes de ingresar al ejercicio de una función pública debe jurar cumplir y hacer cumplir, no sólo la Constitución y la Ley, sino también ejercer sus deberes y responsabilidades con honestidad, lealtad, eficacia, eficiencia y transparencia, que son principios éticos.

Conforme esta orientación quizás más filosófica que positivista, la desviación de poder; los daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración y por la prestación de servicios públicos; y la lesión a las situaciones jurídicas subjetivas por la actividad administrativa; además de ser motivos del control de la legitimidad y legalidad de la Administración Pública, por el contencioso administrativo, conforme el artículo 259 de la Constitución, son también conductas contrarias a la «*ética administrativa*» o «*ética de la función administrativa*», conforme a la interpretación axiológica que le atribuyó a los valores y principios exigidos constitucional y legalmente a la Administración Pública para el ejercicio legítimo de su función administrativa.

Baste recordar la célebre definición de desviación de poder de Hauriou, como el uso de la autoridad con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del fin del servicio. Definición esta que el Consejo de Estado francés y su doctrina, incorporó al concepto del «exceso de poder» como la garantía de la más pulcra juridicidad y al fomento de la moralización de la actividad administrativa, en favor de los intereses colectivos y de los administrados, como lo asienta el catedrático Enrique Martínez Useros¹.

En efecto, la desviación de poder, como exceso, es un análisis de la conducta y de la intención de la Administración Pública, puesto que en parte de la doctrina y la jurisprudencia se llegó a superar su restricción del control de la estricta legalidad o de un vicio de legalidad estricta, al comprenderse en este control también la moralidad o ética administrativa. Incluso el mismo Hauriou consideraba que la desviación de poder sometía a la Administración a un control de moralidad. Por lo que, por ejemplo, el acto administrativo viciado por desviación de poder no es solo

¹ MARTÍNEZ USEROS, Enrique, "Desviación de poder", en *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XIV, Núm. 1-2, 2010, pp. 6-65. Disponible en: <https://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/103271/98251>

ilegal sino contrario a la moralidad administrativa. Tesis esta que fue desarrollada en el derecho español por Álvarez Gendín, y el Tribunal Supremo de España en algunas de sus sentencias en las que considera desviación del poder como «*el cauce ético del que se aparta la Administración*», o de «*la esfera de la ética*»: o «*el medio de moralizar la acción administrativa*»: o «*el plano superior al de la legalidad al que la desviación de poder pertenece*». Sin embargo, otra doctrina, como el criterio de Martín Retortillo, García de Enterría y Santamaría, considera que el plano auténtico de la desviación del poder es el de la estricta legalidad, y también, en España los tribunales contencioso administrativos han sido reticentes en acoger este vicio como motivo antiético.

Por mi parte, sin mayor pretensión de un autor administrativista, considero que conforme los artículos 2, 3 y 141, de la Constitución, que, como un exceso por encima de los principios de la celeridad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública; y de los valores axiológicos del Estado democrático de derecho; es posible considerar la desviación de poder como un medio de moralizar la acción administrativa. Pero, sin llegar a afirmar que toda desviación de poder siempre es dolosa o inmoral, puesto que debe aparecer debidamente demostrada que bajo la apariencia de un acto administrativo puede estar la mala fe o un interés personal del funcionario; o un interés ideológico, sectarismo político o antidemocrático de la Administración. Por tanto, considero que, en el derecho administrativo venezolano, en razón de la axiología constitucional, la desviación de poder no tiene sólo un sentido puramente institucional. Porque en mi criterio, los valores axiológicos constitucionales y los principios de la «*ética administrativa*» o «*ética de la función administrativa*», los introdujo el constituyente en la Constitución no sólo contra la corrupción sino contra las distintas actitudes antiéticas de los poderes públicos para responsabilizar a los funcionarios públicos, sino también para «revitalizar a las instituciones públicas»².

Particularmente, en estos actos antiéticos de desviación de poder, además de los referentes a la animosidad o enemistad o de venganza del funcionario, también cabe incluir los excesos de las potestades discrecionales, por ejemplo, reglamentaria o de coacción o de restricción, o de requisas o aseguramiento u ocupación de bienes o propiedades, por motivos políticos o discriminatorios o de favorecimiento de ideologías. Evidentemente, que aparte de lo formal e institucional, lo subjetivo o intencional, propio de la ética, es también desviación de poder, por lo que como lo dice la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en sus

² BAUTISTA, Oscar. *La Ética y la Corrupción en la Política y la Administración Pública*. Trabajo de Maestría. España: Universidad Internacional de Andalucía, 2006, 165 p. Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/7816/1/tesis-maestría_2.pdf

sentencia del 26 de marzo de 1999 y del 25 de septiembre del 2007, respectivamente:

...la determinación de la desviación de poder en la que presuntamente ha incurrido un funcionario público es una tarea que requiere mucho cuidado, pues, en ese proceso valorativo no sólo deben examinarse elementos objetivos o concretos que obran en el proceso, sino también, el elemento subjetivo relativo a la conducta o proceder del funcionario público de que se trate. La valoración conjunta de ambos elementos es lo que puede llevar al juzgador a comprobar si se ha incurrido o no en desviación de poder³.

La constitucionalización del derecho administrativo, en mi concepto, permite superar las críticas al positivismo jurídico que considera que las conexiones entre la ética y el derecho no son determinantes de su validez⁴, porque incorporó un mínimo aceptado de principios y valores morales al derecho positivo⁵. Y porque, como afirma José Luis Martínez López-Muñiz:

...el *mínimum ético* exigido desde el iusnaturalismo al Derecho se corresponde, desde esta perspectiva, con el debido respeto a los derechos fundamentales. Ello supone que, en un Estado de Derecho, la protección de la ética pública coincide en gran medida con la debida tutela del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales⁶.

Por tanto, ética administrativa, es la inclusión en lo público de los valores morales y del principio de orientación de la Administración al servicio de los ciudadanos y de los intereses generales, que ya están incorporados en la Constitución. Y de los principios de la honestidad, transparencia y buena fe que deben regir la actividad de la Administración Pública según la Ley Orgánica que la regula y que los funcionarios administrativos juran cumplir antes de ingresar a sus cargos.

En concreto, lo que pretendo señalar es que en razón de la inescindible relación entre derecho y ética; y dado que lo ético está mucho más allá de las normas; el análisis de la función administrativa, por la constitucionalización de valores superiores del ordenamiento jurídico, de fines esenciales del Estado y de principios del servicio público, no puede reducirse

³ Gaceta Oficial Digital No 26199, viernes 9 de enero de 2009, pág. 10. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/26199/14125.pdf>

⁴ Ver, en este orden de ideas, DARNACULLETA i GARDELLA, María Mercè, "Ética Pública y Derecho Administrativo en la era de la *posverdad*", en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, Núm. 1, 2020, pp. 41-73.

⁵ PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1986, 173 p., citado por DARNACULLETA i GARDELLA, María Mercè, "Ética Pública y Derecho Administrativo en la era de la *posverdad*", *op. cit.*, p. 46.

⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "La moralidad pública como límite de las libertades públicas", en VVAA, *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Vol. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, pp. 1003-1021, citado por DARNACULLETA i GARDELLA, María Mercè, "Ética Pública y Derecho Administrativo en la era de la *posverdad*", *op. cit.*, p. 46.

a un simple análisis de legalidad. En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado colombiano, en sentencia del 30 de agosto de 2007, ha establecido que, «en un acto administrativo, la observancia de las normas jurídicas, en su mayoría portadoras de valores morales, es una buena herramienta para identificar el contenido concreto de la moral administrativa». Y por ello, ha considerado que las conductas de mala fe, irregularidades, fraude a la ley, corrupción, desviación de poder, etc., son un desarrollo de conceptos morales, que además se encuentran consagradas en el ordenamiento jurídico⁷. Ello es mucho más relevante cuando esos conceptos o valores se establecen en protección de derechos como la libertad, la democracia, de la vida, la igualdad, el pluralismo y la preminencia de los derechos humanos. Por ello, por ejemplo, alguna Constitución como la colombiana, contempla como un derecho colectivo una acción popular de cualquier persona para la defensa específica de la moralidad administrativa, que se consagra en su artículo 88⁸.

En concreto, lo que he querido expresar, que espero haberlo podido hacer, es el planteamiento que, consagrado en el artículo 2, de la Constitución, en concordancia con sus artículos 141 y 293, dentro del concepto de Estado democrático y social de derecho, la ética como un valor superior del ordenamiento jurídico nacional; como lo establece el Consejo de Estado colombiano, en sentencia del 17 de junio de 2001, citando la Corte Constitucional, impone para el derecho administrativo como manera de su interpretación «una disminución de la importancia sacramental del texto legal, pues, “el Estado de Derecho es (...) bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supraleales y de su valor vinculante directo”»⁹.

Y, finalmente, para concluir, debo precisar que la ética, concretamente, la ética administrativa o la ética de la función administrativa, como valor y principio constitucional, es de textura abierta, en el sentido que no existe un único y definitivo concepto de ambos principios, si acaso pudiera decirse que es un concepto jurídico indeterminado, por lo que corresponde a la jurisprudencia decantarlo a través de los criterios de desviación de poder, entre otros, a partir de la aplicación en cada caso concreto de principios hermenéuticos y hasta de sana crítica. Labor nada

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación: 2003-00013. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 1º octubre de 2008, radicación: AP25000-23-26-000-2004-01856-01.

⁸ Sobre estos temas ver, ARANGO BETANCUR, Sofía y OCHOA SERNA, María Adelaida, El concepto de moralidad administrativa en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado. Medellín: Universidad EAFIT, 2011, 131 p. Disponible en: <https://repository.eafit.edu.co/xmlui/handle/10784/12060>

⁹ Sentencia proferida el 17 de junio de 2001, Sentencia de la Corte Constitucional T-406 de 1992, citada por SOFIA ARANGO BETANCUR MARÍA ADELAIDA OCHOA SERNA, en su trabajo antes mencionado.

fácil cuando la jurisdicción contencioso administrativa rinde veneración al poder del Estado, en razón de la independencia que debe tener el juzgador sobre la valoración y el análisis del principio de la ética administrativa, puesto que ha de ser concretado en cada caso, lo que implica el juicio de actuaciones y de las valoraciones sobre su conveniencia, oportunidad y proporcionalidad que corresponde realizar al administrador, y de las finalidades que debe perseguir con su actuación y de los derechos que debe proteger y no eliminar o restringir. Así como del análisis de la prescindencia de las tendencias políticas, sociales, éticas y morales en la función administrativa.

Por tanto, y con esto concluyo, estimo que al definir la moralidad y la ética administrativa de manera absoluta, conforme a un plan ideológico o patriótico o de la patria o de la revolución; o mediante el abuso de los poderes, bienes y recursos para fines electorales, o de ventajismo electoral; no solo se atenta contra los principios de justicia y equidad, sino que, además, se atenta contra los valores de la democracia y el pluralismo que deben orientar el actuar ético jurídico de la Administración Pública, conforme los artículos 2 y 3, de la Constitución.

SEMINARIOS Y CONFERENCIAS

CONFERENCIA: FUNDACIÓN Y ACTIVIDAD DE AVEDA, A PROPÓSITO DE SU ANIVERSARIO

José Rafael Belandria

Fecha: 28 de mayo de 2021

El día de hoy, mi interés y mi objetivo es dictar una exposición o una conferencia que lleva por título «Fundación y evolución de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo a propósito de su aniversario», y ello obedece, por un lado, a que durante el presente mes, el pasado 17 de mayo del presente año 2021, se cumplió un aniversario de la constitución de la Asociación, específicamente el aniversario número 53 de la constitución de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo; y, por otro lado, obedece también a un trabajo de mi autoría que está publicado en el número 17-19 de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (la REDAV) que lleva por título la «Asociación Venezolana de Derecho Administrativo». En ese trabajo se hace una exposición sobre los orígenes, fundación, evolución y actividad a la fecha de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

Debo decir que, para redactar ese trabajo, fundamentalmente, por un lado, hice una investigación con base en documentos y en las actas de la Asociación. En primer lugar: la propia acta constitutiva, los documentos que se han elaborado después, el documento constitutivo estatutario que modificó esa acta constitutiva y también documentos o trabajos de investigación que están publicados en revistas venezolanas, como por ejemplo un trabajo que está publicado en la Revista de Derecho Administrativo, de editorial Sherwood; y también otros trabajos que han sido publicados con anterioridad.

Para redactar este trabajo me basé en la experiencia, en el conocimiento hasta donde yo poseo sobre esa evolución de la Asociación y por la participación, en mi condición de miembro ordinario, que he tenido en la misma.

He de empezar por señalar que para el día 17 de mayo de 1968, bajo el nombre de Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, se constituyó esta Asociación. La constitución de la misma fue producto de la iniciativa de un conjunto de destacados juristas, de eminentes juristas, profesores de derecho administrativo, todos o la mayoría de ellos profesores para la fecha de derecho administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

La Asociación se constituyó, de acuerdo con el acta constitutiva, en la Biblioteca Central de la Universidad Central de Venezuela en la Ciudad Universitaria de Caracas. En esa constitución participaron específicamente 13 destacados juristas. De acuerdo con el acto, en el acta se estableció que la Asociación tendría un consejo directivo formado por un presidente, tres vocales y un secretario. Para ese primer consejo directivo, este quedó integrado por: el profesor Antonio Molles Caubet como presidente; los profesores Eloy Lares Martínez, Tomás Polanco Alcántara y Gonzalo Pérez Luciani como vocales; y el profesor Allan Brewer-Carías como secretario. Luego esta acta se inscribió, más adelante (a comienzos de 1969), en la oficina de registro público.

Es útil distinguir, y, sobre todo, el punto de vista histórico de estos momentos históricos, que, por una parte, en primer lugar, se encuentra la manifestación de voluntad para constituir la Asociación, que eso ocurrió el 17 de mayo de 1968, por otro lado, se encuentra lo que fue la inscripción del documento constitutivo estatutario en la oficina de Registro Público y con lo cual la Asociación adquirió la personalidad jurídica. En ese sentido, creo que para los efectos de celebrar el aniversario de constitución de la Asociación, ciertamente se debe tomar que es en mayo de 1968, que es cuando se manifiesta la voluntad y se decide la constitución de la Asociación.

Además, para situar esto en un contexto histórico, quiero hacer una breve referencia: la constitución de la Asociación coincidió (de manera distante territorialmente) con el célebre mayo francés de 1968, que a pesar de obedecer a circunstancias muy distintas, creo que fue el contexto internacional; y desde el punto de vista nacional, esos años de 1968 y 1969, guardan relación desde un punto de vista político, jurídico y social, con la elección del doctor Rafael Caldera como presidente de la República, se producía un cambio de gobierno, una entrega del gobierno de una tendencia política a otra.

De esta manera yo creo que es un aspecto que es interesante destacar desde el punto de vista de la institucionalidad y desde el punto de vista de las condiciones del país para la época para finales de los años 60. A partir de ese momento se inicia la actividad de la Asociación y se extiende por varios lustros y por varias décadas durante el siglo XX, hasta lo que podemos situar como un primer periodo, hasta finales de ese siglo.

Aquí creo que cabe preguntarse ¿cuáles fueron las actividades de la Asociación durante este periodo? De acuerdo con la documentación y con la investigación que realicé y que consta en el trabajo, en este periodo sirvió como epicentro a la Asociación, el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela dado que, como dije, buena parte de los miembros eran, para ese momento, profesores de derecho administrativo en la Universidad Central de Venezuela. En esa época se realizaron

actividades fundamentalmente de análisis y difusión del derecho administrativo: jornadas, seminarios, encuentros, congresos, algunos de ellos a título propio de la Asociación, y otros en coordinación o en coparticipación con el mencionado Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela.

A finales del siglo XX, y con los comienzos del nuevo siglo, en este proceso de evolución podemos distinguir un nuevo periodo, y ese nuevo periodo de la Asociación empieza en el año 2000, en la medida en que el día 12 de julio del 2000 se convocó y se celebró una reunión extraordinaria de la Asamblea General de la Asociación, esa reunión marcó unos cambios estructurales en la Asociación, me explico: el objeto de esta reunión fue con un triple propósito:

1. En primer lugar: aprobar un nuevo documento constitutivo estatutario.
2. En segundo lugar: dar una nueva denominación a la Asociación.
3. En tercer lugar: elegir un nuevo Consejo Directivo. A esto debo agregar que, en el contexto de la elección de un nuevo Consejo Directivo, se incorporaron a la Asociación, como ya explicaré, nuevos miembros ordinarios, específicamente veintidós abogados especialistas en derecho administrativo se incorporaron en esa fecha a la Asociación.

En esta reunión de la Asamblea General extraordinaria que se celebró en esa oportunidad, en efecto se aprobaron unos nuevos estatutos para la Asociación, un nuevo documento constitutivo estatutario (o unos nuevos estatutos, específicamente) para la Asociación que son los que se encuentran en vigor. La Asociación pasó a denominarse Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, pudiendo ser nombrada por sus siglas de AVEDA como se le conoce hoy en día. Y, en efecto, se eligió un nuevo Consejo Directivo.

En relación con el comienzo de este periodo y con esas actividades que se hicieron para ese momento, me gustaría señalar o mencionar dos aspectos: en primer lugar, destacar la elaboración de esos estatutos, que, para ese momento la participación que seguramente tuvieron varios miembros de la Asociación (miembros ordinarios, miembros fundadores) en la redacción de ese documento, pues yo creo que la importancia que eso reviste, que seguramente eso se hizo durante los meses previos del año 2000 o incluso, también, probablemente durante los meses del año 1999. Entonces, destacar eso. Y que es, como dije, el documento constitutivo estatutario que se encuentra vigente.

Además de eso, señalar o mencionar, como dije, para ese momento se incorporó un grupo de abogados especialistas en derecho administrativo

a la Asociación. Me gustaría detenerme por un momento y explicar mi opinión desde un punto de vista histórico: ¿qué implicaciones tiene esto?:

Generalmente, cuando se estudia la enseñanza del derecho administrativo en Venezuela y también cuando se explica en las aulas, se establecen varias etapas, y entre esas etapas, ya entrado el siglo XX, después de la segunda mitad del siglo XX, se habla de la importancia (tanto en la enseñanza del derecho administrativo, como en la evolución del derecho administrativo) de la labor jurisprudencial, específicamente en la actividad jurisprudencial de la jurisdicción contencioso-administrativa a través de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo durante la década de los años 80 y 90 del siglo XX.

A esto también debo agregar, durante ese período, la creación de los posgrados en Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Central de Venezuela. Entonces la incorporación de estos miembros ordinarios en ese momento, en el año 2000, a la Asociación, creo que guarda relación con esos eventos que acabo de mencionar.

En este sentido, esos miembros ordinarios que se incorporaron a la Asociación en ese momento, se trataron de abogados cualificados o abogados muy cualificados que eran para ese momento, magistrados o venían de ser magistrados en la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia o en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo; abogados que forman parte de despachos de abogados; muchos de ellos también con obra propia; obra en materia de responsabilidad patrimonial del Estado; en materia amparo constitucional; en materia de competencias como una de las técnicas de la organización administrativa. Entonces, ese fue el contexto de la incorporación de esos abogados, y a partir de este momento, la Asociación comienza lo que he considerado como un nuevo periodo, y ese período se extiende de igual modo por los lustros siguientes.

En este período cabe preguntarse ¿qué actividades se hicieron en la Asociación? En primer lugar, puedo mencionar que se publicaron libros colectivos, por ejemplo: uno de ellos es un libro homenaje al profesor Eloy Lares Martínez en el año 2014 con motivo de los 100 años de su natalicio. De igual modo, la Asociación participó en procesos jurídicos relevantes para el derecho administrativo. También, durante este período, se organizaron y se dictaron actividades de tipo científico, como por ejemplo seminarios, conferencias, charlas para la discusión del derecho administrativo.

Continuando con la evolución de la Asociación, luego es posible distinguir un siguiente momento importante, y esto ocurre en el año 2017.

Aquí, en mi opinión, se inicia un siguiente período de la Asociación, y es que, en efecto, el día 7 de julio de 2017 se convocó y se celebró una reunión de la asamblea general extraordinaria de la Asociación con el propósito de elegir un nuevo Consejo Directivo. En relación con esta situación y con esa fecha, me gustaría detenerme para hacer unas consideraciones o expresar algunas opiniones en relación con el contexto.

Bueno, en primer lugar, la convocatoria y la realización de esta Asamblea General extraordinaria, sin duda fue el trabajo de meses previos. Desde los comienzos de ese año 2017 e incluso, probablemente en el primer semestre del 2016 se empezaron a realizar actividades con el propósito de convocar esta Asamblea y con el propósito de realizar esta actividad. Es probable que con anterioridad ya se viniera haciendo, pero como digo, el conocimiento que yo tengo es que al menos desde el año 2017 se empezaron a hacer actividades de distintos tipos, actividades de carácter administrativo con el propósito de colocar algunos asuntos al día o con el propósito finalmente de celebrar esta asamblea.

Un segundo elemento es que, como se sabe, en el año 2017, a partir de principios de abril hasta finales de julio o principios de agosto de ese año, el país vivió un ciclo de manifestaciones y de protestas que obedecieron a la severa crisis política, jurídica, social y económica que el país atraviesa desde hace varios años. Además de eso, un ciclo de manifestaciones en donde por un lado había dificultades para movilizarse, cosa que tuvo también impacto en el mobiliario urbano; y, por otro lado, esas manifestaciones experimentaron represión policial e incluso violaciones de derechos. Sin embargo, a pesar de las adversidades, en ese momento se celebró esa reunión con el propósito de seguir adelante con las actividades y proyectos de la Asociación, y entonces, a partir de este nuevo período, comenzó lo que en mi opinión ha sido una nueva etapa de proyectos y actividades de la Asociación que es perceptible a lo interno y a lo externo de ella.

A esto debo agregar que, con sus congéneres, es decir, con otras asociaciones, otras asociaciones similares de derecho, ha ocurrido un fenómeno similar. También, a partir de estas fechas, como puedo mencionar, a modo de ejemplo, como el caso de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario que siempre ha sido muy activa; o la Asociación Venezolana de Arbitraje; o inclusive la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil que se creó en ese año de 2017. Como dije, a partir de este momento es evidente que se ha incrementado la actividad de las asociaciones jurídicas.

Luego puedo identificar una siguiente etapa en la medida en que para el 8 de noviembre de 2019 nuevamente se convoca y se celebra una reunión de la Asamblea General extraordinaria de la Asociación con el propósito de elegir un nuevo consejo directivo. En efecto, en esta ocasión se elige ese Consejo Directivo que es el cuarto que ha tenido la Asociación,

es el actual que es presidido por el profesor Juan Domingo Alfonzo Paradisi (que es el anfitrión del día de hoy). Desde la constitución de la Asociación hasta el día de hoy, han sido presidentes de la misma los profesores Antonio Moles Caubet, Belén Ramírez Landaeta, Freddy Orlando y Juan Domingo Alfonzo Paradisi.

De cuanto he dicho hasta ahora, y ya situado en la época actual, debo señalar que la Asociación, sin duda, es producto de la actividad y es producto del aporte y el esfuerzo de muchas personas al tratarse de una manifestación y un ejercicio del derecho de asociación.

En este sentido, me gustaría señalar esa participación que ha habido de distintos miembros (fundadores y ordinarios), y en ese sentido, como consta en el documento constitutivo estatutario, también como con otros documentos en investigaciones que se han hecho, creo que, en primer lugar, la Asociación es producto, sin duda, del liderazgo científico, el liderazgo docente e investigador, y el magisterio del profesor Allan Brewer-Carías. De igual modo, a partir de los años siguientes, yo creo que también se debe mencionar el Consejo Directivo que se eligió en ese año 2000; también creo que debo mencionar el aporte invaluable de la doctora Belén Ramírez Landaeta, que fue presidenta de ese Consejo Directivo, incluso en los dos últimos años, pues desde la gestión, cuando se produjo el cambio, incluso también la propia doctora Ramírez realizó e impulsó muchas actividades más allá de las típicas de las presidencias, incluso actividades administrativas con lo cual eso denota el esfuerzo.

El trabajo que también es merecedor de mencionar, en ese año 2017, haber asumido las riendas de la Asociación los profesores Freddy Orlando y Daniela Urosa Maggi, y con el Consejo Directivo que se formó en ese momento. Y ya hoy en día, de igual modo debo mencionar estar al frente de la Asociación los profesores Juan Domingo Alfonzo Paradisi y Antonio Silva Aranguren.

Además de esto, sin duda corro el riesgo de dejar personas por fuera que han aportado a la Asociación, que seguro han hecho mucho y muchas personas han realizado, por ejemplo, trámites ante la propia Administración Pública, trámites ante organismos con competencias tributarias, o trámites ante oficinas de registro público o notarías, ante editoriales, ante instituciones bancarias, labores, de redacción de documentos. Bueno, el trabajo ha sido mucho y con esto que acabo de decir se puede englobar o incorporar a muchas personas que han aportado a la Asociación y que han hecho que ésta sea lo que es hoy en día.

Dicho esto, me gustaría señalar la actividad más relevante que ha tenido la Asociación en los últimos años, y esa actividad de la Asociación, pues, quisiera mencionar o señalar algunos aspectos.

En primer lugar, la agrupación de profesionales especialistas en derecho administrativo, la Asociación además de los miembros fundadores y de miembros honorarios, al día de hoy tiene más de ochenta miembros ordinarios. Desde el punto de vista universitario, muchos de esos miembros ordinarios poseen título de maestría o doctorado en el área del derecho administrativo; muchos de ellos también son profesores de derecho administrativo en universidades venezolanas públicas o privadas. La Asociación posee también, desde hace varios años, una página en internet que permite suministrar información acerca de su organización, actividades, funcionamiento. Posee cuenta en redes sociales como Instagram, Twitter.

Además de esto, la Asociación ha publicado, en su labor de análisis, investigación y difusión y divulgación del derecho administrativo, libros colectivos. Entre esos libros colectivos está uno, como ya decía, en homenaje al profesor Eloy Lares Martínez; igualmente un libro titulado «Allan Brewer-Carías, una personalidad multifacética»; un libro también titulado «Temas Fundamentales del Derecho Público. En homenaje a Jesús González Pérez», al maestro español de derecho administrativo; y más recientemente, también el libro con motivo de las jornadas anuales de la Asociación, específicamente la Jornada Anual 2020 que recoge las actas de ese evento científico o de ese congreso que se celebró el año pasado.

De igual modo, la Asociación en los últimos años, ha realizado, en cumplimiento de su objeto social, actividades científicas de difusión del Derecho Administrativo, como jornadas, charlas, congresos.

En efecto, como decía, la Asociación ha realizado actividades de este tipo, difusión del derecho administrativo; y en esas actividades se hallan, sin duda, las actividades científicas. En ese sentido, desde hace algún tiempo se han venido realizando encuentros, los encuentros de derecho administrativo que al día de hoy suman más de 10. También, la actividad más reciente, que como decía, las jornadas anuales, la jornada anual de la Asociación, el año pasado se celebró, para este año está prevista de igual modo la Jornada.

En mi opinión, la realización del objeto de la Asociación, en primer lugar, dirigida al análisis y a la divulgación del derecho administrativo, también permite, de manera mediata, con las propuestas que se puedan hacer, la conformación de una mejor Administración Pública, y en ese sentido yo creo que es relevante lo que se puede aportar. De ese modo, además de lo que he dicho por lo que respecta a los orígenes, fundación y evolución, durante más de 50 años de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, me gustaría también exponer o expresar unas ideas o unas opiniones o propuestas también sobre otros aspectos que se pueden tomar en cuenta.

La Asociación, desde su fundación, siempre ha realizado actividades de difusión del derecho administrativo. En los últimos años se ha venido haciendo. Se ha venido haciendo con acierto. Si bien cuando se revisan los estatutos de la Asociación, es posible observar que su propósito no es únicamente el análisis o la divulgación del derecho administrativo, sino que tiene también otros objetivos que están en el objeto del documento. En ese sentido, a modo de propuesta, puedo mencionar las mismas brevemente desde un punto de vista interno y desde un punto de vista externo:

Desde un punto de vista interno, es posible considerar, en su momento, la incorporación de nuevos miembros en los términos previstos en los estatutos. Hace unos días, en un evento de otra Asociación, escuchaba algo que me llamó la atención, que se decía que uno de los participantes en ese evento, uno de los miembros de esa Asociación, decía que esa Asociación no es una Asociación metropolitana sino una Asociación venezolana, entonces yo creo que se puede tener presente la incorporación de miembros que sean honorarios u ordinarios, que estén geográficamente en los estados o en los municipios. En cualquier caso, desde luego, se debe cumplir con los requisitos previstos en los estatutos de la Asociación, y esto también, eventualmente, puede traer consigo conformar algo a lo que se hace referencia en los estatutos, que es eso de «las secciones o del capítulo regional», entonces, pudiera traer consigo esa posibilidad de establecer un diálogo que, sin duda, habrá de ser enriquecedor.

Además de esto, desde un punto de vista externo, como dije, plantear algunas ideas de acuerdo con los estatutos, por ejemplo, está previsto la participación institucional en procesos de redacción normativa de acuerdo con la distribución del Poder Público en nuestro país, pues además del órgano legislativo nacional es posible también tener presente una participación, en el caso de los estados y de los municipios, para los concejos municipales y los consejos legislativos estatales en la medida en que estén dadas las condiciones en un determinado momento si así se necesita. Probablemente es valioso lo que, desde el punto de vista técnico, la Asociación o específicamente sus miembros pueden aportar a determinadas entidades u organismos legislativos estatales o municipales en la redacción de instrumentos normativos.

También, otro aspecto relacionado con el funcionamiento de la Asociación, desde un punto de vista profesional, en mi opinión, es el de que se pueden, por ejemplo, en un determinado momento, emitir documentos técnicos o pronunciamientos sobre asuntos actuales, sobre problemas actuales relacionadas con el derecho administrativo o relacionados con la Administración Pública. Como por ejemplo temas de materia de contratación administrativa o función pública u otros temas actuales o futuros, como el uso de la inteligencia artificial por la Administración Pública en

determinados derechos de las personas frente al uso de esa tecnología; o los principios éticos frente al uso de esa tecnología; o también problemas relacionados con el cambio climático o la crisis climática y la organización que debe adoptar la Administración Pública para enfrentar este tipo de temas.

Entonces, dos asuntos, la Asociación tiene especialistas que desde luego pueden aportar. No todo se trata de que deba ser la labor del Consejo Directivo porque el propósito, como digo, es que también algunos especialistas puedan aportar en la elaboración de documentos de ese tipo, y que, desde luego, con la aprobación o con el visto bueno del Consejo ya se convierta en un documento como tal.

Bueno, es el momento de cerrar. De nuevo, ratificar mi gratitud por la invitación a esta exposición, que es un placer y es un honor para mí exponer este tema. Creo que la Asociación, hoy en día, es una Asociación viva, actual; la labor es producto de muchas personas. El Consejo Directivo actual ha realizado, sin duda, una labor merecedora de todo elogio, y yo creo que, sin duda, en el futuro (y en la actualidad), la Asociación tiene y tendrá un papel importante que desempeñar en muchos proyectos que realizar. Muchas gracias y un placer, de nuevo.

SEMINARIO: 40 AÑOS DE LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Ponentes:

*Gustavo Urdaneta Troconis, María Amparo Grau,
Miguel Ángel Torrealba Sánchez, Cosimina Pellegrino Pacera*

Moderador:

Juan Domingo Alfonzo Paradisi, Jorge Kiriakidis

Fecha: 17 de junio de 2021

Moderador. Juan Domingo Alfonzo Paradisi. Buenas tardes. Bienvenidos todos a esta nueva actividad de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). En esta oportunidad tenemos el seminario virtual sobre una ley ícono en Venezuela, muy importante en el derecho latinoamericano e iberoamericano, como es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana. Son cuarenta años de esta ley, a los cuales nos vamos a referir de seguida.

Por ello, estamos, prácticamente no sé si de fiesta en AVEDA. Muy contentos por celebrar estos cuarenta años, y además que tenemos un cartel de ponentes muy importante; si fuéramos a dar un concierto, sería con extraordinarios, magníficos profesores, con una extraordinaria y estupenda experiencia en el ámbito del derecho administrativo venezolano y latinoamericano.

Estamos encantados de que estén por aquí, de que tengamos esta reunión, y en la tarde de hoy los ponentes van a ser el profesor Gustavo Urdaneta Troconis, quien nos va a hablar «Del origen de la ley»; la profesora María Amparo Grau, que nos va a comentar sobre las «principales novedades de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo»; el profesor Miguel Ángel Torrealba Sánchez, quien va a referir sobre «la evolución de esta importante ley a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en 1999»; y la profesora Cosimina Pellegrino Pacera, quien va a referir diversas «ideas para la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos».

Como señalaba anteriormente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sin duda, ha constituido un ícono en favor del derecho a la defensa, de la garantía de los ciudadanos en materia de procedimientos administrativos, incluso desde la Constitución de 1961, con la previsión

constitucional del artículo 68 del derecho a la defensa, y luego en la Constitución de 1999, que fue más explícita que la del 61 en materia de la consagración del derecho a la defensa, en la parte procedimental administrativa y en el ejercicio de dicho derecho en el ámbito de los procedimientos administrativos.

Esta ley, que estamos celebrando sus cuarenta años, fue publicada en la Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del primero de julio de 1981, sancionada por segunda vez el 7 de mayo de 1981, en virtud de las particularidades que hubo, entre otras, la reconsideración solicitada el 30 de diciembre de 1980 por parte del presidente de la República en uso de la facultad que le confería el artículo 173 de la Constitución de 1961 (ya el doctor Gustavo Urdaneta Troconis seguramente nos comentará). Digo esto porque estamos celebrando los cuarenta años a tiempo, porque fue sancionada nuevamente en mayo y fue luego publicada el 1° de julio de 1981, y ahora en el año 2021, los administrativistas venezolanos nos reunimos para analizar esta ley, ver sus aspectos positivos, sus aspectos a mejorar, y comentar, desde el punto de vista científico y jurídico, lo que ha significado esta ley para nuestro país y para los procedimientos administrativos en Venezuela.

Es una ley que también reunió o sistematizó una gran parte de la jurisprudencia existente para el momento, y no sólo ello, sino que es impresionante cómo ha permanecido en el tiempo, ha sobrevivido una revolución y ha estado allí vigente, y no se ha modificado; que probablemente, por los signos de los tiempos, por supuesto, como seguramente nos explicará la profesora Cosimina Pellegrino, podrá ser objeto de modificaciones, y que además fue motivo de una importante jornada realizada con ocasión de los 35 años de dicha ley por la Universidad Católica Andrés Bello (con la colaboración de FUNEDA y AVEDA), donde se hicieron diversas críticas y diversos análisis a esta Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

De tal manera que ha sido una ley sumamente importante, que además estableció algo que ha sido criticado, como lo es la previsión legal del concepto del acto administrativo, que fue criticada por *inútil, incompleta y errada*, incurriendo en una falta de técnica legislativa; pero ese concepto del acto administrativo, por lo menos a los fines de esa ley (el artículo 7), sigue estando vigente. Y no solamente ello, por supuesto, con la ampliación del proceso administrativo, una serie de conceptos, de garantía al procedimiento ordinario, los procedimientos administrativos de primer grado o constitutivos, de segundo grado, el acto administrativo, los elementos del acto administrativo, los vicios del acto administrativo, los supuestos de nulidad previstos en los artículos 19 y 20 que, a pesar de estar establecidos en la ley, ya habían sido objeto de importantes críticas por el profesor Tomas Ramón Fernández, en la doctrina administrativa

española, en cuanto a la Ley de Procedimientos Administrativos de ese país, y en Venezuela se estableció haciendo igualmente dicha distinción, con la previsión legal de semejantes supuestos de nulidad absoluta y de nulidad relativa, sin tomar en cuenta la crítica planteada del profesor Tomas Ramón Fernández en su momento.

Además, esta ley significó un trabajo importantísimo, quizás de los principales juristas o autores de derecho administrativo que se refieren para ese momento; lo que estoy tratando de referir es que aquí se presentaron informes en su momento por José Guillermo Andueza, Manuel Rachadell, Gonzalo Pérez Luciani, Antonio Moles Caubet, cuando venía el trabajo de la Comisión de Administración Pública dirigida por el profesor Allan Brewer-Carías. De tal manera que fue una ley sumamente trabajada, que recogía la jurisprudencia sistemáticamente y considerada con rigor desde el punto de vista científico.

Yo voy a mostrar este libro que está aquí antes de darle la palabra a nuestro primer ponente, y yo creo que, por este libro, por lo menos los que somos de «unos años para acá», siempre nos guió muchísimo. Hablo de la ley comentada de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuya edición fue realizada por la Editorial Jurídica Venezolana: estudio preliminar, guía de lectura y sistemática general, la colección de Textos Legislativos, en la cual trabajaron el maestro Allan Brewer-Carías, la profesora Hildegard Rondón y el profesor Gustavo Urdaneta, quien justamente es nuestro primer ponente.

Gustavo Urdaneta no requiere de presentación; lo voy a hacer simplemente por cumplir una formalidad. Gustavo Urdaneta Troconis es abogado graduado en 1969 con mención *summa cum laude*, tiene estudios de postgrado en Francia y España, es profesor de derecho administrativo en la Universidad Central de Venezuela desde 1975. Actualmente ocupa el cargo de director del Instituto de Derecho Público al cual le ha dedicado muchísimos años de su vida como profesor investigador, nos consta; recuerdo que incluso fue subdirector del instituto, y es el jefe del Departamento de Derecho Público en esa misma universidad. Ha sido profesor invitado en diversas universidades del país; ha ocupado diversos cargos en la jurisdicción contencioso administrativa; fue magistrado de la Corte de lo Contencioso-Administrativa, y ha sido asesor frente a organismos públicos en las áreas de derecho municipal y derecho urbanístico (recordamos su libro sobre *La ejecución del urbanismo*), es vicepresidente de la Fundación de Estudio de Derecho Administrativo, y por supuesto ha escrito, entre otros el que mencioné, diversos trabajos y libros. Bienvenidos todos, colegas y amigos. Le damos la palabra al profesor Gustavo Urdaneta.

Gustavo Urdaneta Troconis: Del origen de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

Muy buenas tardes. Tengo que comenzar por expresar mi enorme complacencia al encontrarme esta tarde aquí al lado de estos amigos de toda la vida. Yo soy un poco el decano del grupo y me alegra enormemente que varios de los que están aquí fueron alumnos míos; otros fueron compañeros de trabajo, compañeros de ruta y de esfuerzos, como es el caso de María Amparo Grau en la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en tiempos de una gratísima recordación porque fueron momentos de esplendor para el contencioso-administrativo venezolano y para el derecho administrativo en general.

Además de estar muy contento por encontrarme con este grupo de amigos y colegas de toda la vida, también lo estoy por el tema que nos convoca hoy. Se trata de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que nos une a todos los que nos interesamos por el derecho administrativo, cada uno desde su óptica, desde su punto de vista. Yo creo que esa aproximación plural es la que se ha querido adoptar en el evento de hoy, al mostrar distintas perspectivas de este texto normativo tan importante, tal como lo ha destacado el presidente de AVEDA, a quien le agradezco por haber tenido esta iniciativa. Y no sólo por reunirnos a conversar sobre esta ley tan importante, sino también por la manera como se ha diseñado el evento.

Efectivamente, hoy se nos ha reunido para tratar de reflexionar -en una suerte de visión cronológica- sobre el trascurso vital de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En primer lugar, echar la mirada hacia atrás y preguntarnos: ¿de dónde viene este texto legal?; luego, ¿qué aportó en su momento la LOPA, cuál fue su contribución a nuestro ordenamiento jurídico?; en tercer lugar, ¿cómo ha sido desarrollada esa ley, cuál ha sido su devenir en la vida real, cómo se inserta en el ordenamiento positivo actual?; y finalmente, ¿qué de ella podría modificarse, en los tiempos que corren, luego de cuatro décadas de vigencia?

En lo personal, a mí me ha correspondido la misión de voltear la mirada hacia atrás, lo que me parece lógico, justamente por mi edad y porque de alguna manera participé -más como testigo que como actor- en la etapa de materialización de este texto legal tan largamente esperado en el país. Me toca recordar, pues, de dónde vino la LOPA, cuál era la situación en nuestro ordenamiento jurídico antes de su surgimiento y qué significó en su momento, cuando fue promulgada. Este esfuerzo de búsqueda en la memoria me ha dado la oportunidad de convencerme, una vez más, de la importancia que tiene para el Derecho en general, pero particularmente para el Derecho Público, el indagar sobre los orígenes de alguna institución, de algún concepto, de alguna figura jurídica; en este caso, de una ley. Dicho sea de paso, en el Instituto de Derecho Público de

la Universidad Central de Venezuela hemos tratado de darle mayor relieve a la perspectiva histórica en el análisis jurídico; últimamente hemos estado proponiendo y acompañando investigaciones sobre el origen y el devenir histórico de ciertas instituciones jurídico-públicas, algunas de cuyos resultados ya se están comenzando a publicar.

Volviendo al caso concreto de la materia de los procedimientos administrativos –la que hoy nos interesa en especial-, al hablar de la ley que en la actualidad los regula en Venezuela e indagar sobre sus orígenes, conviene hacerlo en cuatro tiempos diferentes: en primer lugar, referirse, a la situación existente en nuestro país antes de que se pensara siquiera en dictar una ley sobre la materia; en segundo lugar, revisar los distintos esfuerzos destinados a legislar al respecto: en tercer lugar, dedicarle unas palabras al proceso de aprobación de lo que hoy es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; y, por último, referir algunas de las más evidentes reacciones inmediatas ante su aprobación y entrada en vigencia.

La situación tradicional en Venezuela en materia de procedimientos administrativos. Algunos autores, como el profesor Antonio Moles Caubet y la profesora Hildegard Rondón de Sansó, han destacado cómo la vigencia del Estado de Derecho y su progresiva consolidación han venido acompañadas de la procedimentalización del ejercicio de las funciones estatales. En Venezuela, eso ocurrió ya desde el siglo XIX respecto de la función jurisdiccional, con la aprobación de leyes sobre procedimientos judiciales; de manera similar, la función legislativa contó siempre con una regulación en los textos constitucionales y en los reglamentos internos de las Cámaras Legislativas. En cambio, la función administrativa tradicionalmente había carecido de una legislación general que estableciera los principios fundamentales y las exigencias formales a los que debía ajustarse su ejercicio.

Tal carencia pudo deberse a razones similares por las que en muchos países tardó también la Administración Pública en ver regulados los procedimientos a través de los cuales ejercía sus diversas funciones; y no fue sino hacia a fines del siglo XIX cuando, en unos pocos países y mayoritariamente en el siglo XX, comenzó a imponerse la idea de la necesidad de legislar sobre esa materia. En nuestro país, esa ausencia se prolongó aún más, seguramente en razón de la larga tradición de gobiernos autoritarios, poco dados a ver limitada o restringida su actuación.

Efectivamente, no es sino a la muerte de Juan Vicente Gómez en 1935 –momento en que Venezuela finalmente entra en el siglo XX, al decir de autorizados analistas- cuando se emprende un proceso de modernización del Estado y de ida lenta hacia la democracia, para dejar atrás esa larga historia de autoritarismo de la que sólo cabría excluir los muy primeros años de gobiernos civiles, luego de la separación de la Gran Colombia. Se

trataba de iniciativas aisladas, emprendidas ya desde el gobierno de Eleazar López Contreras, dentro de las cuales vale destacar la modernización de la hacienda nacional, a través de importantes reformas de la Ley Orgánica de Hacienda y la creación del Banco Central de Venezuela y de la Contraloría General, entonces llamada de la Nación; también cabe mencionar la creación del Consejo Supremo Electoral y la modificación de la legislación electoral, a pesar de las importantes restricciones que todavía se mantuvieron en la vida política. Pero no eran sino áreas específicas de actuación estatal, mientras que el grueso de la Administración Pública carecía de normas jurídicas generales que condicionaran el desempeño de la función administrativa.

En ese contexto, es bastante comprensible que la actuación de la Administración Pública no estuviera juridificada. La Administración era la estructura a través de la cual el Estado venezolano, repleto de ingresos petroleros, redistribuía los importantes recursos públicos de que disponía; y eso lo podía hacer muy fácilmente, por ejemplo, por la vía de los cargos públicos, otorgados como prebendas a cambio de adhesión al régimen del momento, o de los contratos públicos, adjudicados de manera igualmente discrecional a quienes se quisiera favorecer. En esas áreas, como en muchas otras, no había mucho interés en juridificar la actuación administrativa; de hecho, la gestión del funcionariado público y la contratación administrativa fueron dos de las áreas que tardaron más en ser procedimentalizadas en nuestro país, debido probablemente a los intereses económicos y políticos poderosos que con toda seguridad podrían verse afectados con la instauración de procedimientos legalmente previstos.

Ahora bien, hay que precisar que no es que había una carencia absoluta de legislación sobre procedimientos administrativos; a veces se oye decir que en esa época anterior a la LOPA no había leyes de procedimientos administrativos, lo cual no es totalmente cierto. Sí había algunas leyes, pero generalmente estaban referidas a ciertas materias especiales. Así, pueden ser mencionadas algunas normas procedimentales en materia fiscal; o las leyes de expropiación por causa de utilidad pública, que siempre existieron desde el siglo XIX; o alguna legislación en materia inquilinaria, dictada con motivo de la crisis económica y de vivienda producida en tiempos de la Segunda Guerra Mundial, contentiva de figuras y procedimientos de protección al inquilino. Sin embargo, se trataba de leyes muy puntuales, reguladoras de ciertos procedimientos administrativos previstos para esas materias específicas. Para el resto de las áreas donde actuaba la Administración, que era la generalidad de los casos, no existían normas generales que la obligaran a comportarse como una institución dentro de un Estado de Derecho.

Los diversos intentos por legislar sobre procedimientos administrativos. Esa carencia de una ley general de procedimientos administrativos quiso comenzar a ser modificada en la época de los años 50 del siglo XX. En unas notas contenidas en una conocida obra colectiva que el Instituto de Derecho Público publicó con motivo de la aparición de la LOPA, el profesor Tomás Polanco nos refiere cómo el profesor Antonio Moles Caubet intentó a comienzos de esa década abrir una cátedra de Derecho de los Procedimientos Administrativos, en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela; y también nos relata cómo el maestro Moles Caubet terminó desistiendo de la idea: «No abramos esa cátedra, porque no hay materia sobre la cual enseñar; aquí, esa es una materia prácticamente inexistente.» Era el año 1954 y todavía el país se encontraba bajo la dictadura militar de la época, la cual probablemente no tendría mayor interés en juridificar a la Administración Pública. Sin embargo, ya a fines de esa misma década, la situación comienza a cambiar. Con la caída de la dictadura en 1958 y con el advenimiento de la democracia, comienza verdaderamente un esfuerzo por juridificar y por modernizar el aparato estatal y, fundamentalmente, a la Administración Pública.

Lo primero que se hace es que se crea una Comisión de Administración Pública (CAP); y esa comisión presidencial, bajo la conducción de Benito Raúl Lozada, promueve un proyecto de ley de procedimientos administrativos, liderado por el profesor Tomás Polanco. Eso fue en el año 1963, y nos dice el mismo Polanco que lamentablemente nadie le prestó mucha atención. Es cierto que el Colegio de Abogados lo publicó, quedando así como el proyecto pionero, pero no pasó de allí; el mundo político no estaba interesado, los medios de comunicación no mostraron mucho interés en el tema; la opinión pública no se interesó mayormente...

Sin embargo, tres años después el Ministerio de Justicia propone un nuevo proyecto de ley. Es de notar que todos los impulsos provienen del propio Estado; primero, una comisión presidencial, y ahora un ministerio, los que se ocupan de promover las reformas y la juridificación de la Administración Pública. El origen de este proyecto del Ministerio de Justicia es muy interesante, por la calidad de sus autores; efectivamente, entre ellos se encuentran dos connotados juristas españoles: por una parte, el profesor Francisco Rubio Llorente, quien luego llegaría a ser vicepresidente del Tribunal Constitucional español, cuando llegó la democracia a España y él pudo regresar desde Venezuela; y, por otra parte, Sebastián Martín Retortillo, otro reconocido catedrático español. El tercer coautor del proyecto de ley fue Allan Randolph Brewer-Carías, un bastante joven egresado de la Universidad Central de Venezuela en ese momento, pero que ya apuntaba hacia lo que posteriormente llegaría a ser: el mejor iuspublicista venezolano y, probablemente, latinoamericano. No obstante su altísima calidad técnica, este proyecto tampoco llegó a ser aprobado.

Pocos años después, ya con el gobierno de Rafael Caldera, se renueva la Comisión de Administración Pública. El Presidente de la República se la encarga ahora a Allan Brewer-Carías, quien, como presidente de la comisión, le da un renovado impulso a la idea de reformar la estructura del Estado venezolano. Una de las iniciativas destinadas a tal fin consiste en retomar aquellos proyectos de ley del Ministerio de Justicia (uno de cuyos autores, como antes se dijo, era él mismo) y de la antigua Comisión y refundirlos en un solo documento. A esta nueva versión se le hace mucha difusión, tratando de buscar su definitiva adopción por el Congreso; se difunde ante los medios de comunicación, se la presenta ante las cámaras..., pero tampoco se llega a mayores resultados. Es de hacer notar que, hasta ese momento, se seguía hablando de un proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos.

Bajo el gobierno del presidente Carlos Andrés Pérez surgieron nuevos intentos de reforma administrativa. La CAP es sustituida por una Comisión para la Reforma Integral de la Administración Pública (CRIAP), la cual presenta en 1976 un nuevo proyecto de ley de procedimientos administrativos, que tampoco llega a convertirse en ley. No obstante, dos años más tarde se prepara todo un conjunto de proyectos de ley que parecen contar con una renovada voluntad política favorable a la reforma del Estado. Y así, hacia finales de la década de los años 70 resulta aprobada la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que ya tenía veinte años de retraso, de acuerdo con las disposiciones transitorias de la Constitución de 1961; se aprueba la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que se revela ulteriormente como el fructífero embrión del contencioso-administrativo venezolano; se aprueba la nueva Ley Orgánica de la Administración Central, que implica una modernización en relación con el tradicional Estatuto de Ministerios; se presenta ante las cámaras el proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada que, si bien no resulta aprobado, da lugar a discusiones y debates sobre el tema de la descentralización en el país.

Fíjense ustedes que todo el aparato estatal y, en particular, la Administración Pública estaban siendo reformados a través de leyes modernas. Dentro de ese conjunto de propuestas legislativas renovadoras se encuentra, precisamente un proyecto de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (debo confesar que aún no he logrado saber por qué fue transformado el nombre de Ley de Procedimientos Administrativos en el de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), el cual no resulta aprobado en ese momento. Pero luego, en 1980 es retomado y terminará siendo lo que es la LOPA hoy.

La elaboración y aprobación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Efectivamente, en 1980 se retoman de alguna manera los anteriores proyectos de ley de procedimientos administrativos, que ya

tenían algunos alrededor de veinte años; se remozan, se ponen al día, y se elabora un nuevo documento. Este es el proyecto que se somete a la consideración del Senado; el Senado lo aprueba y lo remite a la Cámara de Diputados, la cual a su vez lo aprueba, pero con modificaciones. Aquí ocurre un episodio muy interesante en el cual intervienen el profesor Luís Henrique Farías Mata y el diputado Orlando Tovar, quien también era profesor de la Universidad Central (Fíjense ustedes qué cantidad de profesores por detrás de esta ley; era la universidad la que estaba legislando en todas estas importantes materias).

Pues bien, el profesor Orlando Tovar, actuando como diputado que es, advierte que el proyecto va a ser aprobado de manera inminente; pero, como profesor de Derecho Público que también es, considera que en el mismo hay deficiencias que deberían ser corregidas, y se dice: “Yo necesito de la ayuda de alguien con influencia, de alguien que sea respetado por tirios y troyanos, para que puedan ser enmendadas de alguna manera esas deficiencias.” Acude entonces al profesor Farías Mata, quien -habiendo sido decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y en ese momento, sin suspender sus actividades como profesor en dicha Casa de Estudios, era magistrado de la Corte Suprema de Justicia- cumplía con el perfil de profesional influente y respetado buscado por el diputado Tovar; en un fin de semana, Farías Mata revisa el proyecto y, conjuntamente con el profesor Tovar, detecta en el mismo ciertas fallas, algunas pocas cosas que -en su criterio- faltaban, otras que sobraban y otras que deberían modificarse de alguna manera. De esa manera, Farías Mata logra “meter sus pecadoras manos” (Son sus palabras, en su colaboración a la obra colectiva publicada por el Instituto de Derecho Público que antes mencioné) en el proyecto y, afortunadamente, Diputados acepta las sugerencias que provienen de la academia, no de un partido político ni de algún sector indebidamente interesado, sino de la academia, de quienes saben de la materia, con lo cual el proyecto queda indudablemente enriquecido desde el punto de vista técnico jurídico.

El proyecto, casi a finales del año, es presentado a las cámaras en sesión conjunta, debido a algunas discrepancias entre la cámara de origen y la cámara revisora. El Congreso fue convocado, a una sesión conjunta de ambas cámaras, para que resolviera sobre cuál sería la versión que se adoptaría en definitiva. De esta manera, la ley es aprobada y finalmente sancionada a finales de ese año 1980.

Al ser remitida la ley al Presidente de la República, éste la objeta con base en el poder que tenía, de acuerdo con la Constitución, y hace algunas recomendaciones. En el Congreso, éstas fueron en general muy bien acogidas, pues ciertamente mejoraban mucho el texto de la ley. Pero una sola no fue aceptada; y esto es importante destacarlo, pues ese detalle va a

tener importantes implicaciones luego en relación con el carácter que el procedimiento previsto en la ley ha de tener frente a otros eventuales procedimientos. En efecto, el proyecto inicial uniformizaba toda la posible actuación de la Administración en un solo procedimiento: el previsto en ella como procedimiento ordinario. Este era precisamente uno de los puntos en donde el profesor Farías Mata “había metido sus pecadoras manos”, razonando que no era conveniente ni posible establecer un solo procedimiento para toda la enorme variedad de actividades que tiene la Administración a su cargo; que era necesario permitir la existencia de otros procedimientos especiales, dependiendo de la materia de que se trate. Tal como antes quedó dicho, el Congreso adoptó la sugerencia de Farías Mata y así fue como le llegó el texto al Presidente de la República, en el que se permitía la prevalencia de algún procedimiento diferente al de la ley, siempre que estuviera previsto en una ley de “rango preeminente”. Sin embargo, el Presidente de la República -a instancias de la Procuraduría General de la República, que fungía en la época como el gran asesor jurídico del gobierno, con base en el buen prestigio profesional que ese organismo había justificadamente adquirido- estimó que la manera como había quedado redactada la disposición legal mantenía un innecesario e indebido uniformismo. Por lo tanto, sugirió al Congreso que modificara la redacción a fin de que fueran permitidos, de manera preferente al procedimiento ordinario de la ley sancionada, los procedimientos previstos en “leyes y reglamentos especiales”. Pues bien, al recibir el Congreso la ley objetada, terminó acogiendo todas las sugerencias formuladas por el Poder Ejecutivo, salvo lo concerniente a “los reglamentos especiales” como posible fuente creadora de procedimientos. La redacción adoptada finalmente fue, entonces, la que hoy conocemos del artículo 47 de la LOPA, conforme a la cual deberán ser aplicados preferentemente al procedimiento ordinario contemplado en los artículos 48 y siguientes “los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales, (...) en las materias que constituyan la especialidad”.

Esa es la disposición normativa que califica en nuestro país como de reserva legal el diseño de los procedimientos administrativos. De no existir esta disposición, con ese origen que les he narrado, la creación de un procedimiento administrativo no tendría por qué estar reservada a la ley, como lo he sostenido en la cátedra de procedimientos administrativos que imparto desde hace años en el postgrado de la UCV.

A mi juicio, no hay mayores razones de peso para que los procedimientos sean una materia reservada a la ley. Por el contrario, lo más lógico sería que su diseño estuviera atribuido a la Administración. Ella es la que los lleva a cabo; sabe con cuántos recursos cuenta para ello y si los lapsos para tramitarlos son adecuados o no; la que debe enfrentarse a los ciudadanos y tiene una idea clara y actualizada del número de solicitudes y del grado de complejidad que implican; es ella la que puede ir

apreciando si aparecen nuevas tecnologías o métodos que pudieran resultar más eficaces o menos costosos... Sería más lógico, pues, que a la Administración le correspondiera diseñarlos y modificarlos en la medida en que se produzcan cambios significativos en la realidad, sin que deba forzosamente el legislador proceder a modificar la ley para adaptarla a esas nuevas realidades. Quizá lo más adecuado sería que la ley establezca unos principios generales, relacionados con las garantías de los derechos de las personas; pero que el diseño preciso de un procedimiento concreto fuera tarea encomendada a la Administración. Pero eso no es lo que establece la letra de la ley. Según lo que se lee en el artículo 47 que estamos comentando, los procedimientos deben estar establecidos en una ley. Sin embargo, en nuestro derecho positivo nos encontramos con una serie de procedimientos definidos en reglamentos. Y lo más llamativo es que esos procedimientos se aplican en la vida real, sin que sea frecuente encontrar impugnaciones basadas en lo que podría ser considerado un vicio del acto impugnado: el haber sido dictados en un procedimiento previsto en una norma de rango sublegal, lo que contrariaría la letra de la LOPA. Me parece que se trata de un tema digno de debate, y por eso no quería dejar de referirme a él, en un día en el que celebramos la aparición de la LOPA, sus aportes y sus debilidades.

Finalmente, la ley terminó siendo aprobada en mayo y promulgada en julio del año 81, dándosele una *vacatio legis* de seis meses para permitir que se adaptaran las distintas estructuras de la Administración y ésta se pudiera poner al día, con el fin de recibir esa ley que era ciertamente revolucionaria. Seguramente, los siguientes comentaristas nos hablarán de las repercusiones que esa ley habría de tener, no solamente en la Administración Pública: la necesidad de planificar la propia actuación administrativa, la necesidad de abrirse hacia la colectividad, la necesidad de transparencia, la necesidad de establecer canales de comunicación con el ciudadano, la necesidad de que los funcionarios estuvieran preparados para aplicar la ley, lo cual imponía que éstos estuvieran formados e informados, para cumplir adecuadamente los deberes y obligaciones que la nueva ley les señalaba.

Reacciones inmediatas ante su entrada en vigencia. Las previsiones de la nueva ley forzosamente traerían cambios en la organización y la actuación de la propia Administración Pública, como seguramente nos explicarán los próximos panelistas de este evento. Un esfuerzo particularmente importante debía ser hecho en relación con la formación del propio funcionariado. En lo personal, puedo recordar cómo en el ministerio en el que cumplía funciones de asesoría me fue requerido elaborar un papel en el que se resumiera y sistematizara los principales elementos de la nueva ley que debían ser conocidos por los funcionarios; luego se llevó adelante un programa de talleres por todo el país, en las diferentes dependencias regionales del organismo, a fin de difundir el contenido de la ley. Otra

iniciativa importante en la que pude participar en esos primeros momentos de la LOPA, fue un seminario organizado en el Instituto Nacional de Administración Pública, de España, que tuvo lugar en Alcalá de Henares, con la presencia de connotados profesores de Derecho Administrativo, y en el cual tuvimos la fortuna de participar varios asesores jurídicos de la Administración Nacional venezolana. Numerosos fueron también los foros organizados por los Colegios de Abogados del país y otras instituciones interesadas en la divulgación del contenido de esta novedosa ley.

El impacto en la ciudadanía también fue notorio. La actitud de las personas ante la Administración tenía forzosamente que cambiar. El ciudadano ya no se vería obligado a acudir ante la Administración a rogar un favor, sino a exigir un derecho. Y las exigencias del ciudadano ahora podían ser fundamentadas en disposiciones legales. Esta circunstancia seguramente coadyuvó en el aumento de los recursos formales intentados ante la propia Administración y ante los tribunales contencioso-administrativos, los cuales habían se habían incrementado en número y accesibilidad, gracias a las disposiciones de esa otra ley que, como antes señalé, había sido promulgada en fecha relativamente reciente: la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Esto, a su vez, contribuyó a un notable desarrollo de la jurisprudencia en materia de Derecho Administrativo.

Todo ello se vio recogido y reflejado en la doctrina, cuya reacción ante el advenimiento de la LOPA fue inmediata y muy significativa. Numerosos fueron los trabajos publicados sobre esta ley. En primer lugar, hay que señalar la obra colectiva a la que hice referencia al comienzo de esta charla, publicada por el Instituto de Derecho Público, que lleva por título: *Anuario de Derecho Público y Ciencia de la Administración*, de 1982, que recoge los variados e interesantes escritos elaborados con motivo de un seminario organizado ese año por dicho Instituto y la Procuraduría General de la República, así como los diversos proyectos y documentos que sirvieron de antecedentes a la LOPA, de los que les hablé al inicio. Allí pueden ser consultados y les recomiendo a los interesados en el análisis de la evolución de nuestras instituciones jurídicas que lo hagan; que busquen en ellos cómo fue tratado en esos antecedentes, por ejemplo, el tema del silencio administrativo; o cómo estuvo previsto un amparo (mucho antes de la Ley Orgánica de Amparo) contra los actos nulos de nulidad absoluta; o cómo en alguno de esos proyectos se previó un procedimiento para la contratación pública; cómo se establecía, en algún otro proyecto, un procedimiento previo a las demandas contra la República... Es decir, hay en esa obra una gran variedad de documentos que para un investigador resulta un tesoro descubrir, no sólo en antecedentes legislativos, sino también en las opiniones de Moles Caubet, de Brewer-Carías, de Tomás Polanco, de Casado Hidalgo, de Hildegard de Sansó, es decir, de lo más granado de la doctrina administrativa de la época.

También debe ser señalado como una muestra de la rápida y enriquecedora reacción de la doctrina el libro de Allan Brewer-Carías con el título de *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, cuyas numerosas reediciones (la primera edición data de 1982, al poco tiempo de publicada la LOPA) dan cuenta de la enorme difusión que ha tenido entre estudiantes y profesionales. Numerosos también fueron los diferentes artículos sobre aspectos específicos de esta ley, aparecidos en las revistas especializadas.

Me parece interesante destacar que, dentro de esos numerosos trabajos pueden encontrarse algunas críticas al texto de la LOPA. Así, la definición de acto administrativo contenida en uno de sus artículos dio pie a muchas críticas en la doctrina; igualmente, el recurso jerárquico previsto contra actos de los órganos supremos de los Institutos Autónomos fue duramente criticado por parte de la doctrina, que lo denominó recurso jerárquico impropio. Yo mismo debo incluirme entre quienes hicieron alguna crítica a esta ley; en un trabajo publicado en el mismo *Anuario de Derecho Público* que ya he mencionado, hoy releo ahora que en ese tiempo sostenía que la LOPA no era aplicable a estados y a municipios, en razón de que la materia de procedimientos administrativos no estaba reservada al Poder Nacional, sino que entraba dentro del ámbito de competencia material atribuida a dichas entidades territoriales, a las cuales correspondía legislar sobre ella, en su respectivo ámbito territorial. Hoy lo sigo sosteniendo, pero no de una manera tan radical como lo hacía en ese artículo, y con algunos matices, que he debido aceptar como fruto de la experiencia y la reflexión. En resumen, para no alargar mucho más esta intervención, diré que ahora sostengo que las disposiciones de la LOPA no propiamente procedimentales, sino relativas a garantías y derechos constitucionales, sí son aplicables de manera directa a estados y municipios, pues son materia reservada al legislador nacional; en cambio, los procedimientos propiamente dichos contenidos en esa ley sólo resultan aplicables a esas entidades autónomas de manera supletoria, cuando y en la medida en que las mismas no hayan legislado sobre tales materias.

De manera que con esa posición -que estimo al mismo tiempo respetuosa de las autonomías territoriales, así como de los derechos y libertades ciudadanas- no me resta más que saludar con júbilo la existencia de la LOPA dentro de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo y el hecho de que nos encontremos celebrando el cuadragésimo aniversario de su aparición. En su momento, significó un gran avance en la juridificación de la Administración Pública venezolana; a partir de su entrada en vigencia, ya no había que alegar frente a la Administración con base en principios y teorías extranjeras, recogidas en el siempre útil y socorrido *Manual de Lares Martínez*, sino con argumentos tomados de un texto legal venezolano. Y en los tiempos que corren, independientemente de su efectiva aplicación por parte de la Administración Pública, siempre será una

referencia de derecho positivo que nos servirá de patrón de referencia para juzgar sobre la legalidad o ilegalidad del actuar administrativo.

Les agradezco mucho la atención y les deseo tengan unas buenas tardes.

Moderador. Juan Domingo Alfonzo Paradisi. Muchísimas gracias al profesor Gustavo Urdaneta Troconis por su excelente exposición, por hacernos todo ese recuento histórico, incluso desde Juan Vicente Gómez hasta la presente fecha, y dando todos esos detalles; la importancia de la ley, cómo se conformó y cómo se consolidó la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con toda esa etapa que tuvo posteriormente en los años 50, en la primera época de Pérez Jiménez, en el gobierno de Carlos Andrés Pérez, y la Comisión de Administración Pública, para su definitiva primera sanción, su segunda sanción, y luego culminando su publicación y dando las especificidades del punto histórico con todas las personalidades que trabajaron en esa importantísima ley y su impacto en Venezuela, su alcance en nuestro país y su efecto en Venezuela en cuanto al procedimiento administrativo se refiere.

Nuestra siguiente ponente es la profesora María Amparo Grau, es abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, con un máster de derecho administrativo en la Universidad Central de Venezuela, es doctora en derecho por la Universidad CEU San Pablo, y es profesora de derecho administrativo de la Universidad Católica. Asimismo, fue directora de la Procuraduría General de la República; y también, como Gustavo Urdaneta, fue magistrada de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, y ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford durante el año académico 2006 y 2007, y es socia del despacho abogados Badell & Grau.

Con ustedes, María Amparo Grau que nos va a conversar sobre las principales novedades de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Bienvenida, profesora María Amparo Grau, el uso del micrófono es suyo.

María Amparo Grau: Principales novedades de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo

Buenas tardes a todos. Me siento muy honrada con la invitación que me han formulado para participar en este seminario virtual, organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, con el propósito de conmemorar los cuarenta años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Quiero agradecer, especialmente, a su junta directiva por esta invitación, a su presidente, el profesor Juan Domingo Alfonzo Paradisi, quien ha fungido como moderador de lujo en este evento, y a su vicepresidente, apreciado y admirado Antonio Silva Aranguren, quien me contactó a estos fines. Saludo también a los profesores presentes y a los

compañeros de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo cuando tuve el honor de ser uno de sus magistrados; también especial saludo a mi querida amiga, Belén Ramírez Landaeta, presidente de FUNEDA.

1° de julio de 1981 es la fecha de la gaceta oficial en la cual apareció publicada la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que entraría en vigencia seis meses después, en enero de 1982. Estas fechas nos ponían a nosotros como analistas de primera fila del referido instrumento legal, siendo que al momento nos encontrábamos cursando el último año de la carrera y teníamos la fortuna de contar como profesor de una cátedra que se estrenaba en Venezuela, la materia contencioso-administrativa, al promotor de la misma, el maestro Luís Henrique Farías Mata, quien, como era de esperar, hizo énfasis especial en la novedosa ley (en cuya autoría participó) y en su relación con las sentencias que inspiraron o impactaron sus regulaciones.

El tema de novedades de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos pudiera resumirse en una frase: toda ella fue novedosa. Se regulaba por vez primera en un instrumento legal el derecho adjetivo para la sede administrativa, y, además, los principios, elementos y características fundamentales del acto administrativo, su constitución, su ejecución y revisión. La veracidad de esta afirmación en esa sola frase: «toda ella fue novedosa» se evidencia en el título asignado a la conferencia conforme al cual nos corresponde, en estos veinte minutos, destacar, de forma concreta, sólo algunas de las novedades que sus regulaciones plantean.

A estos efectos, permítanme analizar las novedades de la ley desde la perspectiva de las bases constitucionales del derecho administrativo: la separación de poderes, el principio de legalidad, las normas relativas a la organización administrativa, los derechos y garantías constitucionales que limitan la acción de la Administración, y el principio de la responsabilidad del Estado, el cual se garantiza con la previsión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, podemos decir que algunas de las novedades de la ley, desde la perspectiva de tales bases constitucionales, serían:

1. La ley permitió vincular la actividad administrativa al principio de legalidad, no sólo desde el punto de vista del derecho sustantivo, mediante la necesaria previsión legal de la competencia, sino también desde el punto de vista del derecho adjetivo, pues por virtud de ella se produjo la legalización del procedimiento, de sus instituciones y sus garantías.
2. La ley permitió vincular el procedimiento administrativo a los derechos constitucionales. El procedimiento se concibió como

garantía del respeto de los derechos de los administrados vinculados a la Administración por un caso concreto en el que puede decidirse la afectación o no de sus esferas jurídicas subjetivas.

3. La ley impulsó el desarrollo, a niveles de primer mundo, del principio de la responsabilidad del Estado.
4. Finalmente, la ley facilitó que los jueces de lo contencioso administrativo produjeran, vía jurisprudencia, enriquecedores análisis sobre el alcance del contencioso administrativo y las instituciones del derecho administrativo; la Administración Pública como sujeto, la competencia, los efectos del silencio administrativo, el derecho a la defensa, el acto administrativo, sus elementos y vicios, los límites a la discrecionalidad, el procedimiento y sus garantías, los actos de trámite, las medidas cautelares y el silencio administrativo; la ejecutoriedad y ejecutividad del acto, la revisión de oficio y los recursos administrativos; así como los límites de la Administración en estos casos.

Estas novedades, la mayoría con acertadas regulaciones de la ley, pero hay que decirlo, como también lo señaló el profesor Urdaneta, en algunos casos con desaciertos, permitieron entonces un desarrollo fenomenal del derecho administrativo en Venezuela en los años que siguieron a su vigencia.

Partiendo entonces de este esquema de vinculación entre las novedades de la ley y las bases constitucionales del derecho administrativo que planteamos como elemento conductor de esta exposición, vamos a realizar comentarios concretos sobre algunas de estas novedades.

Primero, respecto de la novedad de la legalización del procedimiento administrativo que se produjo por virtud de la ley, creemos que, como lo señalaba el profesor Araujo Juárez, ella encontró base constitucional en el artículo relativo a la legalidad de la competencia, para ese momento el artículo 117 (equivalente al 137 de la Constitución de 1999). El artículo 117, en efecto, indicaba (en idénticos términos al 137 vigente): «La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio». Es decir, la atribución comprende no sólo el ámbito material de actuación, sino también la forma como debe realizarse su ejercicio, es decir, el procedimiento.

Pero también la jurisprudencia, como comentó Juan Domingo Alfonso Paradisi en su introducción, venía fundamentando la legalidad del procedimiento en la interpretación del artículo 60 de la Constitución de 1961, referido a los procesos penales y aplicado por extensión analógica a los procedimientos administrativos sancionatorios, lo cual hoy ya está recogido a texto expreso en el artículo 49 de la Constitución para todas

las actuaciones judiciales y administrativas, como derivación del derecho al debido proceso.

En todo caso, la legalización del procedimiento administrativo es un logro del Estado de derecho, un paso más en la sujeción de la Administración a la ley; la Administración debe someterse a derecho, tanto en el fondo (la competencia como elemento sustancial del acto administrativo), como en la forma (aspectos adjetivos y formales del acto). Cuando hablamos de legalización nos referimos a la previsión legal del procedimiento administrativo, pero quedando abiertos a la tesis del profesor Gustavo Urdaneta de que estos procedimientos pueden regularse por normas reglamentarias, siempre respetando las bases de la ley que ha producido una auto-reserva que obviamente limita al reglamentista.

Entonces, la legalización del procedimiento administrativo contemplada en la ley fue ciertamente una novedad muy importante, pero también fue novedad la forma como lo hizo, porque el artículo 47 a estos efectos dispone que los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo, en las materias que constituyan la especialidad. A pesar de esta redacción, la doctrina más autorizada (el profesor Gustavo Urdaneta Troconis, Gabriel Ruan Santos, entre otros) ha precisado que la preferencia que el artículo 47 otorga a los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales debe entenderse referida a lo que denominan «módulos procedimentales específicos dotados de perfiles propios y precisos», no está referida a los principios de actuación formal, ni a las normas relativas a la conformación de los actos administrativos, ni a la protección de los derechos de los administrados. La especialidad del procedimiento nunca podrá eliminar las garantías jurídicas de los administrados, y en ese caso, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos nunca cederá en su vigencia frente a las leyes especiales.

Y en esta conjunción de competencia y procedimiento como elementos definidores de la legalidad, base constitucional del derecho administrativo, se logra la interdicción de la arbitrariedad. Ahora bien, sobre este aspecto me gustaría traer a colación y compartir con ustedes la novedosa tesis que conociéramos de primera mano del profesor Parejo Alfonso en las últimas jornadas internacionales en homenaje al maestro Allan Brewer-Carías realizadas en la República Dominicana, en el sentido de que empieza la doctrina a sugerir la idea de sustituir la importancia que en esta materia ha tenido la competencia por la del procedimiento, es decir, reglas legales menos rígidas en la determinación de la competencia para dar mayor flexibilidad a la actuación de la Administración y control de la arbitrariedad, en su lugar, mediante la legalidad estricta de las normas del procedimiento y de los principios fundamentales del procedimiento administrativo.

A pesar de las novedades que, en efecto, plantearon las regulaciones de la ley, estamos nosotros lejos de considerar este tipo de avances debido a los gravísimos retrocesos que el Estado de derecho ha experimentado en Venezuela.

Otra novedad vinculada a la legalidad es la proscripción de las vías de hecho, al disponerse en el artículo 78 la necesidad de un acto expreso que fundamente la ejecución de actos materiales por parte de la Administración que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares.

Es también novedoso, y es una de las novedades que yo considero más importante, y en relación al bloque de legalidad, el artículo 13 en cuanto dispone que el acto general tiene prelación como fuente frente al contenido de un acto de carácter particular previo, aun cuando éste haya sido dictado por un funcionario de mayor jerarquía. Esta norma es muy importante como novedad porque sacrifica el principio de la jerarquía de la organización para favorecer la preeminencia de la igualdad que garantiza el acto general.

Finalmente, en este grupo de novedades vinculadas a la legalidad, destacamos también la que aportó el artículo 11 prohibiendo la aplicación retroactiva de los criterios de interpretación de la Administración a situaciones anteriores, salvo que esto fuere más favorable para los administrados.

Ahora vamos con un segundo tipo de novedad (estamos hablando de tres tipos de novedades, la primera la vinculada al principio de legalidad, la segunda es un tipo de novedades que se refieren a la vinculación del procedimiento Administrativo, al efectivo respeto de los derechos constitucionales y a la buena organización administrativa).

Fue la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos novedosa, en verdad, cuando contempló muchos de los principios de lo que hoy se consolidan bajo la tesis de la buena Administración, que 28 años después se constitucionaliza en Venezuela al contemplársela en el artículo 141. En este sentido, cabe mencionar el artículo 30 de la ley, el cual dispone que: «La actividad administrativa se desarrollará con arreglo a los principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad».

En este grupo de novedades de la ley podemos hablar de dos categorías: una en cuanto al objetivo de la eficiencia de la Administración y la otra en cuanto al objetivo del respeto de los derechos de los administrados. Así, en el camino de la actuación eficiente y honesta, fueron novedosas las normas que:

1. Regularon la necesidad de formación de expediente para cada caso, artículo 31 y 51.

2. La uniformidad de los mismos, artículo 32.
3. La obligación de la Administración de informar sobre sus dependencias y tareas asignadas a cada una de ellas, así como los procedimientos y métodos, artículo 33.
4. El registro de presentación de documentos, artículo 44.
5. El respeto al orden en que hayan sido presentados, salvo razones de interés público y previa resolución motivada, artículo 35.
6. La posibilidad de utilizar procedimientos expeditos cuando esté justificado, así como la de producir actos en serie cuando sea pertinente y posible sin lesionar los derechos y garantías de los administrados, artículos 34 y 35.
7. Y, finalmente, la previsión que permite la acumulación de expedientes cuando exista conexión entre ellos, a fin de evitar decisiones contradictorias, artículo 52.

Por otro lado, en el camino de la actuación respetuosa de los derechos y garantías de los administrados, destacan en la ley, como novedades:

1. La consagración legal del derecho constitucional de petición (artículo 2).
2. La previsión de un recurso de reclamo por cualquier distorsión del mismo (artículo 3).
3. La novedosa disposición que permite el envío de documentos al órgano competente mediante correo y su consideración tempestiva siempre que se obtenga constancia de la fecha de remisión (artículo 43), aspecto hoy innovado por la vía de la posible comunicación digital prevista en la Ley Orgánica de la Administración Pública.
4. Otro aspecto novedoso es la consagración de la legitimación activa para el procedimiento administrativo y los terceros intervinientes (artículos 22 y 23); aunque la forma no se ha considerado la más adecuada, yo diría que quizás para demostrar el enlace íntimo que se estaba construyendo entre las normas del procedimiento administrativo y el control de la actividad de la Administración por parte del contencioso, la regulación de la legitimación activa se hizo por la simple remisión a los artículos que la preveían en esta materia en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículos 102 y 121), cuestión que mereció mucha crítica desde la inconveniencia del uso mismo de la técnica de la remisión normativa, hasta lo que implicaba una legitimación desde la perspectiva de la naturaleza del acto, como lo hacían las normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de

Justicia citadas que distinguían para el tema de la legitimación entre el acto de efectos particulares y el de efectos generales.

5. Novedad muy positiva fue la consagración del derecho a hacerse representar cuando no sea requerida la comparecencia personal, y hacerlo de una manera muy fácil mediante la simple designación de la persona en la petición o recurso, lo cual de verdad tiene una gran utilidad práctica (artículo 25).

También destacan: el derecho de acceso al expediente administrativo; el derecho a la defensa; la flexibilidad probatoria; el derecho a tener un pronunciamiento sobre todos los asuntos planteados; el derecho a ser notificado, siendo muy importante la exigencia de la notificación personal en el caso de los actos de efectos particulares como garantía del derecho a la defensa; en el mismo sentido del derecho de petición y en favor del administrado, fue novedad la norma en materia de recursos administrativos que estableció que el error en la calificación no sería obstáculo para su tramitación. Lo contrario, es decir una desventaja, es la extensión de la exigencia de los requisitos formales del escrito de petición del interesado al caso de un escrito de recurso porque, a diferencia de la petición, en el caso del recurso no hay despacho subsanador sino que ante cualquier error conforme al artículo 86 de la LOPA opera la grave consecuencia de la inadmisión del recurso, por lo cual una omisión tan insignificante como la mención al estado civil del recurrente, por ejemplo, pudiera dar lugar a su inadmisibilidad.

También debe mencionarse el novedoso, aunque errado recurso jerárquico impropio del artículo 96 de la LOPA respecto de los actos de los entes descentralizados por ante el ministro, errado porque allí no se existe relación de jerarquía alguna. Finalmente, otra novedad en este grupo de novedades es el límite de la potestad revocatoria de la Administración, si el acto hubiese generado derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos.

Finalmente, y ya para el cierre de esta ponencia, quisiera destacar un último grupo de novedades vinculado a la importancia del desarrollo jurisprudencial de los conceptos e instituciones fundamentales del derecho administrativo.

A 40 años de la de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, puede decirse que la misma llenó un vacío que venía cubriendo la jurisprudencia, asistida por unas pocas normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y en base a disposiciones constitucionales en una creación extraordinaria de carácter pretoriano, que la LOPA recogiera en muchas de sus disposiciones, y que también posibilitó un análisis mucho más profundo de los temas.

En este sentido, la definición de los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la LOPA, a pesar del extenso material sobre este asunto en la doctrina y la jurisprudencia, terminó resultando en la Ley una novedad deficiente. El ámbito subjetivo del artículo 1 incurre en el grave desacuerdo de contraponer a la Administración Pública Nacional con la Administración Pública Descentralizada, cuando lo cierto es que ella se contrapone con las administraciones estatales y municipales. La Administración Nacional puede ser tanto central como descentralizada y a ello debería estar refiriéndose esta norma. Asimismo, en alusión a los órganos constitucionales se incluyó a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía General de la República, lo cual es un listado incompleto de las a la época denominadas administraciones centralizadas u órganos constitucionales con autonomía funcional. Además, la denominación constitucional y correcta del segundo es Ministerio Público y no Fiscalía como se menciona en la norma.

Lo mismo puede predicarse respecto del concepto del acto administrativo contenido en el artículo 7, en el sentido de que, si bien fue novedoso, al definirlo como una declaración y no una manifestación de voluntad quedó excluido el acto tácito, es decir, el que se deduce de actuaciones jurídicas o materiales de la Administración, pero respecto del cual no existe un texto expreso. Adicionalmente, puede decirse que el acto administrativo se definió atendiendo un criterio orgánico y formal que resulta deficiente, pues quedaron por fuera los actos administrativos de otros poderes del Estado, otras autoridades, y la doctrina de los actos de autoridad.

Otro asunto de gran relevancia es el tema del silencio administrativo y la consecuencia del acto presunto, antes regulado únicamente para facilitar el acceso a la vía judicial por el artículo 134 la Ley de la Corte, y que fue novedosamente incluido en la LOPA para permitir al administrado insistir en la sede administrativa en la obtención de una declaratoria expresa. La jurisprudencia también trabajó el tema con profundidad para perfilar la novedosa regulación en su momento y precisar que aunque la combinación de los artículos 4 (silencio en el procedimiento constitutivo) y 93 (silencio en el recurso que pone fin a la vía administrativa) podrían llevar a afirmar que la vía contenciosa quedaba abierta sin haber acto expreso alguno, lo cierto es que —dijo la jurisprudencia— esto no puede aceptarse porque el juez contencioso administrativo no tendría acto alguno que analizar, sentencias de la Sala Político Administrativa en los casos Redimar y Fincas Algaba de mayo de 1988.

Aspecto muy importante de análisis jurisprudencial fue también el de los límites de la discrecionalidad del artículo 12 de la LOPA, el cual considero que es otro de los aportes más relevantes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En este sentido, es pertinente comentar la sentencia de la Sala Político Administrativa en el caso depositaria judicial de noviembre de 1982, con ponencia del magistrado Luis Henrique Farías Mata, la cual fue tajante al establecer que todo acto administrativo por más discrecional que sea, conforme a este artículo 12, está sujeto al control del juez en los elementos: sujeto, en cuanto a la existencia de una norma de competencia; causa, mediante la adecuación del supuesto de hecho al supuesto de derecho, que se controla a través de la motivación —igualmente una novedad que exige la ley en los artículos 8, 9 y 18.5—, y el fin de la norma, es decir, la adecuación del acto al telos de la disposición legal que define la competencia; así como los elementos formales del procedimiento y requisito de forma.

Incluso puede decirse que esta sentencia fue precursora de otra muy importante que se refirió al control de los actos de gobierno, el caso Grüber Odremán, fallo valioso de la Corte en Pleno, con ponencia de la doctora Josefina Calcaño de Temeltas, que consolidó el principio de que no hay actos excluidos del control del juez, ni siquiera aquellos que se dicten en la ejecución directa de la Constitución, con móvil político y amplia discrecionalidad.

Sobre esta emblemática decisión, el profesor Gustavo Urdaneta comentó lo que constituye la novedad con la que culminó mi exposición al indicar que la sentencia del caso de depositaria judicial se apartaba ya del esquema de clasificación tradicional de los vicios del acto administrativo originado en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y se afiliaba a la más moderna tendencia que los clasifica relacionándolo con los respectivos elementos esenciales del acto.

Esto es, en efecto, otra gran novedad de la Ley, la concepción del artículo 18 y sus vicios, en atención a sus elementos, lo cual también puso a trabajar a la doctrina y jurisprudencia, dado que los vicios de nulidad absoluta del acto, según este artículo 19, se refieren sólo a la incompetencia manifiesta, al objeto ilegal, imposible o indeterminado, y a la ausencia total y absoluta del procedimiento, dejando por fuera vicios tan graves como el falso supuesto, ausencia de causa, y la desviación de poder, cuestión que la jurisprudencia tuvo que resolver reconduciendo estos vicios a algunos de los ya establecidos en el artículo 19, o incluso con el criterio de que el juez puede ir más allá de los casos de nulidad absoluta del artículo 19 con la prudencia y cautela recomendable, determinando caso por caso si procede o no declarar la nulidad absoluta o radical de acuerdo a la gravedad y trascendencia de la irregularidad que afecte al acto examinado, porque, como señala alguna doctrina, en todo caso, el artículo 19 limita a la Administración y no al juez contencioso, ya que su facultad de control se deriva directamente de la norma constitucional que contempla a esta especial jurisdicción.

Veinte minutos resultan pocos si hurgamos en las novedades de la ley, y muchos si concluimos como empezamos, las novedades la ley pueden resumirse en una frase: toda ella fue novedosa. Muchas gracias.

Moderador. Jorge Kiriakidis. Muchísimas gracias, profesora. Gracias por su extraordinaria exposición, gracias también al profesor Urdaneta, la verdad es que esta jornada, que ha organizado la Asociación de Derecho Administrativo, está planteada como en pasado, presente y futuro.

El profesor Urdaneta y la profesora Grau nos han hablado de la historia, del pasado —no tan lejano— y elogiable de nuestro derecho administrativo, donde las cosas se hacían bien, como es esta ley; y ellos mismos, el doctor Urdaneta y la doctora Grau, eran parte de un tiempo donde las cosas se hacían bien, porque fueron ellos, junto con la doctora Belén Ramírez (que también está aquí presente), magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, cuando en este país los magistrados eran personas dignas de ser admiradas y seguidas. Todos nosotros, los que estudiamos en ese tiempo derecho administrativo y fuimos sus alumnos, los admiramos por eso, cosa que no se puede decir hoy, muy lamentablemente.

Ahora, pasamos de esta charla sobre lo extraordinario de nuestro pasado en derecho administrativo, para adentrarnos en un presente no tan promisorio, y hablar un poco sobre el futuro. Esta parte menos agradable le toca al profesor Miguel Ángel Torrealba Sánchez, que es abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela; es especialista en derecho administrativo de esa universidad; profesor titular de derecho administrativo de la UCV; profesor de derecho administrativo de la Universidad Monteávila; profesor de la especialización de derecho administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello; tiene máster en política territorial y urbanística en la Universidad Carlos III; doctor en derecho administrativo iberoamericano de la Universidad de La Coruña, España; y director adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica; es, además, miembro del Foro Interamericano de Derecho Administrativo, y el Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Profesor Miguel Ángel, bienvenido.

Miguel Ángel Torrealba Sánchez: La evolución de la LOPA a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en 1999

Ante todo, gracias a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por poder participar. Muy complacido por estar incluido dentro de este grupo de profesores y amigos de derecho administrativo, abordando el tema de la LOPA y, justamente como lo acaba de señalar el profesor Kiriakidis, en cierta manera, una suerte de panorámica de pasado,

presente y futuro. Pero me voy a permitir iniciar señalando dos aclaratorias: la primera de tipo jocoso, en cuanto a que a mí me dijeron que son entre 20 y 25 minutos, no 20 minutos exactos, pero voy a tratar de ceñirme, en la medida de lo posible, al menor tiempo en el cual pueda transcurrir mi conversación. En segundo término, me gustaría señalar que mi ponencia es desde un punto de vista dogmático teórico y no desde el punto de vista de la aplicación práctica, porque si fuera así, tendríamos que dedicarle, prácticamente, muchas sesiones a revisar la falta de aplicación del derecho público, y especialmente todo lo también relacionado con lo jurídico-administrativo, pero eso no es lo que nos convoca hoy.

Lo que nos convoca hoy es un poco revisar ¿qué ha pasado con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos desde el punto de vista de la incidencia de la legislación posterior? Y por eso llamé a mi ponencia «La LOPA a partir de 1999», partiendo, por supuesto, de que el hito fundamental que se estableció fue con la Constitución del 99. Podría señalar que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, hay un antes y un después en el derecho en general, y por supuesto, en el derecho público, y por ende, en el derecho administrativo. Más allá de que no voy a hacer tampoco referencia a temas muy novedosos, como, por ejemplo, el Estado de derecho convencional, me voy a limitar a hacer algunas referencias al caso venezolano, y en ese sentido, a partir de la Constitución del 99.

Hay un nuevo marco constitucional que establece una serie de consecuencias fundamentales para el derecho administrativo, por supuesto, para el derecho constitucional, pero también para el derecho administrativo. Por eso se habla, hay trabajos, sobre la constitucionalización del derecho administrativo, el derecho administrativo constitucional o la constitución administrativa. Trabajos, por ejemplo, de los profesores Brewer-Carías, José Araujo-Juárez, entre otros, que se han dedicado a recoger lo que han sido las tendencias desde la segunda mitad del siglo XX, en el caso de los países europeos de derecho continental, que han ido estudiando esa imbricación entre la Constitución y el derecho administrativo. Entonces, este sería el marco conceptual que permite un poco referir lo que he dividido así: las principales novedades de la Constitución y la reafirmación de los principios tradicionales.

En cuanto a las principales novedades de la Constitución, tenemos que referir, en primer lugar, varias normas constitucionales que se destinan a regular la Administración Pública, lo cual es una novedad en Venezuela, y lo que es, sin duda, un hito en la Constitución del 99. Así, por ejemplo, el artículo 141 de la Constitución define a la Administración Pública vicarial, delineada por una serie de principios de actuación, y el hecho de que la Administración está destinada a las personas, al servicio de las personas, en cierta manera parafraseando, pero con algunos cambios, a las normas previas de las Constituciones española, italiana y alemana. En el

caso venezolano, la Administración Pública vicarial ha sido así enfocadas por varios autores, quizá el que le ha dedicado mayor atención, haciendo un trabajo monográfico específico, ha sido el profesor José Ignacio Hernández, en cuanto al concepto constitucional de Administración Pública y varias de las consecuencias de esta definición principialista que establece el artículo 141 de la Constitución.

Luego de ello, por supuesto, hay que hacer referencia al Estado patrimonialmente responsable y a la Administración Pública patrimonialmente responsable, como está regulado en el artículo 140 de la Constitución. Sin duda es una de las normas que, con algunos cambios menores, recoge incluso las propuestas doctrinarias que estaban en boga en aquella época y que ciertamente constituyen, también, un gran avance con relación a lo que venía siendo el esfuerzo que tenía que hacer el operador jurídico, básicamente la jurisprudencia venezolana. Esfuerzo que tuvo que hacerse durante los años 80 y 90 del pasado siglo para ir construyendo un sistema de responsabilidad patrimonial sobre la base de unas normas constitucionales previas bastantes escuetas. En cambio, el artículo 140 de la Constitución sí da una mucha mayor base, de hecho, ha dado también lugar a discusiones doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica, los principios e incluso la regulación aplicable al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado. Y además, no solamente es responsable la Administración Pública, no solamente desde el punto de vista orgánico y funcional, sino la responsabilidad del Estado en cualquiera de sus funciones (función administrativa, función normativa o legislativa o función jurisdiccional).

Seguidamente, otra norma que en mi opinión es una verdadera novedad de la Constitución del 99, es la regulación del debido proceso administrativo y la extensión de este al tema del procedimiento administrativo, asunto que ya se venía ocupando la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos desde casi 20 años antes, pero que encuentra mucho mayor refuerzo a partir de la Constitución del 99, el debido proceso tanto en sede judicial, pero también los principios del debido proceso en el procedimiento administrativo de primer grado, de formación del acto, pero también en el procedimiento administrativo de revisión del acto o los procedimientos administrativos especiales, por ejemplo, el procedimiento sancionador.

Se trata entonces de unas normas constitucionales que, en virtud de la supremacía constitucional y del propio efecto de irradiación (como lo llama la doctrina alemana) de la Constitución, tienen que determinar entonces, o debieron haber determinado, un cambio fundamental en la concepción de la Administración Pública, y por consecuencia, en las instituciones del procedimiento administrativo, de la actividad administrativa y

del acto administrativo, entre otras, que están reguladas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En cuanto a la reafirmación de los principios tradicionales, cuento con la fortuna de que ya esa parte fue desarrollada por la profesora María Amparo Grau. Entonces, simplemente lo que habría que reafirmar es que la Constitución del 99 confirma, reafirma, y en algunos casos explicita, lo que son los principios básicos del Estado de derecho: la cláusula del Estado democrático y social de derecho y de justicia, la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad en el caso venezolano, además, con una especial atención que le dedicó la Constitución del 99, y desde el punto de vista teórico, yo creo que, sin duda, un gran avance, más allá de las notables desviaciones que, como todos sabemos, en que se ha incurrido en la práctica.

Luego tenemos el principio de legalidad o el principio de juridicidad, y la separación de los poderes que, sin duda, es la clave fundamental para poder identificar un verdadero Estado de derecho; el tema del debido proceso administrativo que ya lo referí previamente, pero que también, además de que está consagrado constitucionalmente, es una reafirmación de esos principios tradicionales que ya venían estableciendo la LOPA. La LOPA, en ese sentido, es una de las primeras leyes que se inscribe en la tendencia de consagrar o de darle basamento expreso a los principios del procedimiento administrativo, y sin duda, eso ha sido objeto de estudio, por ejemplo, en el caso iberoamericano por el profesor Allan Brewer-Carías.

Lo otro que también se reafirma en la Constitución del 99, que igualmente se refería la profesora María Amparo Grau, es el tema del contencioso-administrativo, la justicia administrativa o el control judicial de la Administración. En este caso, el artículo 206 de la Constitución del 61 pasa a ser el 259 de la Constitución del 99, y aparentemente la norma no tiene mayor cambio. Lo cierto es que veremos que una lectura armónica de la Constitución del 99 llama a hacer un verdadero replanteamiento de la base y del funcionamiento del contencioso-administrativo venezolano.

Pero además de eso, de la Constitución del 99, vinieron una serie de Leyes que, en algunos casos invitan a una revisión de la lectura de la LOPA de principios de los años 80. Así, por ejemplo, tenemos el caso de la Ley Orgánica de la Administración Pública del 2001 con sus lamentables reformas del 2008 y 2014. Esta Ley Orgánica de la Administración Pública establece los principios de la actividad administrativa, los principios de la organización administrativa, tanto en la Administración Pública central como en la Administración Pública descentralizada funcionalmente, y en algunos casos también territorialmente; establece la definición de lo que es órgano, entes, descentralización funcional, entes de derecho público, ente de derecho privado; y además de eso, esta ley incluye un

procedimiento administrativo específico que no estaba previsto en la LOPA, como es el tema de la participación de la ciudadanía en la elaboración de actos normativos a través de un procedimiento de divulgación pública o de consulta pública previa. En esto simplemente remito a los trabajos, entre otros, del profesor Chavero, que le ha dedicado especial atención a ello.

Y en cuanto a la Ley Orgánica de la Administración Pública, la doctrina en su general le ha dedicado mucha atención, por supuesto, el propio Allan Brewer-Carías, el profesor José Araujo-Juárez y también el profesor Peña Solís, en sus diversos libros y en los tratados que han editado estos autores, pues le dedican, como no podría ser de otra manera, una gran atención a lo que es toda la novedad que implicó el desarrollo de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Este texto realmente termina siendo una ley que es casi un manual, con sus deficiencias y carencias, pero prácticamente su contenido es un Manual de Derecho Administrativo. Y que, además, refleja mucho de lo que había venido siendo el avance en los aportes que había hecho la doctrina y la jurisprudencia venezolana en los años 80 y 90 del siglo pasado.

Luego tenemos otras leyes que se han dictado a partir de la Constitución de 99. La Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, sobre la cual se ha escrito poco, probablemente quien le ha dedicado especial atención es el profesor Armando Rodríguez García; y la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que, junto con la Ley Orgánica de la Administración Pública, es la que viene a delinear la configuración de la Administración Pública a la luz de la Constitución del 99, que se nutre de lo que venía siendo la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a definir lo que es la organización administrativa y los principios de la organización administrativa venezolana. Sobre el tema de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que, por cierto, la última reforma es un verdadero borrón y cuenta nueva de lo que eran las leyes previas, quien le ha dedicado la especial atención ha sido el profesor Enrique Sánchez Falcón, y ha puesto de relieve cuál ha sido la evolución legislativa en cuanto a las diversas reformas de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

En todo caso, también podríamos mencionar, pero solo muy de pasada, el tema de las tecnologías de la información y de la comunicación, que se han venido reflejando en leyes que regulan parcialmente el procedimiento administrativo electrónico. El problema con estas leyes (que son varias, que además están dispersas, que no responden a un criterio uniforme) es que, en tanto no se instrumenten los mecanismos adecuados para darle seguridad jurídica a los procedimientos administrativos que allí se establecen, en cuanto a la determinación e identificación de la autoría de las personas (mientras no haya, por ejemplo, el tema la firma

electrónica y otros elementos), pues, sencillamente, son leyes que no resultan de aplicación integral y práctica. Le ha dedicado especial atención la doctrina venezolana en tiempos recientes, simplemente me limito a señalar la obra colectiva editada por FUNEDA y AVEDA, que coordinó recientemente el profesor Belandria García.

Otro punto que en mi opinión es muy importante, de las leyes recientes que han venido a incidir en la LOPA, no retroactivamente, pero sí que han venido a replantear una necesaria revisión del texto de la LOPA, sin duda, se encuentra la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y en este sentido también me puedo referir a los comentarios de la profesora María Amparo Grau. A la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la doctrina le ha dedicado alguna atención, yo diría que no es suficiente, pero, sin duda, la ley establece una serie de parámetros muy importantes que inciden en los temas que regula la LOPA. Comenzando con la ampliación del objeto de las pretensiones procesales, se trasciende el concepto del acto administrativo como el mecanismo o el objeto de control del contencioso-administrativo; se incluye la vía de hecho, la inactividad administrativa, la pretensión en materia de prestación del servicio público; se recogen las tendencias modernas de derecho procesal en cuanto a la ampliación del objeto de la pretensión no limitada a actos administrativo. Sin duda, esto es un cambio muy importante con relación a todo lo que era la regulación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Otro punto muy interesante es el tema de la legitimación. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa unifica la legitimación en el contencioso-administrativo y, por tanto, el reenvío, la remisión que hace la LOPA a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, debe entenderse hoy a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y a esa unificación de la legitimación en base al interés jurídico actual. Lo cual, sin duda, es un avance en lo que se refiere a permitir el acceso a los particulares a los procesos administrativos, al contencioso administrativo como uno de los elementos identificadores del Estado de derecho.

Otro asunto que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa regula, pero esta vez de manera muy deficiente, es el tema de la caducidad de las pretensiones, porque en el artículo 32 se refiere al tema del cómputo del lapso de caducidad de las demandas de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, y lamentablemente, el legislador, de manera poco reflexiva, termina copiándose, y además, con deficiencias, al viejo artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que reguló, por primera vez, de forma general, el silencio administrativo con algunos efectos. Pero la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, inexplicablemente, olvida que el silencio

administrativo, con una mayor amplitud, está regulado en el artículo 4 de la LOPA y tuvo que haberlo considerado, el resultado de no haberlo considerado es que:

1. Primero, la norma de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que regula el cómputo de la caducidad de la demanda de nulidad de actos administrativos es una norma difícilmente comprensible porque, además, es una mala copia de la norma original.
2. Además de eso, no toma en cuenta, con la suficiente claridad, no solamente la regulación del silencio administrativo de la LOPA, sino no toma en cuenta el hecho de que la LOPA establece un elenco de recursos administrativos que no estaban contemplados cuando se dictó la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La consecuencia es que el artículo 32.1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es de muy difícil aplicación, porque no tomó en cuenta el cambio que se había producido casi tres décadas previas en materia de cómputo del lapso de caducidad, según se tratara de un acto administrativo emanado como consecuencia de la culminación de un procedimiento administrativo constitutivo, y, por el contrario, la diferencia que tendría que hacer si se trata de un acto administrativo que es el resultado de la culminación del recurso administrativo. Además, tratándose de que la LOPA establece diversos recursos y diversos lapsos de resolución de estos. Nada de eso, lamentablemente, lo consideró el legislador en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 2010, y amerita un esfuerzo especial de la doctrina para poder tratar de desentrañar este tejido del legislador.

Además de eso, lo cierto es que hay un punto que regula la LOPA, y ciertamente fue el primer intento de regulación, pero lo lógico es que estuviera mucho mejor, y de manera más detallada, en su complemento posterior, a saber, en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Me refiero al tema del control judicial de la discrecionalidad, tanto al control administrativo, pero también del control judicial de la discrecionalidad o de la reducción de la discrecionalidad a su justo límite y su reenvío al control por los principios generales del derecho. Nada de eso lo toca Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Culmino señalando que, sin duda, debe haber otros textos de derecho positivo y otros elementos que hubieran sido importante considerarlos, pero yo creo que con este breve panorama que les he expuesto da pie lo suficientemente contundente y claro para que se vea la necesidad de reflexionar sobre: primero, un replanteamiento de la LOPA. Y en segundo término, que cuando los tiempos sean más propicios para ello, la revisión

integral de la LOPA, no para desestimar los aportes y los beneficios y las fortalezas de la Ley, sino por el contrario, para poner al día una ley que en su momento estuvo llamada a modificar la propia concepción de la Administración Pública, pero que hoy en día, 40 años después, sin duda requiere ponerse a tono, tanto con las normas constitucionales y convencionales como incluso con las tendencias del procedimiento administrativo en nuestro contexto en Iberoamérica. Muchas gracias.

Moderador. Jorge Kiriakidis. Muchísimas gracias. Extraordinarios nuestros ponentes, son además muy respetuosos del tiempo. Extraordinaria charla, además. Qué bueno y qué gusto volverte a oír hablar, no solamente de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sino de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respecto de la cual creo que estamos de acuerdo siempre en que la única forma de considerarla una buena ley, es compararla a la que la que la antecedió, que era simplemente imposible. Muchas gracias por tu exposición.

Ahora va a conversar con nosotros la profesora Cosimina Pellegrino Pacera, es abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela mención Magna Cum Laude, especialista en derecho administrativo en la UCV, doctor en ciencias mención derecho también de la Universidad Central de Venezuela, profesora de derecho administrativo II y de derecho administrativo, tanto en la Escuela de Derecho de la UCV, como en la Escuela de Estudios Internacionales de la UCV, profesora del doctorado de derecho en la Universidad Central de Venezuela.

La profesora Pellegrino nos va hablar sobre ideas para la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Sea bienvenida, profesora.

Cosimina Pellegrino Pacera: Ideas para la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

Gracias Jorge. Buenas tardes a todos. Agradezco a la directiva de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por esta invitación a participar en la celebración de los cuarenta años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Agradezco, especialmente, al profesor Juan Domingo Alfonzo y al profesor Antonio Silva por este evento, que no solamente reúne a numerosísimos profesores, sino también logra permitirme disertar sobre algunos puntos que son de interés en esta materia, como el que me ha correspondido tratar en los próximos veinte minutos. Espero no defraudar al profesor Kiriakidis en cuanto a la puntualidad. El tema que me corresponde desarrollar es sobre algunas ideas para una eventual reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Para ello, yo he elaborado una presentación.

Voy a iniciar mi exposición con las palabras que decía el profesor Gustavo Urdaneta, acerca de que afortunadamente tenemos esta base legal a

la cual debe ceñirse todo órgano, toda instancia administrativa; una ley que ha permanecido por cuarenta años, que necesariamente debe ser replanteada, debe ser redimensionada, incluso mejorada como indica el profesor Fraga Pittaluga en su reciente obra sobre la notificación electrónica de los actos tributarios. La LOPA no puede continuar atada al mundo físico y analógico pues corre el riesgo de convertirse en un conjunto de reglas rígidas e inútiles; y, por ende, pueden sus reglas ser suplantadas por prácticas contrarias a la propia ley, lo cual, evidentemente, no traería consigo un escenario alentador, sobre todo para las personas, porque podría traer anarquía o caos.

Planteando el tema que me corresponde desarrollar y vista la diversidad de propuestas que han podido surgir para una posible reforma a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, yo he establecido siete ideas preliminares que les quiero señalar brevemente; aunque, por razones de tiempo, solamente vamos a desarrollar tres de ellas:

En primer lugar, la LOPA requiere de una regulación que permita contemplar la Administración electrónica, el procedimiento administrativo electrónico, y, por ende, el acto administrativo electrónico; es decir, desarrollar un procedimiento conforme a las tecnologías de la información y la comunicación.

Igualmente, atendiendo a esta primera idea preliminar, correspondería replantearse la definición de acto administrativo que contiene la LOPA, justamente en su artículo 7, en donde se incluiría, por supuesto, una noción de acto administrativo electrónico que, como he expuesto en otras oportunidades (hay un artículo de mi autoría sobre este punto), la particularidad del acto administrativo electrónico es el soporte en que se encuentra esta manifestación de voluntad de la Administración Pública (como es el soporte digital), manteniéndose, por supuesto, todas las condiciones de validez, tanto de fondo como de forma, que debe cumplir todo acto administrativo de los que tradicionalmente conocemos.

Esta ampliación de la definición del acto administrativo abarcaría, por una parte, esta noción de acto administrativo electrónico; y, por otra parte, la inclusión de los actos de autoridad que menciona la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, a la que se refería el profesor Torrealba; de algún modo debe haber una armonía entre ambos textos legislativos. Recordemos que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, que data del año 2010, establece como actos que están sujetos al control jurisdiccional los actos de autoridad; necesariamente, ante una eventual modificación de la LOPA, habría que considerar las nociones de actos administrativos que han sido incluidas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En tercer lugar, proponemos modificar el silencio administrativo negativo por el silencio administrativo positivo. En cuarto lugar, establecer el carácter opcional del ejercicio de los recursos administrativos, atendiendo, por supuesto, a los cambios que hemos tenido en esta materia; en particular, por la Ley Orgánica de la Administración Pública, que establece el carácter facultativo para la persona de agotar o no la vía administrativa; y a lo que se han sumado la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la propia Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por supuesto que este carácter opcional del ejercicio de los recursos administrativos, del agotamiento o no de la vía administrativa, implicaría también otras consideraciones.

En quinto lugar, regular la prohibición de la reforma perjudicial, también conocida con la expresión latina de la *reformatio in peius*, que está contenida en la facultad que tiene la Administración (*ex* artículo 90 de la LOPA) de modificar, incluso, peyorativamente, la decisión que ha sido recurrida, con lo que la nueva decisión podría resultar más gravosa para la esfera jurídica o al patrimonio jurídico de la persona. Nosotros somos partidarios de que se debe regular la prohibición de esta facultad que tiene la Administración, no obstante que la propia jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa ha reconocido esta potestad que tiene la Administración de desmejorar la condición de la persona, en la sentencia número 305 del año 2007, de fecha 22 de febrero.

La propuesta nuestra sería que no deberíamos ver el recurso administrativo como una amenaza para la persona, para el administrado, sino como un medio de defensa; porque el hecho de ejercer un recurso administrativo, que puede ser de reconsideración o jerárquico, y tener el peligro de que la Administración pueda modificar empeorando la situación del administrado constituye, en efecto, un riesgo indebido. Nuestra propuesta es, pues, que se prohíba esta potestad por parte de la Administración Pública.

En sexto lugar, regular los actos probatorios como parte del derecho a la defensa contenido en el artículo 49 de la Constitución venezolana. Recordemos que la LOPA, lamentablemente, sólo tiene una regulación referida a la libertad probatoria, que está en el artículo 58. Nosotros, más bien, proponemos que haya una regulación básica en cuanto a este tema, sobre todo en relación a la valoración que debe hacer la Administración Pública acerca del objeto probatorio. De hecho, se puede plantear la inclusión de los sistemas de valoración que están previstos en el Código de Procedimiento Civil y atenderse, según el tipo de medio probatorio, o a la valoración tasada, o la valoración de libre convicción del órgano decisor. Sobre esta materia ha habido jurisprudencia acotando que la Administración Pública puede valorar las pruebas o los medios probatorios por medio de la sana crítica.

Una séptima propuesta es la de regular el procedimiento sancionador. Debo decir que, en verdad, esta idea en parte fue propuesta por el profesor Miguel Ángel Torrealba con ocasión de los treinta y cinco años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que celebró la Universidad Católica Andrés Bello. De algún modo, nosotros estamos reafirmando esa iniciativa o este planteamiento que formuló el profesor Torrealba en el año 2016.

De esas siete ideas preliminares que hemos expuesto, nosotros nos limitaremos a desarrollar tres. En primer lugar, la propuesta que consideramos de interés es la necesidad de regular el procedimiento conforme a las tecnologías de la información y la comunicación. Aquí, por supuesto, se puede hacer numerosas consideraciones, pero nosotros solamente nos vamos a limitar a una de ellas, dado al tiempo limitado que tenemos.

Siguiendo con la tendencia legislativa de países de nuestro continente —particularmente, la legislación colombiana—, nosotros somos partidarios de regular los medios tecnológicos que han de ser utilizados por la Administración Pública. Es cierto que, como señalaba el profesor Torrealba, en nuestro país existen normas sobre la materia, como puede ser la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas o también la denominada Ley de Operatividad y la Ley de Infogobierno. Pero tenemos que buscar la manera de uniformarlas y de algún modo brindar seguridad jurídica ante esa dispersión de normas.

La aplicación de las nuevas tecnologías respecto a las relaciones administrativas no sería obligatoria para las personas, sino que ellas deberían expresar su aceptación ante la Administración. De manera que quedaría limitado el que la Administración impusiera unilateralmente el uso de estos medios telemáticos cuando interactuara con las personas. En cambio, sí existiría la obligación por parte de la Administración de utilizar estos medios electrónicos.

En este punto, refiriéndonos ya a lo que sería el acto administrativo electrónico, debo reiterar mi posición de que tiene la particularidad de que su soporte es digital, no obstante que sigue siendo un acto que se expresa de manera escrita y que, por ende, debe cumplir con los requisitos de validez que conocemos tradicionalmente: el elemento objetivo, el subjetivo, elemento causa, elemento teleológico y elemento formal. Entonces, en este caso, el acto administrativo se expresaría igualmente de una manera analógica, como conocemos, en papel, y por medios electrónicos; en ambos casos, habría que cumplir con los requisitos de validez, tanto de fondo como de forma.

Ahora bien, en relación con la notificación electrónica, necesariamente aquí hay que insistir en un punto, sobre todo con ocasión de algunas sentencias que han emanado del Tribunal Supremo de Justicia,

particularmente, la Sala Político-Administrativa. Y es que la Sala Político-Administrativa (fallo Colgate Palmolive del año 2015) libera a la Administración Pública de la obligación de cumplir con los requisitos de forma a los que se refieren los artículos 73 y 74 de la LOPA; es decir, las condiciones, los requisitos, que debe cumplir la notificación. Consideramos que el hecho de que la Administración Pública emplee medios telemáticos no justifica o no libera la obligación que tiene la Administración de cumplir con estos parámetros, que es justamente lo que le da seguridad jurídica o certeza jurídica de cómo van a ser practicadas o cómo van a ser elaboradas las notificaciones electrónicas.

En relación con las notificaciones por vía electrónica, habría que considerar un punto sobre el cual ya he expresado mi posición en otra oportunidad, pero que no voy a desarrollar en este momento. Se trata de una práctica que se ha hecho muy frecuente, sobre todo con ocasión de la pandemia, y que consiste en que la Administración notifica algunas de sus decisiones a través de las redes sociales, particularmente en una red como es el WhatsApp, siempre y cuando así lo hayan solicitado las personas interesadas. En este caso, habría que considerar este aspecto; pero, insisto, en las notificaciones electrónicas, necesariamente la Administración debería cumplir con los parámetros que establece actualmente la LOPA.

Luego tenemos la inclusión del tiempo en que se debe cursar la notificación, es decir, se debería plantear un plazo dentro del cual la Administración Pública deba dar curso a la notificación. Esta propuesta no sería sólo para las notificaciones electrónicas, sino también para las notificaciones tradicionales, sobre todo porque hay casos en los cuales la Administración Pública no notifica con la inmediatez que debería ser, una vez que ha adoptado la decisión, y por ende el administrado o la persona quedaría a la espera de la notificación de esa decisión.

Un segundo aspecto que nosotros queremos proponer y que nos parece de peculiar importancia; digo peculiar porque aquí ha habido algunas posiciones diversas por parte de la doctrina. Es la propuesta de la modificación del silencio administrativo negativo, por el silencio administrativo positivo.

Nosotros somos partidarios de que, con el ánimo de garantizar el derecho a una oportuna y adecuada respuesta que tiene la persona de acuerdo en la Constitución, y sobre todo no causar la indefensión al administrado, los procedimientos administrativos de primer grado deberían estar sujetos a un silencio administrativo positivo; es decir, que la petición que haga la persona se consideraría aprobada por parte de la Administración Pública. Obviamente, este silencio administrativo positivo operaría para procedimientos administrativos de carácter constitutivo,

es decir, de asuntos de autorizaciones o aprobaciones o que sean beneficiosas para el interesado.

Mantendríamos el silencio administrativo negativo en el procedimiento administrativo de impugnación, no obstante que ha habido propuestas según las cuales el silencio administrativo, visto que el agotamiento de la vía administrativa es opcional, no sería útil su consagración. Nosotros consideramos que, teniendo la persona la opción de agotar o no la vía administrativa, sería importante darle seguridad jurídica, manteniendo el silencio administrativo negativo para permitirle que continúe con ese agotamiento de la vía administrativa o para acudir a la vía contencioso-administrativa.

Finalmente, tenemos la propuesta de regular los aspectos básicos del procedimiento sancionador. Lamentablemente, existe una variedad de disposiciones de rango sublegal sobre este tema; incluso a veces están al margen de los principios constitucionales y nuestro ánimo es justamente regular esa facultad punitiva, esa facultad que tiene la Administración de sancionar a las personas fuera de su ámbito interno. Hacemos la acotación de que sería fuera de su ámbito interno para diferenciar la potestad sancionatoria propiamente dicha de la potestad disciplinaria que tiene la Administración; ésta, respecto a los funcionarios públicos, está regulada en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Una manera de garantizar un derecho que la persona tiene —sobre todo la certeza de cuándo va a emitir la decisión la Administración, porque a veces se inician procedimientos sancionatorios pero la Administración no los culmina— es consagrar la caducidad del procedimiento sancionador como forma de extinción de ese cauce, sobre todo para sancionar, de algún modo, a la Administración por haber incumplido con su deber de adoptar una decisión dentro del plazo previsto. Se trata de un asunto que, a nuestro entender, requiere de una urgente previsión por parte de una LOPA que se llegara a reformar. De esa manera, la persona que está siendo sancionada, tendría certeza de que ese procedimiento no va a estar pendiente de decisión indefinidamente por parte de la Administración.

Y establecer, por supuesto, a quien corresponde la carga de la prueba. Esto también está relacionado un poco con los aspectos probatorios que debería consagrar la ley, y sobre todo que, en este caso, siendo procedimientos sancionadores, corresponde la carga de la prueba a la Administración, atendiendo al principio de la presunción de inocencia. Lamentablemente, esta carga se ha invertido y es la persona quien ha tenido que probar que es inocente y no más bien la Administración probar la culpabilidad de la persona.

En términos generales, en las propuestas que nosotros planteamos se busca disminuir la amplia discrecionalidad que tiene la Administración que a veces raya en arbitrariedad; reforzar las garantías fundamentales que tiene la persona desde el punto de vista procedimental y administrativo; promover el procedimiento simple y breve, sobre todo tratando de suprimir esos formalismos a veces innecesarios; o de algún modo imponer la simplificación de trámites que ya están desarrollada en una ley especial, pero que sería más adecuado incorporara en una futura nueva LOPA; y, por supuesto, en su modernización a través de la incorporación de las tecnologías. Esto implicaría un mejor funcionamiento de la actividad administrativa.

Solamente me resta agradecer a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo haberme invitado en esta actividad en la tarde de hoy y que, reitero, celebro con júbilo los cuarenta años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pero que requiere ser revisada y redimensionada en los tiempos actuales, para garantizar la centralidad de la persona y, por ende, reforzar ese principio básico y fundamental como es el carácter servicial o el carácter vicarial que tiene la Administración ante la persona. Muchísimas gracias y estoy atenta ante sus comentarios o preguntas.

Moderador. Jorge Kiriakidis. Muchísimas gracias, profesora, por su excelente exposición. Ahora vamos a abrir un pequeño lapso de preguntas; yo voy a ir leyendo y voy a señalar para quién van dirigidas, pero esto con ningún ánimo de limitación; es decir, cualquiera de los profesores expositores que sienta que puede complementar la respuesta que ha dado alguien, pues está invitado a hacerlo.

La primera pregunta es de Manola Benítez para el profesor Urdaneta: ¿podría repetir por qué la LOPA no es aplicable a los municipios?

Gustavo Urdaneta. Sí, gracias por la pregunta. Yo me referí a la posición que sostuve hace cerca de cuarenta años en la ponencia que está recogida en el *Anuario de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, del Instituto de Derecho Público, dedicado a los procedimientos administrativos. En ese mismo *Anuario* aparece también otro trabajo sobre el mismo tema, el de la aplicabilidad de las disposiciones de la LOPA a estados y municipios. Ese otro trabajo fue escrito por Luis Torrealba Narváez, un insigne municipalista; a él le correspondió la ponencia principal sobre este tema, mientras que yo fui en realidad su comentarista. Yo era para ese entonces un novel profesor en ese tiempo y me atreví a contradecirlo un poco. En efecto, Torrealba Narváez sostenía que la LOPA era aplicable a estados y municipios, no de manera directa, pero sí por analogía.

Yo comenzaba por hacer un análisis de qué era lo que pretendía disponer la LOPA, en el aparte único de su artículo 1º: “Las administraciones

estadales y municipales, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República ajustarán igualmente sus actividades a la presente Ley, en cuanto les sea aplicable”. Y concluía afirmando que la LOPA pretendía que esas administraciones autónomas se rigieran, pura y simplemente, por las disposiciones de la ley. Tal pretensión era, a mi juicio, contraria a la Constitución, violatoria de la autonomía de estados y municipios, en la medida en que invadía su ámbito material de competencia. Efectivamente, la materia de los procedimientos administrativos había sido siempre considerada como formando parte de la competencia del legislador estatal y del legislador municipal, y eran numerosas las leyes estadales y, sobre todo, municipales (las ordenanzas) que regulaban procedimientos administrativos en asuntos de sus respectivas competencias. Con motivo de la aparición de la LOPA y su pretensión de extender sus efectos a estados y municipios, hubo quien avanzó una interpretación de la disposición constitucional consagradoria de la reserva legal nacional (artículo 136, ordinal 24º, de la Constitución de 1961, similar en esto al artículo 156, numeral 32, de la Constitución de 1999: “Es de la competencia del Poder Nacional: la legislación civil, mercantil, penal, penitenciaria y de procedimientos...”), según la cual esa reserva al legislador nacional de la materia de procedimientos abarcaba los procedimientos administrativos. Por mi parte, yo sostenía lo contrario: esa reserva se refiere sólo a los procedimientos adjetivos de las materias sustantivas mencionadas antes en esa misma frase, tal como había venido siendo interpretado pacíficamente en nuestro país; era por eso que teníamos una ley nacional denominada Código de Procedimiento Civil, porque la materia sustantiva civil estaba reservada al Poder Nacional, lo que ocurría también con la materia penal y otras materias sustantivas reservadas al legislador nacional. A mi juicio, lo que escapaba de la competencia de estados y municipios, con base en esa reserva, era la materia de los procedimientos judiciales.

En cambio, los procedimientos administrativos siempre habían sido considerados como materia propia de la competencia de estados y municipios, en la medida en que se tratara de materias administrativas atribuidas a ellos. Nunca se había entendido que las ordenanzas que regulaban procedimientos municipales fueran inconstitucionales, a pesar de que, si se hubiera tratado de una materia reservada al Poder Nacional, las leyes estadales y municipales creadoras de procedimientos administrativos forzosamente tendrían que ser consideradas inconstitucionales. Y eso nunca ocurrió, ni tampoco ha ocurrido después de dictada la LOPA. Los municipios han continuado legislando sobre procedimientos administrativos en materias de su competencia material.

Por otro lado, tampoco estaba de acuerdo en ese trabajo con la propuesta del profesor Torrealba Narváez de que la LOPA se aplicará a las entidades territoriales por analogía, porque para que una norma pueda

ser aplicada por analogía, se requiere que esa norma forme parte del ordenamiento jurídico donde exista la laguna que va a ser llenada mediante la analogía. Eso no ocurre aquí, según razonaba yo para ese entonces, pues la LOPA no formaba parte de los ordenamientos jurídicos estatales y municipales, y por lo tanto mal podría aplicarse por vía analógica. Tal razonamiento lo veía reforzado yo por una razón muy sencilla: a nosotros nos enseñaron, desde el primer año de derecho, que la analogía es una técnica de integración del derecho basada en una presunción, la presunción de que el legislador, que ha legislado de una determinada manera, si estuviera en posición de regular esa materia donde hay una laguna, lo haría de la misma manera como lo hizo en otra materia similar. Pues bien, en este caso no es así porque el legislador de la LOPA es el legislador nacional; entonces, mal podemos presumir que, en el municipio, el legislador municipal va a regular esa materia de la misma manera como lo hizo el legislador nacional; me parecía que eso era absurdo, y que no se podía sostener esa aplicación por vía analógica.

Ahora bien, todo eso lo sostenía yo desde el punto de vista del purismo de la interpretación. Pero luego, la vida real me fue haciendo ver que lo que estaba ocurriendo era que en los municipios a la LOPA se la tenía como una norma general, aplicable en el municipio por vía supletoria: a falta de una norma expresa municipal, se aplica la LOPA. Y esa solución, más bien de carácter práctico que fundamentada en algún razonamiento teórico, no me parece mal. Por una parte, esa solución preserva de alguna manera la autonomía estatal y municipal, puesto que no les impide a estados y municipios legislar sobre sus propios procedimientos administrativos, y en ese caso, la norma prevalente será la estatal y la municipal, según los casos... Y, por otra parte, protege a los ciudadanos de posibles demoras, olvidos o negligencias de los legisladores estatales o municipales en regular dichos procedimientos; si no lo han hecho, el ciudadano estará protegido en sus relaciones con las administraciones estatales o municipales por la aplicación supletoria de la LOPA.

Esa solución, repito, no me parece inadecuada, al menos por sus resultados prácticos. Lo que sí no me parece razonable es lo que se piensa en algunos municipios y a lo que a veces me ha tocado enfrentarme como asesor legal que he sido de municipios: a la idea de que la LOPA es una norma superior a las ordenanzas municipales y que, por tanto, éstas no pueden contrariar el contenido de aquella. Esa idea no tiene apoyo en ningún razonamiento jurídico, al menos ninguno que yo conozca. O bien, la materia de procedimientos administrativos está reservada al legislador nacional, y en ese caso los municipios no pueden legislar al respecto. O bien, los municipios sí tienen competencia para regular esa materia; entonces, no hay ninguna razón para que la LOPA, ley nacional, tenga en el municipio mayor valor normativo que la ordenanza. Sin embargo, en algunas ocasiones tuve dificultad para que la autoridades de un municipio

comprendieran que sí podía dictarse una ordenanza municipal que regulara un tema de procedimientos administrativos de una manera distinta a como lo hace la LOPA. Tuve que convencerlos de que esa eventual ordenanza no era violatoria de la LOPA, porque la LOPA no es una ley superior a la ordenanza. La LOPA sólo es una norma supletoria de la ordenanzas, aplicable en los casos no previstos por éstas; pero las ordenanzas puedes establecer procedimientos diferentes a los de la LOPA. Por ejemplo y ese era un asunto bien delicado para el municipio, el tema de las notificaciones; una ordenanza puede regula la manera como su Administración practica la notificación de sus actos administrativos, de una manera diferente a la establecida en la LOPA, en la medida en que no contenga normas que desconozcan el derecho a la defensa o el derecho a estar informado o el derecho a la igualdad ante la Administración.

Y aquí voy a extenderme un poquito más. En realidad, tal como yo la veo, la LOPA son dos leyes distintas en un solo texto. La primera ley es la que regula la actividad de la Administración frente a los particulares, la que establece las reglas y principios que la Administración debe respetar en las relaciones jurídico-administrativas con las personas; en esos temas, están implicados los derechos constitucionales, los derechos y libertades de los particulares, que son temas reservados a la ley nacional. Por lo tanto, ninguna ley, ni siquiera una ley nacional, puede ir en contra de los principios establecidos en la LOPA, pues se trata de una ley orgánica, y en esos temas ella tiene valor prevalente frente a otras leyes nacionales. La otra ley que —a mi ver— se encuentra en ese mismo texto es la ley de procedimientos propiamente dicha; la que regula los temas procedimentales, como lapsos, fases, requisitos, modos de tramitar algo... Esa es otra ley, una ley que establece un procedimiento, el procedimiento ordinario, que ella misma califica como un procedimiento supletorio, por lo cual debe ceder ante cualquier procedimiento establecido en otra ley. Y esto, en mi opinión es tanto más aplicable en el caso de legisladores estatales y municipales, por cuanto a ellos los asiste la autonomía constitucionalmente consagrada para ocuparse de los asuntos que les son propios, como son los procedimientos a través de los cuales sus Administraciones tramitan los asuntos de su ámbito competencial. Efectivamente, ellos tienen toda la libertad para establecer los procedimientos administrativos —con sus requisitos, lapsos, modos formales de hacer las cosas— que les parezcan adecuados, en la medida en que no violen los principios fundamentales sobre derechos y libertades de las personas.

Moderador. Jorge Kiriakidis. Muchísimas gracias, profesor Urdaneta. Vamos con otra pregunta. Manuela Benítez pregunta a todos los ponentes ¿considera usted que pudiera resolverse, por vía de resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, todos los aspectos telemáticos no contenidos en la LOPA?

Cosimina Pellegrino. Bueno, yo en principio no soy partidaria de esa idea porque el Tribunal Supremo de Justicia estaría invadiendo una competencia que es propia de la Asamblea Nacional; en este caso, estaría violando el principio de la reserva legal. Le corresponde, en todo caso, a la Asamblea Nacional regular estos aspectos telemáticos en el orden del procedimiento administrativo, sobre todo si vas a modificar una ley.

Creo que estaremos abonando más en el terreno de la inseguridad jurídica, de la incerteza, en lugar de la seguridad que todas las personas requerimos en este tipo de temas. A pesar de que existan cuerpos o textos o instrumentos normativos que regulan algunos aspectos de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, deberíamos buscar una ley, que en este caso es la propia LOPA, que uniforme, que sistematice estos temas telemáticos para ser utilizados por parte de la Administración Pública.

Moderador. Jorge Kiriakidis. Muchísimas gracias profesora. Otra pregunta, Yolanda Rodríguez, pregunta para cualquiera de los ponentes ¿puede una Sala distinta a la Sala Plena del Tribunal Supremo de la Justicia aprobar una resolución tomando en cuenta que la LOPA dice en su artículo 17 que lo que no es resolución es orden o providencia o instrucción o circular?

María Amparo Grau. Permítanme intervenir, porque estas preguntas me llaman profundamente la atención. Estamos en un momento en que el tema del principio de la separación de los poderes, en atención a las distintas funciones del Estado, se encuentra en un grado de confusión gravísima; es parte de la afectación tan importante que existe en lo que es el Estado de derecho. Tenemos un Tribunal Supremo de Justicia que legisla, un Tribunal Supremo de Justicia que dicta actos administrativos, un Tribunal Supremo de Justicia que dicta resoluciones, acuerdos, etcétera.

Yo creo que lo que habría que comenzar por señalar es que el Tribunal Supremo de Justicia es un órgano del Poder Judicial. Entonces, la función que le corresponde a éste es la de sentenciar, es la de decidir a través de sentencias, a través del ejercicio de la función jurisdiccional, de los asuntos que a su conocimiento se someta, y de acuerdo al proceso y a los medios de impugnación que se han previsto. Eso, como órgano del Poder Judicial.

Como órgano de otro poder del Estado, también es cierto que el Tribunal Supremo de Justicia puede realizar, eventualmente, actividad administrativa; y aunque el artículo 7, de la LOPA, como vimos en la exposición, no se refiere a la posibilidad de que estos órganos de otros poderes realicen la actividad administrativa, lo cierto es que la jurisprudencia se ha encargado de establecer que el concepto de acto administrativo es algo

más que la actuación de la mera Administración Pública, y que efectivamente Poder Judicial, Poder Legislativo, órganos constitucionales autónomos, e inclusive los particulares, pueden dictar actos administrativos cuando ejerzan función administrativa. Entonces, el Tribunal Supremo de Justicia, eventualmente, sí puede dictar actos en los cuales resuelva aspectos del ejercicio de la función administrativa.

Aspectos administrativos de la organización, desde el funcionamiento de los tribunales, que esto estaría dentro del ámbito de la actividad administrativa; pero de ahí a decir que el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional o en cualquiera de sus salas, pueda, mediante una resolución, ejecutar, dictar y regular todo el tema de la notificación telemática o del uso de los medios digitales para la comunicación entre administrados y Administración, pues la respuesta tiene que ser contundentemente no, porque eso no es lo que el Tribunal Supremo de Justicia tiene por competencia realizar.

Yo pienso que es importante señalar y ratificar lo que señaló la profesora Cosimina Pellegrino, que esto es ley material, una reforma de la LOPA, o incluso pudiera ser eventualmente, si se acoge el criterio del doctor Urdaneta, tema de desarrollo de un reglamento, pero nunca a través de una resolución que dicte la Sala Plena con carácter normativo, porque evidentemente eso es una violación grosera y fragante, como tantas otras que ya viene produciendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Moderador. Jorge Kiriakidis. Muchísimas gracias profesora, contundente su respuesta y además clarísima. Se pregunta también a cualquiera de los ponentes ¿cómo queda el principio de la legalidad con aquellos procedimientos telemáticos no concebidos en los procedimientos establecidos en la LOPA o en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa?

Gustavo Urdaneta. No es nada extraño que una ley sea superada en el tiempo por los acontecimientos ocurridos en la vida real, por la nueva tecnología, por las nuevas situaciones; y el rol de la jurisprudencia sería, justamente, dar una interpretación progresiva que permita entonces, no desconocer la ley anterior, pero sí interpretarla a la luz de las nuevas realidades, y siempre conservando su espíritu y propósito. La ley no puede ser simplemente desconocida mediante cualquier acto o interpretación de un tribunal; ley está vigente mientras no sea derogada o no sea anulada. Pero en el caso de necesitar aplicar esa ley, sí se puede interpretarla a la luz de las nuevas realidades, Yo no tendría ningún inconveniente, por ejemplo, —lo digo así muy rápidamente, porque nunca me ha tocado como juez porque en la época en que lo fui probablemente eso no estaba planteado— en considerar que un acto administrativo que no esté plasmado en papel con tinta, pero que lo esté en los medios digitales, es

un verdadero acto administrativo y que es válido siempre que cumpla con los requisitos de la LOPA; yo no vería ningún inconveniente a considerar que es un acto administrativo, que es un acto escrito válido porque llena los requisitos de la LOPA.

Lo que no se puede hacer es saltarse a la LOPA y decir que, como ahora la cosa es distinta por la vía digital, entonces no hay que reunir los requisitos, no hay que decir quién es el órgano que dictó el acto, no hay que motivarlo, no hay que fundamentarlo en una norma legal, no hay que indicar los recursos que contra él proceden; eso sería violar la LOPA, eso no es interpretarla ni actualizarla. Pero en cambio, interpretar que los medios materiales en los que se pensó cuando se dictó la LOPA han sido ampliados, que hoy hay otros medios que cumplen exactamente la misma función que la forma escrita y que pueden ser objeto de los mismos medios de control y de salvaguarda que la forma escrita tradicional, eso sí es aplicar la ley con una interpretación progresiva, que me parece absolutamente válida y preservadora de los principios generales del derecho. Hoy en día leemos un libro impreso o lo leemos en formato digital y no hay ninguna diferencia; puedo decir que es más engorrosa una forma o la otra, pero los mecanismos de salvaguarda del origen, de la certeza del contenido, de la identidad, de quien actuó, etcétera, todo eso está perfectamente controlado por los medios digitales.

De tal manera que no veo mayor dificultad en que la jurisprudencia se dedique a interpretar la LOPA para aplicarla adecuadamente, actualizando los conceptos a la luz de lo que hoy en día existe, pero no que dicte una ley, lo que corresponde hacer a otro poder del Estado.

Moderador. Jorge Kiriakidis. Muchas gracias, profesor. Dos preguntas para la profesora Cosimina Pellegrino. La primera la formula Manuel Oropeza Olivo; pregunta: la LOPA se autodefine procesalmente como supletoria en los procedimientos especiales, ¿cuál sería su rol en el ámbito sancionatorio disciplinario hoy?

Cosimina Pellegrino. Hay que aclarar, primero, que la LOPA, no en el punto de vista procesal sino procedimental, la propia LOPA, lamentablemente, tiene una escueta regulación sancionatoria. De ahí, de algún modo, que la propuesta que hago es mejorar los aspectos básicos del régimen sancionador o del procedimiento sancionador, pero no de una manera exhaustiva porque para eso estarían las leyes especiales; pero sí un marco general que yo pudiera aplicar supletoriamente en otros casos en donde no existiera alguna regulación.

Moderador. Jorge Kiriakidis. Muy bien. La siguiente pregunta la formula Mauricio Pernía ¿piensa usted que en una reforma de la LOPA convendría incorporar lo referente a la simplificación de trámites administrativos, el derecho a petición, el acceso a información pública,

vinculado al régimen sancionatorio para los funcionarios públicos por la inobservancia de estas categorías?

Cosimina Pellegrino. Sí, en una futura reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, yo incluyo la simplificación de trámites y la mayoría de los aspectos que regula actualmente la Ley de Simplificación de Trámites. Por supuesto, yo podría regular todo el régimen sancionatorio de aquellos funcionarios que no dieron oportuna respuesta o que incumplieron con el deber que tenían de atender las solicitudes de la persona, siempre y cuando yo incluya esa regulación en la LOPA; porque en todo caso, yo pudiera regularlo en la propia Ley de Simplificación y hacer más bien una reforma puntual dentro de esa ley.

María Amparo Grau. Jorge, si me permite a mí me gustaría añadir, respecto de la primera pregunta, porque tiene que ver con una de las partes que yo desarrollé y que además que me parece muy interesante la pregunta formulada. Nosotros decíamos que el artículo 37 de la LOPA ciertamente dice que cede frente a los procedimientos especiales, procedimientos previstos en leyes especiales. Pero nosotros, invocando una doctrina de Gustavo Urdeneta Troconis, decíamos que esto se ha entendido que la Ley Orgánica nunca va a ceder en cuanto a los principios fundamentales que ella contiene y a la protección de los derechos y garantías de los administrados. Entonces, en materia sancionatoria, como se pregunta, yo pienso que la respuesta también tendría que ser, compartiendo por supuesto lo que dijo la profesora Cosimina, que esa aplicación supletoria no va a ocurrir cuando se trate del respeto de las garantías y derechos de los particulares. Les pongo un ejemplo; recuerdo un caso de la Corte Primera, había un procedimiento especial de sanción en el cual se establecía que la notificación de la sanción se haría mediante la publicación en la Gaceta Oficial del Estado, y la Corte Primera determinó que eso violaba la LOPA, y la Administración argumentaba que ellos tenían su procedimiento especial en una ley especial; sin embargo la Corte Primera en ese caso señaló que no, que la ley especial no podía modificar la necesidad de la notificación personal de un acto sancionatorio porque eso violaba el derecho a la defensa del administrado, porque enterarse dependía de si el administrado consultaba la gaceta, y entonces eso, indudablemente, mermaba el derecho a la defensa.

Entonces, ese es un ejemplo en el cual la LOPA aplica aun cuando exista una ley especial. Igual si la ley especial, por ejemplo, establece lapsos para la defensa que no son adecuados; entonces el juez en ese caso va a dar prelación a la LOPA, en tanto y en cuanto es protectora de los derechos de los particulares.

Moderador. Jorge Kiriakidis. Muchísimas gracias profesora, extraordinariamente clara. Ahora, para cerrar, los dejo con ustedes al profesor Juan Domingo Alfonzo, presidente de AVEDA, y yo me despido. Les pido

mil excusas por tenerlos fastidiados a los ponentes, y muchas gracias a todos por su paciencia y por su presencia.

Moderador. Juan Domingo Alfonso Paradisi. Simplemente de manera rápida, agradecer a cada uno de los ponentes, los cuatro excelentes expositores que hemos tenido en la tarde de hoy: el profesor Gustavo Urdaneta Troconis, la profesora María Amparo Grau, el profesor Miguel Ángel Torrealba Sánchez y la profesora Cosimina Pellegrino Pacera. Y agradecer la colaboración en la coordinación del profesor Jorge Kiriakidis, por supuesto, lo hizo de manera amena y excelentemente bien.

A pesar de la importancia de esta ley, el carácter histórico y de la seriedad del tema, nos sentimos como en casa, y hemos abordado el tema entre todos nosotros con mucha soltura, con mucha confianza, y estableciendo los temas importantes y relevantes del punto de vista histórico y jurídico del pasado; pero también estableciendo las críticas con ocasión de los cuarenta años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, presente y futuro. Analizando el tema de la Administración electrónica, el acto administrativo electrónico, de las notificaciones electrónicas... Total, que ha sido una ocasión propicia para, en el ámbito de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, conversar sobre este tema, analizarlo en virtud de las cuatro relevantes ponencias que ha habido y de las importantes preguntas y participación de los miembros de AVEDA.

Muchísimas gracias a todos los profesores que han estado con nosotros, a los estudiantes, a la profesora Belén Ramírez Landaeta, ex presidenta nuestra. También creo que vi por ahí al profesor Freddy Orlando, más temprano. Muchas gracias por su participación, y no quería dejar pasar la oportunidad, en nombre de la junta directiva, esta iniciativa de la junta fue planteada por un profesor que siempre está presente, que poco aparece en las cámaras, aparece en todas nuestras redes sociales con el gran apoyo de la profesora Jessica Vivas, pero siempre está detrás de cámaras, que es el profesor Antonio Silva, quien tuvo la iniciativa de realizar estas ponencias con ocasión de los cuarenta años de esta ley tan importante como es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Gracias a todos y nos veremos en un próximo encuentro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Muchas gracias.

COLOQUIO VENEZOLANO-MEXICANO SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ponentes:

*Luis Fraga Pittaluga, Luis Ortiz-Álvarez,
Gonzalo Armienta Hernández, María Guadalupe Fernández Ruiza*

Moderador:

Juan Domingo Alfonso Paradisi, Luis Gerardo Rodríguez Lozano

Fecha: 16 de julio de 2021

Moderador. Juan Domingo Alfonso Paradisi. Muy buenos días a todos. Bienvenidos a este Coloquio Venezolano-Mexicano sobre Contratos Administrativos. Esto es una experiencia muy importante y agradable, tanto para la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, el tener esta conversación, como para los profesores mexicanos, representantes de las distintas universidades que vamos a señalar de seguida cuando los presentemos a cada uno de ellos. En nombre del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, conjuntamente con los profesores mexicanos con los cuales he trabajado, les doy la más cordial bienvenida.

Nos ha parecido un tema muy relevante el tratar sobre distintos aspectos en cuanto a los contratos administrativos desde la perspectiva venezolana y desde la perspectiva mexicana, con sus distintas particularidades. Como saben, en la mañana de hoy tenemos cuatro excelentes panelistas, profesores de derecho administrativo, y les damos las gracias, a cada uno de ellos, por haber aceptado nuestra invitación, algunos de los cuales están por vez primera con nosotros. De igual manera estará con nosotros alguien que ha sido un motor y partícipe de esto, en virtud del «puente» o referencia que nos hiciera la profesora Alicia Monagas, me refiero al profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano.

El profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano es profesor en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad de Nuevo León, México, ubicada en la ciudad de Monterrey; también es licenciado en derecho en la Facultad de Derecho de dicha universidad, y es doctor en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); asimismo, obtuvo el grado de maestría en derecho por la UNAM con un trabajo relativo al silencio

administrativo y derechos humanos, y obtuvo su doctorado con un trabajo sobre el servicio público de radio y televisión.

Como decía, junto con AVEDA y el Consejo Directivo, al cual todos les damos la bienvenida, el profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano ha trabajado junto con nosotros para llevar a cabo este importantísimo encuentro mexicano-venezolano para este coloquio de sobre Contratos Administrativos, es un intento que está haciendo AVEDA, y que luego tendremos otros encuentros, también con otros profesores mexicanos, en fechas venideras y en el futuro, y es parte del esfuerzo de internacionalización en el que se encuentra AVEDA.

Les comentaba que tenemos cuatro relevantes ponentes, el primero de ellos es el profesor Luis Fraga Pittaluga quien es abogado y miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, el cual presentaré posteriormente; el profesor Luis Ortiz Álvarez quien es abogado y ha sido profesor de derecho administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y en la Universidad Central de Venezuela (UCV); la profesora mexicana, abogada María Guadalupe Fernández Ruíz, quien tratará el tema de la adjudicación directa en la Administración Pública Federal mexicana, por supuesto también es abogado y es jefa del postgrado de derecho de la UNAM, posteriormente será presentada por el profesor Gerardo Rodríguez Lozano en su oportunidad; y el profesor Gonzalo Armienta Hernández que tratará el tema sobre la corrupción en la contratación pública, el profesor Gonzalo Armienta Hernández es doctor en derecho por la UNAM, y es coordinador de la unidad de postgrado en derecho de la Universidad de Sinaloa.

Como ven, tenemos un panel excelente sobre cuatro distintos aspectos o perspectivas en cuanto al tema de los contratos administrativos.

Le damos la bienvenida a nuestro primer ponente, el profesor Luis Fraga Pittaluga, Quien es abogado egresado de la UCAB en 1987. Es especialista en derecho administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Es miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. El profesor Luis Fraga Pittaluga va a hacer su ponencia sobre la noción del contrato administrativo y los distintos problemas que se han presentado que han sido objeto de la legislación y la jurisprudencia venezolana, en cuanto a la conceptualización y noción de los contratos administrativos. En algunos de los trabajos citados por el profesor Fraga, quien además tiene una importante obra escrita y tiene distintos trabajos entre estos últimos, tiene un prólogo interesante a un trabajo del profesor Allan Brewer-Carías, precisamente, sobre este tema de la noción de los contratos administrativos, los servicios públicos, el orden público. Esto ha sido un tema no solamente polémico e interesante, sino hasta desesperante (en ocasiones), esto es: el tema de la noción del contrato administrativo y su conceptualización.

Pero señalaba que ha habido distintos problemas, por lo menos en Venezuela, en cuanto a la conceptualización de los contratos administrativos, su extensión o ampliación a distintas instituciones, lo cual ha causado problemas que el profesor Fraga intentará explicar. Luis, bienvenido a esta nueva actividad de AVEDA, puedes hacer uso de los micrófonos.

Luis Fraga Pittaluga: Noción de contratos administrativos. Contratos administrativos e interés público

Muy buenos días. Muy agradecido con AVEDA por la invitación a participar en este foro al lado de destacados profesores mexicanos, también destaca mi amigo y administrativista, Luis Ortiz Álvarez; un agradecimiento muy especial al profesor Juan Domingo Alfonso Paradisi por el extraordinario trabajo que está haciendo al frente de AVEDA.

La noción de contrato administrativo ha sido muy controvertida, e incluso ha sido puesta en duda su existencia real y su interés práctico. Podemos convenir en que se trata de una construcción conjunta de la doctrina clásica del derecho administrativo y de la jurisprudencia francesa que no ha estado exenta de aspectos muy discutibles desde la perspectiva de la Teoría General de los Contratos. Para algunos es una noción completamente artificial y para otros una noción que ha perdido todo interés.

León Duguit sostenía la tesis de que no hay diferencia de fondo alguna entre el contrato administrativo y el contrato civil porque en sus elementos intrínsecos el contrato tiene siempre las mismas características y los mismos efectos, y entonces a partir de esta visión no existiría el contrato administrativo como una categoría autónoma porque la única diferencia entre ambas figuras sería de naturaleza adjetiva, y apuntaría a determinar cuál es el juez competente para juzgar los conflictos derivados de estos contratos.

Una postura contraria, seguida por la mayoría de los autores, fue la que sostuvo Gaston Jèze, para quien existía una diferencia de fondo entre los contratos de derecho civil y los contratos administrativos. Él entendía que, en algunos casos, la Administración requería acudir a la técnica contractual para obtener la colaboración de los particulares en la gestión de ciertos cometidos públicos, pero el interés colectivo encontrado no permitía que estas vinculaciones contractuales fueran sometidas a las mismas reglas del derecho civil porque pudiera comprometerse la satisfacción de los intereses superiores y generales involucrados en la respectiva actividad.

La doctrina francesa ha sostenido siempre que, mientras los contratos entre los particulares implican intereses de igual valor, los contratos entre una persona pública y un particular suponen intereses que no son equivalentes porque el interés general debe primar sobre los intereses particulares.

No hay duda que la noción de «contrato administrativo» es uno de los conceptos fundamentales de nuestra disciplina, pero es muy importante mantenerla dentro del ámbito para el cual fue concebida originalmente porque no hacerlo engendra el peligro que representa la invasión de lo público, y por ende del poder, en todo aquello que debe mantenerse en el plano de lo privado. Esta es la llamada *publicatio*, un concepto que nuestra doctrina, encabezada por mi maestro Allan Brewer-Carías, ha desarrollado en profundidad, para describir el superlativo desacierto que supone volver público lo que debe estar en manos de los particulares. Entonces conviene volver un poco sobre los orígenes de esta noción para entender cuál es su verdadero campo de aplicación.

La doctrina coincide en que la sentencia dictada el 6 de febrero de 1903 por el Consejo de Estado francés en el asunto *Terrier*, es el origen remoto de esta noción, más por el contenido y las conclusiones del comisario de gobierno, Romieu, que por la decisión en sí misma, cuya motivación es verdaderamente exigua. La sentencia de este caso consideró competente al Consejo de Estado francés para conocer una disputa originada en un contrato entre un particular y el Departamento de *Saône-et-Loire*. Allí el Consejo de Estado no justificó su decisión de asumir el conocimiento del asunto, pero subyace la idea de que el contrato celebrado no era una convención ordinaria cuyo juzgamiento competía al juez civil, sino un contrato que tenía por objeto una prestación que interesaba a la colectividad, que en el caso concreto era la erradicación de unos animales dañinos.

Las conclusiones del comisario Romieu fueron realmente novedosas porque sembraron el germen que daría lugar a la teoría general de los contratos administrativos. Él dijo que se trate de intereses nacionales o de intereses locales, a partir del momento en que se está en presencia de necesidades colectivas que las personas públicas tienen que satisfacer, la gestión de esos intereses no podía considerarse como necesariamente gobernada por los principios del derecho civil.

A partir de ese momento se entiende que cuando se está en presencia de necesidades colectivas que por su importancia y magnitud las personas públicas deben satisfacer la gestión de las mismas, no necesariamente está gobernada por los principios del derecho privado sino principalmente por los del derecho administrativo. Entonces por argumento *a contrario sensu*, cuando no estamos en presencia de la satisfacción directa o indirecta de necesidades colectivas sino frente a la gestión de otros cometidos que llevan a cabo las personas públicas, esta gestión no está necesariamente gobernada por los principios y normas del derecho administrativo sino principalmente por los del derecho común.

Esta distinción que pareciera en principio muy nítida, se desdibuja en los Estados autoritarios y no democráticos, donde se arremete

constantemente contra la iniciativa privada para apoderarse de todo sin freno con el perenne objetivo de cimentar e incrementar el ejercicio del poder, y en ocasiones, el ejercicio abusivo del poder.

Paradójicamente, un primer dato sobre la separación entre aquellas actividades que deben quedar en manos de la Administración, de aquellas que en cambio son propias de los particulares, lo ofrece el hecho de que la Administración misma haya renunciado al ejercicio de su poder de actuación unilateral y haya escogido, en cambio, la técnica contractual como forma de gestión; entonces, en este caso, la aplicación del derecho administrativo no puede ser la regla sino naturalmente la excepción.

La noción de contrato administrativo, como muchos sabemos, fue construida por la doctrina y la jurisprudencia sobre la base de dos criterios acumulativos, cuyo objetivo fundamental era determinar cuál era el juez competente para juzgar las disputas surgidas como consecuencia de la ejecución del contrato. Los dos criterios fueron el criterio orgánico y el criterio material.

Según el criterio orgánico, el contrato será administrativo si uno de los contratantes es una persona pública o de derecho público, como señaló el Tribunal de Conflictos francés en su decisión del 3 de marzo de 1969 en el asunto *Société Interlait*; sin la presencia de la persona pública, el contrato no puede ser administrativo. Hoy en día, y dentro de una tendencia jurisprudencial que avanza hacia la reducción del radio de acción de los contratos administrativos y la racionalización de las hipótesis en que esta calificación es posible, el juez administrativo en Francia, y según se sigue de una decisión del Tribunal de conflictos del 21 de marzo de 1983, ha admitido abiertamente que, incluso en el caso de un contrato celebrado entre dos personas públicas, el mismo no puede ser calificado necesariamente como administrativo cuando de su objeto derivan relaciones que son propias del derecho privado.

En cuanto al criterio material, que debe sumarse al anterior, éste se basa en dos criterios alternativos: o el contrato tiene por objeto la ejecución misma de un cometido público o de un servicio público, que son los criterios de las famosas decisiones del 4 de marzo de 1910 en el asunto *Thérond*, y del 20 de abril de 1956 en el famoso caso *Époux Bertin*; o el contrato es exorbitante del Derecho Común porque posee cláusulas de esta naturaleza según las decisiones del Consejo de Estado el 31 de julio de 1912 (asunto *Société des granits porphyroïdes des Vosges*) y del 26 de febrero de 1965, en esta última se habla ya de un concepto bastante anfibológico que es que el contrato se desenvuelve en un ambiente de derecho público.

En cuanto al primer criterio, hoy en día la solución ha sido atender no a la actividad cumplida por el co-contratante en el servicio público,

sino a la naturaleza de dicho servicio a partir de la distinción entre servicios administrativos y servicios industriales o comerciales. En el primer caso (el de los servicios administrativos), el contrato o, mejor dicho, independientemente de la actividad cumplida por el particular, el contrato será administrativo; mientras que en el segundo supuesto el contrato será de derecho privado, es decir, en el supuesto en que son contratos celebrados con servicios industriales o comerciales. Esto pone de manifiesto que ni aún en presencia de un concepto de tanta prosapia en el derecho administrativo, como lo es sin duda el de servicio público, que es un concepto fundacional en el derecho administrativo, la calificación de un contrato como administrativo es algo evidente y que está exento de cualquier clase de discusión.

El otro elemento utilizado para la calificación de los contratos como administrativos es bastante más difícil de aprehender, tanto las llamadas «cláusulas exorbitantes del derecho común» como el denominado «ambiente de derecho público», son nociones imprecisas que dejan mucho espacio a la interpretación. Este criterio es de tal modo anfibológico, que la propia jurisprudencia francesa, en decisiones del Consejo de Estado del 13 octubre 1961 y del Tribunal de Conflictos del 17 de diciembre de 1962, ha entendido que un contrato celebrado por un servicio industrial o comercial, aun conteniendo cláusulas exorbitantes del derecho común, se rige por el derecho privado. El llamado «ambiente de derecho público» como dije antes, es todavía más difícil de entender porque se trata de una noción verdaderamente subjetiva, de una noción vaga, la única forma de objetivarla de alguna manera, es asumiendo que en aquellas actividades prestacionales que son inherentes al Estado, las fórmulas contractuales que permitan la colaboración de los particulares deben desenvolverse en un régimen distinto del derecho común.

Entonces, la identificación de aquellos contratos que son realmente administrativos es compleja, y no siempre se basa en un juicio objetivo sino en conceptos abstractos, ambiguos, y que además mutan de significado según la época y el ordenamiento jurídico del que se trate.

En Venezuela, los contratos administrativos también tuvieron su génesis en la jurisprudencia, es una noción de origen pretoriano como lo fue en Francia. Una famosa decisión de la Corte Federal del 12 de noviembre de 1954, expresó que era un hecho cierto y admitido por la jurisprudencia y la doctrina, la existencia de negocios contractuales entre los particulares y la Administración Pública regidos por el derecho público. Dijo la Corte Federal que, en tales contrataciones, un motivo determinante es el interés público que con esas prestaciones se persigue satisfacer, de modo que un contrato que tiene por objeto una prestación de interés público es un contrato administrativo.

Otra icónica decisión que todos conocemos, esta vez de la Corte Suprema de Justicia del 14 de junio de 1983 en el famoso caso Acción Comercial, bajo la legendaria pluma del magistrado Luis Henrique Farías Mata, desarrolló con mayor profundidad la teoría general de los contratos administrativos sobre la base de la noción de servicio público y de la susstracción de estos contratos especiales de las reglas del derecho civil para someterlos a un régimen peculiar y distinto, preponderantemente de derecho público, a través de la inclusión de las, ya comentadas cláusulas exorbitantes del derecho común, que confieren poderes extraordinarios a la Administración en la interpretación y ejecución del contrato.

Luego la teoría general de los contratos administrativos fue consolidada en sus perfiles fundamentales en otra decisión del mismo tribunal y del mismo magistrado, que es la sentencia del 1° de abril de 1986 en el famoso caso Hotel Isla de Coche, que viene siendo reiterada, al menos, hasta la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la número 00238, del 2 de marzo de 2016 en el caso Consorcio Tepuy.

Lo que es importante señalar aquí es que la noción de contrato administrativo no actúa como la piedra filosofal de los alquimistas para transmutar lo que es naturalmente privado, en un cometido público. Pero además, la naturaleza del contrato administrativo se determina, como lo ha explicado la doctrina nacional encabezada por mi querido maestro Allan Brewer-Carías, y también por profesores como José Araujo Juárez, Rafael Badell Madrid y Henrique Iribarren Monteverde, y lo ha dicho con acierto también la jurisprudencia francesa en decisión del Tribunal de Conflictos el 16 de octubre de 2006, esa naturaleza del contrato administrativo se determina por elementos que están presentes en el mismo momento de su celebración y no por elementos que son creados artificialmente *a posteriori*. Y por esa razón es que la *publicatio*, a la que antes me referí, de sectores cuya explotación es propia del derecho privado, a través del uso expansivo de la noción del contrato administrativo, va en contra de las modernas tendencias que admiten y estimulan la participación intensa del sector privado en sectores que antes solamente asumía el Estado.

Si a esta noción hipertrofiada de contrato administrativo se agrega el adjetivo estratégico, el asunto entonces adquiere ribetes alarmantes, verdaderamente, porque al amparo de esta conveniente etiqueta que evoca hermetismo y opacidad, la autoridad contratante va a quedar investida de un poder omnímodo y se hace inmune a todo control previo y posterior sobre la causa y el objeto del contrato, y sobre la adjudicación y ejecución del mismo.

En Venezuela ya se han usado las nociones de «contrato administrativo» y «contrato administrativo estratégico» para justificar la confiscación de la propiedad privada, como ocurrió en el en el famoso caso de las

empresas que prestaban servicios a la industria petrolera en Venezuela, concretamente en el lago de Maracaibo, y que habían operado hasta ese momento a través de contratos de derecho privado de la Administración y no mediante contratos administrativos. Este un ejemplo paradigmático de atropellos que la hipertrofia de la noción de contrato administrativo puede avalar, y a ello ha dedicado una magnífica obra el profesor Brewer-Carías, donde se analiza cómo varias de las nociones que podríamos calificar como fundamentales del derecho público en general, y del derecho administrativo en particular, fueron manipuladas legislativamente para evadir la Constitución y las leyes con el único propósito de confiscar bienes que pertenecían y eran explotados legítimamente por empresas privadas que ejecutaban actividades amparadas por el principio de la libertad económica, y que nada tenían que ver con la prestación de un servicio público ni con el interés público, y que por ello no requerían ser cumplidas a través de contratos administrativos sino mediante contratos celebrados con la Administración sometidos a un régimen preponderante de derecho privado.

El relato de este desafuero está descrito con precisión y lujo y detalles, en el libro del profesor Brewer-Carías que se llama «Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación jurisprudencial». Allí, en esa obra, el profesor Brewer-Carías relata cómo en mayo de 2009 se sancionó la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos, mediante la cual, con un pretendido carácter estratégico, se reservaron al Estado los bienes y servicios conexos a la realización de las actividades primarias previstas en la Ley de Hidrocarburos. Él explica que el artículo 5 de esta Ley declaró a dichos bienes y servicios y sus obras, como servicio público y de interés público y social, y asimismo el artículo 3 de la Ley declaró que los contratos que habían sido suscritos hacía muchísimo tiempo entre PDVSA y estas empresas o consorcios privados para la prestación de los servicios conexos que se reservaron al Estado, eran contratos administrativos, lo que supone una calificación a posteriori.

El profesor Brewer-Carías pone en evidencia que estas disposiciones, más bien confirman que antes de la sanción de la Ley de reserva del 2009, los servicios y actividades que se nacionalizaron no eran reservadas al Estado ni eran actividades que pudieran ser consideradas como servicio público o de interés público, ni los contratos que se habían suscrito para su prestación por los particulares eran contratos administrativos.

Esto que se describe en este libro, pone en evidencia el uso abusivo de los conceptos de «servicio público», «interés público», «orden público», y «contrato administrativo», como instrumentos para violar la Constitución y las leyes, es decir, para privar a los particulares de la

propiedad sin justa indemnización equivalente, o mejor dicho para ejecutar una confiscación encubierta.

La *publicatio* es una técnica plausible y necesaria en los ámbitos en que decididamente reclaman la atención directa por parte del Estado, pero es una técnica excepcional a la que sólo debe acudir cuando ha quedado plenamente demostrado que los particulares no pueden o no deben continuar ejecutando la actividad respectiva porque hay un peligro de lesión claro y manifiesto contra los intereses colectivos.

La calificación de un contrato como «Administrativo», bien por la ley o por la jurisprudencia, no puede ser un subterfugio para despojar a la iniciativa privada de la libertad de explotar actividades económicas que le son propias, en las que la intervención del Estado no sólo es innecesaria, sino que además es contraproducente por la proverbial ineficiencia del Estado.

Un dato importante es que hoy en día, y en su país de origen, en Francia, la calificación de «contrato administrativo» se aplica a una parte bastante reducida (hasta ínfima) de los contratos que se celebran con agentes públicos.

Lo que se plantea aquí hoy, no es una huida del derecho administrativo, sino por el contrario, como lo ha expresado el profesor Brewer-Carías en su libro, una reconquista de los ámbitos específicos que les son propios, es una especie de llamado a la *sindéresis* para que la noción de contrato administrativo sea reexaminada, pero sobre todo, reconducida a su sitio natural el cual fue definido hace mucho tiempo a través de una cuidadosa y muy meditada producción jurisprudencial y doctrina en el derecho administrativo clásico. Muchas gracias.

Moderador. Juan Domingo Alfonzo Paradisi. Muchísimas gracias al profesor Luis Fraga por su interesantísima exposición sobre la noción del contrato administrativo y las nociones de servicios públicos, interés público, orden público, y cómo en los últimos años se ha abusado de ella, y se ha afectado los derechos de los particulares y de las empresas. En el caso venezolano con la sentencia y legislación que el profesor Fraga ha mencionado, y cómo se ha abusado de dichas nociones y se han afectado esos derechos.

En seguida tenemos la segunda ponencia del día de hoy sobre otro tema relevante relacionado con los contratos administrativos, un tema de interés, incluso, no solamente académico, sino también profesional, y que ha tenido mucho interés en los últimos tiempos en Venezuela en virtud de las sanciones impuestas por los Estados Unidos de América. El profesor Luis Ortiz Álvarez nos explicará su relación con los contratos administrativos y con la actividad administrativa.

El profesor Luis Ortiz Álvarez es muy conocido por los venezolanos, sin embargo, paso de seguida a señalar que ha sido profesor en la UCAB y en la UCV, es abogado, tiene una interesante obra escrita, y ha sido coordinador de importantes revistas en el derecho administrativo venezolano así como en derecho constitucional, tiene 17 libros publicados, entre otras de sus obras están obras relativas a este tema que hemos seleccionado en AVEDA sobre los contratos administrativos, y además se ha titulado de abogado, no únicamente en Venezuela, sino en España y en los Estados Unidos de América, en Florida, y es abogado de la firma Inter Iuris. Se ha dedicado a diversos temas, temas de derecho administrativo, como señalé, también el arbitraje internacional, y temas de derecho norteamericano, y el tema de las sanciones. Bienvenido, Luis.

Luis Ortiz-Álvarez: Sanciones USA y contratos administrativos

Buenos días a todos. Es un gran placer estar aquí. Ante todo, agradezco a AVEDA por haber organizado este interesante evento y a Juan Domingo Alfonzo por haberlo coordinado de manera tan eficiente. Es un gran honor estar con este panel de ponentes que son unos grandes expertos a nivel mundial.

Mi tema es «sanciones económicas y contratos administrativos». Se trata de un tema, en mi opinión, bastante práctico, no sólo para Venezuela sino para cualquier persona en el mundo, que quiera contratar con un ente en cualquier país que haya sido sancionado por los Estados Unidos. Estados Unidos mantiene un régimen de sanciones económicas que es muy similar, a nivel de sus principios y estructuras, para todos los países a los que es aplicado, por supuesto que hay particularidades, y me voy a enfocar en el caso de Venezuela aun cuando muchos de las normas y principios que voy a mencionar son aplicables a cualquier régimen de sanciones económicas.

Y dije que es práctico porque, por una parte, cuando uno está involucrado en una transacción en la cual está un ente sancionado envuelto, sucede que en muchos casos los bancos bloquean el dinero e incluso hay riesgos de sanciones y multas por las autoridades americanas cuando se violen las sanciones económicas. Para que tengan una idea, a las personas americanas que violen las sanciones económicas, hay riesgo de multas por el doble del monto económico de la transacción, una multa adicional de un millón de dólares, y hay hasta 20 años de prisión, o sea, que no hay nada más americano que las sanciones, y los americanos se toman muy en serio el tema de las sanciones económicas.

Y no está limitado sólo a los americanos, sino que es un tema global, porque, aunque una persona no califique como persona americana, la OFAC y los entes americanos han considerado que ellos tienen competencia para simplemente sancionarlo e incluirlos en la en la lista OFAC

cuando colaboren a su vez con entes que han sido sancionados, como, por ejemplo, el gobierno de Venezuela.

Como el tema es muy largo y complejo, y mi idea es unirlo con el tema de sanciones económicas, me voy a limitar al desarrollo un poco de dos preguntas. La primera pregunta es: si las personas y empresas pueden contratar, hoy día, con el gobierno de Venezuela, y cuáles son los riesgos; y la segunda pregunta: si las sanciones económicas pueden ser consideradas un evento de fuerza mayor (el cual lo invocan bastante los entes públicos, hoy día, para no pagar a los contratistas que tenían contratos con ellos, antes o durante las sanciones económicas).

Para entender este tema creo que es fundamental tener una visión global o macro de las sanciones económicas. Lo primero que hay que saber es que hay varios tipos de sanciones.

En primer lugar, están las llamadas «sanciones de bloqueo». Las sanciones de bloqueo se dan cuando la OFAC o una orden ejecutiva del presidente de EE.UU., designan a un ente o una persona y lo consideran un ente bloqueado. Normalmente se coloca en la llamada «lista OFAC» pero no necesariamente tiene que estar en esta lista, basta a veces que sea bloqueado por una orden ejecutiva.

Luego tenemos las llamadas «sanciones sectoriales o transaccionales», que no son de carácter personal o individual, sino que lo que se prohíbe es cierto tipo de transacciones, por ejemplo, transacciones con el oro venezolano o transacciones con la moneda digital Petro, o cierto tipo de transacciones específicas.

También está el tema de las llamadas «sanciones secundarias», es decir, cuando una persona colabora o asiste financiera, tecnológica o monetariamente a un ente sancionado, tiene el riesgo de que quede sujeta a una sanción secundaria y sea incluida en la lista OFAC.

Para que las sanciones económicas operen, una de las primeras preguntas que hay que hacerse es: ¿están dados todos los elementos para que aplique una sanción económica? Entre esos elementos están: el que esté presente en la operación una persona que sea *US person*, es decir, una persona americana que realice una transacción específica o una transacción prohibida con un ente sancionado, llámese, por ejemplo, PDVSA o su subsidiaria, o en este caso más recientemente, el gobierno de Venezuela en su totalidad; y que no esté dado la presencia de una licencia general o de una excepción en la orden ejecutiva, porque cuando hay licencias de la OFAC, aunque en principio la operación hubiese sido prohibida, la licencia opera como una autorización y no hay riesgo de violación de las sanciones.

En el caso de Venezuela, EE.UU. ha utilizado ambas herramientas, las sanciones transaccionales y las sanciones de bloqueo. Respecto a las sanciones transaccionales se ha prohibido, inicialmente, por ejemplo, con la orden 13808, financiar al gobierno de Venezuela o financiar a PDVSA por lapsos específicos de 30 o 90 días. Así empezó el tema de sanción económica en el 2017, aunque ya había sanciones en el 2015 para aquellas personas que violaran los derechos humanos. Después se prohibió el que se utilice el Petro, que es una moneda digital relacionada con el gobierno de Venezuela; después se prohibió el que se compre la deuda en favor de Venezuela. Y más recientemente, en agosto del 2019, vino la famosa orden ejecutiva 13884 que estableció un bloqueo general al gobierno de Venezuela.

Anteriormente, las sanciones de bloqueo estaban limitadas a un número específico de individuos y compañías; hay más de 100 personas que están hoy día en la lista OFAC, pero luego del año 2019, con la orden ejecutiva 13884, se implementó un bloqueo general. Todo el gobierno de Venezuela se considera un ente bloqueado y sancionado por las sanciones, y esto incluye a todas sus subdivisiones, entes y organismos, y a todas las compañías que estén controladas en 50% o más por el gobierno de Venezuela. El primer elemento, *US person* (persona americana) que haga una transacción con un ente sancionado, en este caso, el tema del gobierno de Venezuela.

Aquí es muy importante entender, y aquí hay una relación fundamental con el tema de los contratos administrativos, y es que la discusión tradicional de qué es o qué no es un contrato administrativo, se vuelve irrelevante en el tema de las sanciones porque basta que el contrato o la relación sea con el gobierno de Venezuela; no se discute la naturaleza del contrato, cualquier contrato, al margen de su naturaleza, con el gobierno de Venezuela, entra dentro del aro de las sanciones económicas, salvo que exista una excepción o una licencia de la OFAC.

Hay que tener cuidado y siempre verificar antes de realizar una operación o un contrato si: 1. La persona está en la lista OFAC; 2. Es una persona que es miembro del gobierno de Venezuela.

Cuando una persona es bloqueada por la OFAC, esto incluye lo que se llama la «regla del 50% de la OFAC», incluye automáticamente, sin necesidad de mayores designaciones, a todas las empresas que estén controladas en 50% o más. Por ejemplo, en el año 2018 se sancionó a PDVSA, PDVSA sale en la lista OFAC, pero en la lista OFAC no salen todas las compañías que están controladas por PDVSA en 50% o más; sin embargo, todas esas compañías, aguas abajo, sin límite de hasta dónde llega ese control —porque puede ser un control indirecto— se consideran sancionadas también automáticamente por la OFAC desde el momento en que fue

sancionada PDVSA, y lo mismo aplica para todas las compañías que están controladas 50% o más por el gobierno de Venezuela.

Este es básicamente la visión macro de cuáles son las sanciones económicas hoy día que están aplicando en Venezuela.

Entonces la respuesta a la pregunta inicial de si se puede ser contratista o no del gobierno de Venezuela, es que en principio sí se puede contratar con el gobierno de Venezuela; contratar con el gobierno de Venezuela *per sé* no está prohibido, pero ello genera un riesgo de sanciones secundarias por colaboración o asistencia con el gobierno de Venezuela, y así lo dice expresamente la orden 13884: se bloquea al gobierno de Venezuela y se dice que quien colabore o asista con algo del gobierno de Venezuela, podrá ser designado e incluido en la lista OFAC.

Hasta tanto no haya una designación específica e individualizada, esa persona no se considera bloqueado; sin embargo, en la práctica mundial, y sobre todo de los bancos americanos, basta que salga la palabra «gobierno de Venezuela» o «PDVSA» en el contrato, y los bancos automáticamente, a veces en un contexto de *over compliance*, bloquean el dinero de manera incorrecta en muchísimos casos. Hemos tenido varios clientes en los que les han bloqueado injustificadamente pagos que eran totalmente legales y que no estaban, incluso, sometidos al régimen de sanciones económicas porque el banco vio en algunos documentos la palabra «Venezuela» o la palabra «PDVSA» o la palabra de cualquier ente público.

Entonces, *per sé*, contratar con el gobierno de Venezuela o seguir siendo contratista no te convierte en un ente bloqueado, pero sí te coloca en una situación de riesgo de ser sancionada por la OFAC si detecta y considera que mereces ser sancionado. Normalmente lo que castigan las normas de la OFAC no es sólo el contratar con el gobierno de Venezuela sino hacerlo de manera ilegítima, y, sobre todo, cuando incurres en actos de corrupción, como, por ejemplo, ocurrió con el famoso tema de las CLAP, de las cajas de alimentos, que hay unas compañías que supuestamente se decía que estaban incurriendo en corrupción, y la OFAC incorporó algunas compañías e individuos en la lista OFAC.

Pero además de ello, y esto es muy importante, sí se puede contratar con el gobierno de Venezuela de manera absolutamente legal y sin riesgo legal alguno, cuando la contratación está relacionada con algunas de las excepciones o con algunas de las llamadas «licencias generales de la OFAC». Hay, en efecto, un conjunto importante de excepciones que hay que tomar en cuenta. La primera de ellas está en la misma orden ejecutiva 13884 e incluye: alimentos, medicina y vestimenta; toda cuestión relacionada con temas humanitarios no está incluida en las sanciones económicas, de hecho, está expresamente autorizada, y se puede realizar contrato,

incluso, si hay participación directa o indirecta del gobierno de Venezuela.

Las sanciones a nivel de principios y del objetivo, no están destinadas a afectar negativamente al pueblo de Venezuela directamente, sino a afectar al gobierno de Venezuela y sus ingresos económicos, de hecho, las contrataciones que se hagan entre particulares exclusivamente (personas americanas y personas venezolanas) que sean privadas, sin participación del Estado, están fuera del alcance de las sanciones económicas.

Lo que las sanciones cubren son transacciones con el gobierno de Venezuela o con entes que hayan sido sancionados y listados en la OFAC, salvo que haya una licencia de la OFAC, caso en el cual, incluso, se permiten transacciones con el gobierno de Venezuela, sobre todo en temas humanitarios porque EE.UU. no quiere generar problema de falta de alimento, falta de medicina; más bien quiere colaborar y estimular. Hay una multiplicidad de licencias de la OFAC, se han dictado 40 licencias de la OFAC, haciendo excepciones y permitiendo ciertas transacciones en favor del pueblo venezolano; la primera es la orden ejecutiva 13884, que conecta con la licencia número 4, que autorizaba justamente medicinas y alimentos; también hay licencias generales que permiten transacciones en materia de telecomunicaciones, internet, remesas personales a la gente, puertos y aeropuertos, emergencias médicas, y todo un conjunto de temas en materia de patentes y marcas, etcétera.

Más recientemente se autorizó la licencia 39, para que se haga cualquier transacción, incluso si está involucrado el gobierno de Venezuela en temas del Covid-19; para el tratamiento, estudio y cualquier otra cosa que se requiera, incluyendo importación de vacunas; eso se puede transar, se puede hacer negocio con el gobierno de Venezuela porque está autorizado por la OFAC. La semana pasada salió una licencia adicional, la 40, autorizando transacciones, incluso con el gobierno de Venezuela, en materia de gas para cocinar.

Entonces, este conjunto de licencias generales permite a las personas suscribir contratos con la Administración que pueden calificar, perfectamente, como «contratos administrativos» en algunos casos y en otros casos no, pero la contratación pública en este caso está 100% permitida. Hay casos que no son blanco y negro y que generan dudas, y la recomendación ahí, vistos los riesgos de ser sancionado e incluso, ir a la OFAC, es pedir lo que se llama una «licencia especial».

Entre otras licencias adicionales que vale la pena mencionar, está la 34 que permite transacciones con funcionarios y ex contratistas del gobierno de Venezuela. Si usted tuvo un contrato con el gobierno de Venezuela, pero ya no es contratista del gobierno de Venezuela, e incluso hay una licencia de la OFAC que le dice que no se preocupe, puede haber

transacciones con usted. Incluso, parte de la filosofía de esta licencia es estimular a que la gente no trance con el gobierno de Venezuela, salvo en los temas autorizados humanitarios que mencioné anteriormente.

Otra cosa fundamental que hay que tomar en cuenta es el preguntarse si está presente el elemento de la persona americana: ¿es usted una persona americana?, ¿quiénes son personas americanas?, porque las sanciones, en principio, obligan solamente a las personas americanas, a los bancos americanos, no a los bancos en Europa, por decir un ejemplo.

Personas americanas son todos los ciudadanos y residentes americanos, todas las compañías que han sido constituidas en EE.UU., y también, muy importante, las personas que estén de visita en EE.UU.; a veces usted puede pensar «bueno, yo no soy un ciudadano americano ni soy residente», pero en el momento que entras en el aeropuerto y tocas el territorio americano, te conviertes legalmente, en el ámbito de las sanciones, en una persona americana, y si tú mandas un email, haces una llamada telefónica desde el territorio de los EE.UU. que contradice el régimen de las sanciones, pudieras ser sancionado con las multas que mencioné, incluso hasta con los 20 años de prisión.

Hay que tener cuidado con el tema de las calificaciones de *US person*, y hay que tener cuidado en verificar siempre si la persona con la cual está contratando califica o no como gobierno de Venezuela, o califica o no como una empresa sancionada en la lista OFAC o una empresa controlada por la lista OFAC.

Entonces, a la respuesta de si se puede ser contratista o no se puede, en principio sí, si hay una transacción que está autorizada por las licencias generales de la OFAC, y cuando no haya licencia y se trate una transacción prohibida, el contratar con el Estado *per sé* no te convierte en una persona bloqueada, pero te genera un riesgo serio de ser sancionado e incluido en el futuro en la lista OFAC.

Importante también que, aun en los casos en los cuales esté autorizada la transacción con el gobierno, por ejemplo, el tema de alimentos, medicinas, etcétera, si además de eso haces el contrato, en principio permitido, pero incurres en corrupción, si la OFAC detecta que incurriste en corrupción en el contrato administrativo con el Estado, ese motivo solo es suficiente, según la orden ejecutiva 13850, para incluirte en la lista OFAC. Es muy importante que, si estás llevando medicinas o alimentos, tienes que cuidar de no incurrir en ninguna práctica de corrupción porque ese solo hecho puede generar que te sancionen.

Y a la otra pregunta que está en el aire, el tema de la fuerza mayor, que ha pasado mucho en la práctica, también hemos tenido casos de esos y consultas donde entes del Estado o subcontratistas del Estado (que a su vez tienen subcontratistas) han dejado de pagar o se han retrasado en los

pagos y la excusa que colocan es «fuerza mayor»; ¿cuál fuerza mayor? las sanciones económicas. No me dejan pagarte porque los bancos no me reciben el dinero, etcétera.

Jurídicamente hablando, en muchos de estos casos, la fuerza mayor no es excusa jurídica para el no pago. La primera razón es porque no están dados los elementos de la fuerza mayor en estos casos. ¿Cuáles son esos elementos?: que el evento sea exterior, que sea imprevisible, que sea irresistible o inevitable, y que además haga imposible la ejecución.

En el caso de las sanciones, en la mayoría de los supuestos prácticos, no se da el elemento de la imprevisibilidad, que, de hecho, a nivel mundial, la jurisprudencia francesa también lo ratifica, es el elemento más difícil de satisfacer en un análisis de fuerza mayor. En este caso, cuando una empresa del Estado o un subcontratista te dice que hay fuerza mayor por las sanciones, la verdad es que no era imprevisible, en muchos casos, incluso cuando se firmó el contrato, estaban ya vigentes sanciones económicas. Hay que recordar que desde el año 2015 se empezaron a imponer sanciones económicas, y que es un hecho notorio y comunicacional el aumento progresivo de las sanciones. En la medida que hay cierto conocimiento o previsibilidad de las sanciones, no puedes, en el futuro, excusarte con el tema de que es fuerza mayor y que por tanto no cumples el contrato o no pagas.

En muchos casos tampoco se da el elemento de la imposibilidad. Las sanciones a veces dificultan mas no impiden el cumplimiento del contrato, y sobre todo el tema de los pagos. Por ejemplo, hemos tenido casos donde los bancos americanos se han negado a realizar ciertas transacciones con operaciones en las cuales estaba involucrado el gobierno de Venezuela, y que incluso eran, por cierto, totalmente permitidas por el régimen de las sanciones; pero que los bancos a veces son tan extra prudentes que incurren en *over compliance*; incluso, le causan daños y perjuicios a las personas; a veces cuando uno va y presenta un escrito, una explicación, el banco entiende que se ha excedido y levanta el bloqueo y te permite hacer la transacción; en otros casos, nada, y tienes que buscar una solución para salvar un poco la dificultad, mas no la imposibilidad de cumplir.

Una solución práctica que han encontrado algunas personas es acudir a sistemas de pago distintos al sistema americano porque las sanciones obligan a los agentes financieros americanos; pero si uno utiliza el sistema financiero, por ejemplo, europeo, que es el ya famoso sistema *target 2*, que cubre a más de 55 mil bancos a nivel mundial, y ese banco no califica como una persona americana porque fue creado y registrado en Europa —y no es una empresa que tiene personas americanas como los dueños, etcétera— esa persona, ese banco europeo, no está sometido a las sanciones y perfectamente puede hacer transacciones en euros, no en

dólares, porque en la medida que utiliza dólares, normalmente en algún nivel de la transacción tiene que pasar por el sistema financiero americano. Pero si el banco no es americano y utiliza alguna moneda distinta a la americana, en principio eso no está restringido por las sanciones económicas, aun cuando en la práctica los bancos suelen ser bastante prudentes.

Entonces, básicamente ese es el tema que quería un poco conversar y alertar porque, como dije, tiene un efecto práctico importante. Por cierto, quisiera agregar que, no sólo están permitidos en todo este grupo de licencias generales, transacciones con el gobierno de Venezuela en el sentido del gobierno controlado por el régimen de Maduro, sino también se han autorizado, incluso, expresamente con la licencia 31, transacciones con el gobierno del presidente interino Guaidó, y transacciones con la famosa Asamblea Nacional legítima. Entonces, usted puede entrar en contratos con el gobierno de Maduro y también con el gobierno de Guaidó.

El comentario final que quería hacer es que hay que tener cuidado con el tema de las sanciones, no sólo por las consecuencias que estamos hablando sino porque la discusión de si es un contrato administrativo o no suele tener poca incidencia práctica porque, a partir de que está el elemento subjetivo del ente sancionado, es decir, el gobierno de Venezuela, PDVSA o sus empresas controladas, se dispara el tema de la aplicabilidad de las sanciones económicas si están dados los otros supuestos (persona americana, la transacción, y el ente sancionado). Bueno, muchas gracias.

Moderador. Juan Domingo Alfonso Paradisi. Muchísimas gracias al profesor Luis Ortiz Álvarez. Es muy bueno verte de nuevo Luis. Muy clara tu exposición, con los distintos puntos en relación con las sanciones económicas y los contratos administrativos, y la relevancia de que sea, en esos casos, un contrato administrativo o no, y los requisitos, así como las excepciones, las licencias generales, las licencias específicas. Como anticipábamos, no es un tema meramente académico, como bien lo expusiste, sino es un tema también de sumo interés profesional. Muchas gracias.

Le voy a dar la palabra al profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano a los efectos de que él haga la presentación, como acordamos, en esta conversación cordial entre mexicanos y venezolanos sobre distintos aspectos relativos o concernientes a los contratos administrativos.

Moderador. Luis Gerardo Rodríguez Lozano. Muy buenas tardes. Agradezco al profesor Alfonso toda su amabilidad. Para mí es un honor presentar a mis colegas mexicanos, el doctor Gonzalo Armienta Hernández y la doctora María Guadalupe Fernández Ruíz, ambos titulares de los posgrados de sus respectivas universidades. Antes de presentarlos quisiera también darle las gracias a la profesora Alicia Monagas que fue quien me contactó con el profesor Juan Alfonso.

Ahora, voy a presentar al primero de mis colegas, el doctor Gonzalo Armienta Hernández, doctor en derecho por la UNAM. Ha ocupado varios cargos en la Administración Pública Federal, particularmente en el área hacendaria, ha sido también funcionario público en Sinaloa y director de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Es actualmente investigador y director del posgrado de la Universidad Autónoma de Sinaloa, y también ejerce el cargo de notario público. Es, por supuesto, un interesado investigador en temas de derecho público, participa por la Universidad de Salamanca y la Universidad de La Habana, Cuba. También participa muy constantemente por nosotros, en el marco de una cátedra titulada Gonzalo Armienta Calderón. Le cedo el uso de la palabra. Sabe que lo estimo y lo respeto, y es un honor que nos acompañe.

Gonzalo Armienta Hernández: La corrupción en la contratación pública

Muchas gracias, doctor Luis Rodríguez, por la presentación. Muchas gracias a los distinguidos profesores, doctores, que me han invitado (de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo) a este interesantísimo coloquio, y pues con los temas que mis antecesores, en relación a su exposición, han tratado, muchos muy importantes, uno de gran profundidad jurídico-administrativa, y el otro ponente, de lo que está pasando relacionado con la contratación con el gobierno venezolano o con las personas jurídicas venezolanas. En lo particular, a mí me ha abierto un amplio conocimiento de lo que está pasando relacionado con la contratación en Venezuela, porque pocas veces tenemos oportunidad de saber lo que pasa en los distintos países, sobre todo un país que está un poco cerrado en cuanto a su comunicación.

Voy a hablar de un tema que en México nos preocupa mucho, y yo siento que les preocupa en todos los países latinoamericanos, y no solamente los latinoamericanos sino también en otros países que se consideran “un poco más o mucho más adelantados que nosotros”, aunque obviamente económicamente si lo estén, culturalmente no lo podemos señalar de esa manera.

El tema que me concierne es el de la corrupción y sobre todo de la corrupción en el área administrativa o en la Administración Pública. En México el período presidencial dura seis años, afortunadamente no hemos tenido presidentes que hayan durado menos por algún golpe de Estado (desde el régimen revolucionario a la fecha) o por alguna situación que haya pasado violencia en el país; en términos generales todos los presidentes han durado su período completo.

Desde que yo tengo uso de razón, desde que estaba estudiando en la Facultad de Derecho de la UNAM, se ha hablado con los distintos presidentes, que han ocupado el cargo del Ejecutivo, del ataque a la corrupción.

Todos han estado conscientes, todos saben que en México hay una gran corrupción administrativa; algunos lo atacan de alguna manera, algunos de otra manera; hubo un presidente que llegó a decir que la corrupción somos todos, o sea también achacando el tema de la corrupción a la totalidad de la población, con lo cual, evidentemente, yo no estoy de acuerdo. La corrupción empieza por la Administración Pública, y si los ciudadanos somos corruptos, de alguna manera yo estoy convencido de que es por las prácticas administrativas que nos hacen caer en corrupción, porque si a mí un trámite que me va a durar tres horas me lo pueden adelantar en cinco minutos con alguna dádiva que tenga que entregar al gobierno, pues a lo mejor lo hago y caigo en la corrupción, pero si ese trámite administrativo se hace en forma eficiente, eficaz, rápidamente, no tengo que caer en cuestiones de corrupción, pero esto se debe a la falta de eficiencia y eficacia de la Administración Pública.

En el sexenio pasado, el presidente Peña Nieto una serie de reformas constitucionales en donde se establece un sistema nacional anticorrupción, todo un entramado de oficinas públicas que se iban a dedicar a combatir la corrupción, inclusive se crearon organismos de particulares: consejos ciudadanos anti-corrupción, un consejo nacional, y consejos en cada uno de los estados de la República, pues México es una federación. En realidad, esto no sirvió de gran cosa porque, si bien es cierto se le dio oportunidad a la ciudadanía de participar en estos consejos ciudadanos anticorrupción, la verdad solamente tenían meras opiniones, no tenía ninguna función de punibilidad, no podían imponer multas, sanciones, sino simplemente opinar, y esas opiniones se diluían por el propio sistema gubernamental que no las hacía ver a la opinión pública.

Llega el actual presidente de la República, López Obrador, y desdeña completamente este sistema. Creo que eso no fue una salida correcta del actual presidente, en virtud de que, si bien es cierto no funcionaba este sistema porque la ciudadanía no tenía facultades de sancionar en estos consejos ciudadanos, la verdad es que debía de haberse hecho reformas, dándoles mayores posibilidades, mayores atribuciones a estos consejos ciudadanos de realmente dictar sanciones, recomendaciones serias a los organismos públicos que pudieran estar incurriendo en este manejo de corrupción; pero no, simplemente se olvidó, uno de los grandes problemas que tenemos en la actualidad en México.

Independientemente de que estemos de acuerdo en algunos conceptos que marca el Ejecutivo en la actualidad, tampoco estamos de acuerdo en que se piense que todo lo que se hizo anteriormente estaba mal hecho, sino que hay cosas bien hechas, aunque deben de modificarse, como el sistema nacional anticorrupción. Se crearon salas anticorrupción en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, que en realidad no funciona, nunca han funcionado, porque el gobierno no ha querido realmente que

funcionen, no se han nombrado magistrados anticorrupción, y todo este sistema se vino abajo, y ahorita el único que de alguna manera está vigilando que no haya aspectos de corrupción en la Administración Pública es la Auditoría Superior que depende del Congreso de la Unión, y en cada una de las entidades federativas existe una Auditoría Superior, pero ya no hay órganos especializados que sean eficientes para el control de la corrupción. Esto como una especie de preámbulo de lo que voy a comentar a continuación.

En principio, todos los estudiosos de este fenómeno están de acuerdo que la corrupción se debe estudiar en múltiples aspectos, pues se trata de un fenómeno multifactorial. El fenómeno de la corrupción depende de la cultura, es innegable que los países con cultura incipiente son más proclives a incrementar la corrupción, y se ha dicho que la corrupción, inclusive en México, y a lo mejor en los demás países de Latinoamérica, nos la trajeron los españoles; que no existía corrupción con nuestros pueblos originarios, pero que al venir los españoles los integrantes de los pueblos originarios aprendieron la corrupción o cuáles eran las prácticas corruptas que ya traían los españoles; pero bueno, es solamente una teoría, podemos estar de acuerdo o no con ella, pero nos gusta, los que somos nativos de nuestro país y de nuestro continente, decir que antes los pueblos originarios no eran corruptos.

Las principales causas para la existencia de la corrupción dentro de un país son: la complejidad de los trámites, la existencia de funcionarios corruptos, el retardo para la aprobación de proyectos y la existencia de un sistema penal inquisitivo, cuando hablamos de los sistemas penales, que, en México, como muchos de ustedes ya lo saben, ya pasó a ser de un sistema penal inquisitivo (desde las reformas que se dieron a cabo en el 2008) a un sistema penal que viene siendo acusatorio.

Se ha considerado como una causa importante de corrupción también el abuso de la discrecionalidad, lo cual encontramos en decisiones de contratación pública, pues cuando no existen reglas claras para que el funcionario contrate, ya sea compras u obras, resulta muy fácil incurrir en actos de corrupción. Yo por eso siempre he sostenido que en la contratación de obra participe la población verificando que las mejores opciones sean las que se elijan.

De esta manera, es indispensable que todo acto en donde existan compras o contratos de obra, las actividades de los funcionarios que participen en ellas sean regladas y por lo tanto limitadas a normas en donde preferentemente actúen cuerpos colegiados, claro, no en todas las obras porque esto acarrearía también que se alargaran los procesos para la contratación, y muchas veces se tienen que hacer en forma muy breve debido a las necesidades que se tienen por parte de la población, y por lo tanto, limitándonos donde preferentemente actúen cuerpos colegiados, que

sean los que tomen las decisiones, sobre todo aquellas en donde se comprometan recursos económicos importantes.

Si bien es cierto que existen actos administrativos que por su naturaleza sería muy difícil reglarlos, estos deben de constituir una excepción y de ninguna manera se debe permitir la discrecionalidad cuando se trata de la contratación de obras o de servicios a favor de los particulares.

Me voy a meter rápidamente a un tema que es el derecho humano a la buena Administración. El derecho a una buena Administración lo debemos de entender como un derecho humano pues constituye un elemento esencial en orden a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo. El derecho a la buena Administración constituye un derecho humano ya que la Administración Pública debe de velar por el interés público, lo cual constituye el derecho humano a la igualdad.

En lo particular, en México, el derecho a la buena Administración no está dentro de la propia Constitución. En la ciudad de México, que es la capital de la República mexicana, existe una Constitución de gran avanzada, una Constitución realmente muy buena que habla de este derecho humano a la buena Administración, y es muy importante que se contenga en nuestras constituciones el derecho humano a la buena Administración porque considerarlo como un derecho humano implica que ya cualquier mala Administración pueda ser controvertida mediante un juicio (que en México le llamamos el juicio de amparo, que es un juicio de control de la constitucionalidad).

El derecho humano a la buena Administración es un tema relativamente novedoso, lo cual implica que muy pocos ordenamientos legales lo contemplen, aunque implícitamente se reconozca, y sí lo encontramos dentro de la Unión Europea, aunque no en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Ya me voy a ir, por el tiempo, a la obra pública. En la actualidad, la corrupción gubernamental es la manifestación de un Estado frágil en su economía y consecuentemente en sus órganos de gobiernos, afectando a toda la sociedad en su conjunto, la cual aparece cuando existen gobiernos que son dirigidos por políticos que les dan preferencia a sus propios intereses o el de sus familias. El fenómeno de la corrupción gubernamental lo encontramos preferentemente en Estados con sistemas autoritarios en donde la participación de su población en las decisiones nacionales es mínima, esto es, en democracias débiles o en países dominados también por potencias extranjeras.

Los contratos de obra son aquellos que celebran los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público, ya se explicaba muy bien que hay diferentes decisiones jurisdiccionales en relación a qué es un contrato de obra, yo lo enfoco a la teoría tradicional, que son:

Aquellos que celebran entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público, para la construcción de infraestructura indispensable, para la Administración, y dirigida a la satisfacción eficaz y económica de un interés público. Para que se considere obra pública debe de intervenir el Estado mediante un órgano de contratación.

Se considera obra pública a la construcción de carreteras, ferrocarriles, puertos, presas, infraestructura hidráulica, edificios, aeropuertos, monumentos, así como su conservación. Es precisamente en la adjudicación del contrato de obra pública en donde se presenta con mayor frecuencia los actos de corrupción, ya sea para otorgar el desarrollo de la obra o para incrementar sin fundamento los costos de la misma e inclusive para autorizar obras con menor calidad que la contratada.

Es por lo anterior que resulta indispensable, para evitar los actos de corrupción en la obra pública que su adjudicación, independientemente de su cuantía, sea autorizada por órganos colegiados en donde no solamente participe la Administración Pública, sino que también se integre por comités ciudadanos ajenos a la misma, que dé un tratamiento igualitario a los concursantes, y que se respete el principio de transparencia y de publicidad, debiendo existir un anuncio previo que publicite las convocatorias de licitaciones.

Las decisiones se deberán tomar mediante análisis exhaustivos de las propuestas haciendo una ponderación de los criterios que se tomarán en cuenta para la adjudicación, como puede ser los materiales que se utilizarán y desde luego el costo de la misma. En el supuesto de que se contrate una obra deficiente y cause un daño a una persona o un grupo de personas, existirá una imputación directa al Estado por las conductas del órgano.

Por lo anterior debemos concluir que, si no se cumple con los requisitos mínimos de supervisión ciudadana, el Estado tendrá una gran posibilidad de que sea transgredidos o que sean realizados actos de corrupción. Y bueno efectivamente lo que yo quería comentar con ustedes.

Agradezco la atención que tuvieron al invitarme a este importantísimo coloquio, que para nuestras universidades, yo como docente universitario, son fundamentales, más ahora que nos encontramos en esta crisis sanitaria, y que este medio nos ha hecho posible interactuar con otras universidades y conocer otros sistemas jurídicos que muchas veces los profesores desconocemos y obviamente los estudiantes, pues también con su proceso de enseñanza están aprendiendo y tienen la necesidad de aprender. Muchas gracias.

Moderador. Luis Gerardo Rodríguez Lozano. Muchísimas gracias, doctor. Escuché muy atento su ponencia. Muy interesante la vinculación que ha hecho entre la construcción administrativa, la corrupción y los

vínculos que tiene ésta con una deficiente y mala Administración, que ha sido una causa para que en México sigan los niveles de corrupción considerables. También muy interesante lo que señalaba usted en el sentido de que la corrupción parte de la Administración Pública con todos esos procedimientos engorrosos, con su falta de ética y su falta de diligencia en su actuar. Me pareció muy brillante su intervención y le doy las gracias.

Ya para concluir las intervenciones en este coloquio binacional, me voy a permitir darle la palabra a la doctora María Guadalupe Fernández Ruiz que es actualmente la jefa de la división de estudios de posgrado de la UNAM, e investigadora también de la UNAM en el ámbito del derecho administrativo. Es todo suyo el micrófono. Muchas gracias.

María Guadalupe Fernández Ruiz: La adjudicación directa en la Administración Pública Federal mexicana

Muchísimas gracias, doctor Luis Rodríguez. Muy buenos días tengan todos. Agradezco la amable invitación a participar en este coloquio venezolano-mexicano sobre contratos administrativos. Mi agradecimiento a AVEDA; a cada uno de los distinguidos ponentes; por supuesto al doctor Juan Domingo Alfonzo Paradisi.

En el devenir, en el actuar cotidiano estatal existen ciertos actos de la Administración Pública que por sí misma, en ocasiones, no puede realizar, o bien requiere de un tercero para proveerse de un determinado servicio, de un determinado bien o que en general tenga como objeto la satisfacción de los intereses generales de la población. En este sentido, en México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene, en su artículo 134, un apartado para el ejercicio de los recursos de la Federación, en el que establece que debe realizarse de manera eficiente, eficaz, transparente, honrada y económicamente viable para el Estado.

En el marco de la actividad estatal, este 134 constitucional (que es la base de las contrataciones) establece que cuando se trate de adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de cualquier tipo de bienes, prestaciones de servicios y contrataciones de obra, se realizarán a través de licitaciones públicas mediante convocatorias públicas. Asimismo, este precepto constitucional establece que cuando las licitaciones no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, va a corresponder a las leyes establecer las bases, procedimientos, reglas, requisitos, y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que las asegura.

Por tanto, tenemos un artículo (134 constitucional) del cual se desprenden dos leyes reglamentarias, la primera es la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (a la cual me voy a referir como Ley de Adquisiciones), y por otra parte la Ley de Obra Pública y Servicios relacionados con las mismas, así como sus reglamentos.

En la Ley de Adquisiciones nos damos cuenta que este ordenamiento pone un especial énfasis en que debe existir una verdadera necesidad de los gastos públicos por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública, para esto establece la imposición de hacer estudios de viabilidad, de factibilidad y de necesidad, previos al arrendamiento, adquisición y sobre el servicio que se vaya a contratar. En términos generales, la Ley de Adquisiciones establece tres procedimientos de contratación: 1. La licitación pública, 2. La invitación a cuando menos tres personas, y; 3. La adjudicación directa.

La licitación pública es el procedimiento primordial. La licitación pública es la regla general. En realidad, podríamos afirmar que la licitación pública es el procedimiento de adquisición, arrendamiento y enajenación, de todo tipo de bienes. Es la regla. Puede entenderse, esta licitación, estamos en este caso en un ámbito de concededores del derecho administrativo, pero vale aclarar que puede entenderse la licitación pública como:

Un procedimiento administrativo que se encuentra sujeto a un régimen de Derecho Público, que tiene como finalidad seleccionar, entre una variedad de aspirantes que atienden a una convocatoria pública, al contratante de un contrato administrativo, que asegure de mejor manera a la Administración la obtención de beneficios y las mejores condiciones de idoneidad y conveniencia en la prestación de los servicios, en la realización de las adquisiciones o en la ejecución de las obras públicas.

Así pues, la Ley de Adquisiciones menciona, entre sus disposiciones, dos procedimientos administrativos que son alternos a la licitación pública, que como acabo de mencionar, es la invitación a cuando menos tres personas, y también la adjudicación directa, recalco, que son procedimientos que son excepción a la regla, y que la regla es la licitación pública.

En este caso, la invitación a cuando menos tres personas, es un procedimiento administrativo de excepción donde el requirente invita a participar, en una convocatoria de prestación de servicios o de suministro de bienes para el Estado, por lo menos a tres personas que pueden ser físicas o morales, capaces tanto económica como técnicamente para entregar en tiempo y forma lo requerido por la Administración Pública. Al recibir el particular la invitación por parte de la dependencia o entidad requirente, podrá aceptarla enviando una propuesta económica y material en los plazos fijados por la autoridad administrativa, así como el representante de toda la empresa; en caso de rechazar la invitación, podrá no responder o enviar su negativa de participación en dicha solicitud.

Ahora, tratándose de la adjudicación directa, se debe tener en cuenta que esta debe ser utilizada por parte de la dependencia o entidad como un último procedimiento, siempre y cuando garantice las mejores condiciones para el Estado. La adjudicación directa puede entenderse como:

El procedimiento administrativo (desde luego de excepción) por medio del cual la autoridad administrativa competente requiere a personas físicas o morales con capacidad de respuesta inmediata, de recursos técnicos, materiales, humanos, económicos y demás necesarios, cuya actividad, ya sea comercial o profesional, estén relacionadas con la obra, bienes o servicios que son objeto del contrato celebrarse. Supuestamente motivando y fundamentando de manera adecuada.

Aquí lo importante es que esta labor se hace sin mediar ningún procedimiento de licitación pública al contratado. Aquí la Administración Pública requiere, seleccionar la persona física o moral que va a participar en el contrato, es decir, selecciona a su co-contratante sin mediar ningún procedimiento de licitación pública al contratar. Vale la pena señalar que, para iniciar este procedimiento de adjudicación directa, la unidad administrativa competente debe justificar la decisión conforme a la investigación realizada en el estudio de mercado, estableciendo en su dictamen que no existen otros proveedores que puedan proporcionar los bienes o servicios requeridos o en su defecto que existe caso fortuito o fuerza mayor.

Esta forma de contratación prevé como límite de gasto hasta 300 veces el salario mínimo vigente en la ciudad de México (que actualmente anda como en 141 pesos), y en caso de que el monto lo rebase, deberá contar con al menos 3 cotizaciones en las mismas condiciones sobre los bienes o servicios requeridos, exceptuando los casos en que solamente existiera un único oferente con la titularidad de la patente.

Para lograr una adecuada adjudicación directa y que el servidor público responsable no sea sancionado por recurrir a esta forma alterna y excepcional de contratación, deberá (el servidor público) cumplir una serie de etapas, las cuales, en este momento voy a omitir, pero únicamente lo menciono para recalcar que se trata, la adjudicación directa, de un procedimiento de excepción.

Sí quiero comentar que los supuestos por los cuales la dependencia o entidad de la Administración Pública pueda utilizar este procedimiento conforme a la Ley de Adquisiciones, son aproximadamente 20, de los cuales únicamente voy a destacar los siguientes, para que podamos valorar la excepcionalidad que debe conllevar la adjudicación directa.

1. Que no existan bienes o servicios alternativos o sustitutos técnicamente razonables, o bien que sólo existe en el mercado un posible oferente, ya sea por la titularidad de un derecho o tenga el uso exclusivo de la patente.
2. Cuando se ponga en peligro el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad o el ambiente de cualquier zona del país como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

3. Si se pudiese provocar pérdidas o costos adicionales importantes, cuantificados y justificados.
4. Que derive de una causa de fuerza mayor o caso fortuito y que por ello se esté en la imposibilidad de obtener bienes o servicios mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender lo solicitado por la dependencia o entidad para este caso, y la cantidad económica debe limitarse para afrontarlo.
5. Cuando se trate de contratos con campesinos o grupos urbanos marginados.

Ahora, analizando estos supuestos, en este caso simplemente mencionándolos, nos podemos dar cuenta que se trata de situaciones que ameritan que se recurra a la excepción y no a la regla, que es la licitación pública.

La Ley de Adquisiciones impone la obligación para el servidor público de fundar y motivar su decisión, y de no hacerlo se considerará que actúa en detrimento del patrimonio del Estado y es una posible falta grave, según lo que establece la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Ahora bien, esta actividad de fundar y motivar, conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico, básicamente en la Ley de Adquisiciones, busca que sea cierta la reducción de costos para el Estado, sin embargo, creemos que es un procedimiento que carece de objetividad, competencia e imparcialidad.

Comprendido lo anterior, cabe mencionar que en la actualidad en la que se encuentra el Estado mexicano, la licitación, que es el procedimiento por excelencia, ha venido a convertirse en el procedimiento de excepción. Actualmente en México, por ejemplo, en el año 2020, presentó un porcentaje del 83.5% en compras a través de los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas y de adjudicación directa. Un 83.5% según lo que ha sido publicado en compranet (que es una plataforma digital), lo que de alguna manera soslaya un grave problema a lo señalado en la Constitución.

En una investigación realizada para una asociación de novedad, Mexicanos contra la corrupción y la impunidad, se señala que durante los primeros seis meses de este 2021 se han entregado un total de 69.077 contratos por 176.9 millones de pesos. De estos 69 mil, 55.691, o sea, el 80 %, han sido entregados vía adjudicación directa por un total de 74.639 millones de pesos, es decir, el 42 % del total. Cabe decir que esto únicamente se circunscribe a la Administración Pública Federal, no está aquí contemplada la Administración Pública de las entidades federativas ni de los municipios.

Este abuso en el uso de la adjudicación directa ha creado un debate dentro del Sistema Nacional Anticorrupción, y por supuesto, en la vida académica de diferentes universidades de México que han propuesto la creación de un Código Nacional de Contratación Pública o una posible iniciativa de reforma al artículo 134 constitucional, para entonces crear la Ley General de Contratos Administrativos, a fin de que el legislador pueda considerar todas estas ideas, las voces de la academia, las voces del periodismo, las voces de los ciudadanos, y volver a posicionar a la licitación pública como el principal medio de adquisición de bienes y para contratar servicios.

En un primer momento, y bajo lo estipulado por el Sistema Nacional Anticorrupción de vigilar el ejercicio del gasto público mediante la Secretaría de la Función Pública, la Auditoría Superior de la Federación (que depende de la Cámara de Diputados) y el comité de participación ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción, pugnaron por la implementación de una plataforma digital nacional que llegara a ser el sustituto de compranet. En esta plataforma digital nacional se pretende que se alberguen el padrón de licitantes, los servidores públicos responsables, la publicación de convocatorias, el almacenamiento de datos de los trabajadores del Estado y los particulares sancionados, así como también los medios de defensa, las resoluciones dictadas por autoridades administrativas en tal materia, pero, sin embargo, esto no se ha logrado solidificar ni capacitar al personal para su uso.

De implementarse la plataforma digital nacional, pudiera entonces sí haber un cambio de contrataciones, en este caso las adjudicaciones, dado que la plataforma podría utilizarse como una herramienta de control por parte de la ciudadanía y de la institución de control interno y externo, en este caso la Secretaría de la Función Pública y la Auditoría Superior de la Federación, y de esta manera evitar las malas prácticas llevadas a cabo por la autoridad responsable, evitando así la corrupción en materia de contratación pública.

Cabe mencionar también otro elemento indispensable en el procedimiento de las adjudicaciones directas, que es la transparencia, y en concreto, otra vez, el uso de la plataforma nacional de transparencia, administrada y organizada por parte de un órgano constitucional autónomo que es el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, conocido como INAI. Esto realmente cobra relevancia para el proveedor que busca participar dentro de una convocatoria lanzada por el Estado porque en ocasiones la Administración Pública lleva procedimientos de excepción sin haber hecho realmente un estudio de mercado, de viabilidad, de factibilidad, lo que puede ocasionar una inconformidad por parte de las empresas interesadas.

Ahora, si fuese el caso anterior, la empresa, mediante el uso de la Plataforma Nacional de Transparencia, podría solicitar la información de la convocatoria, así como de los elementos fundamentales que justifiquen a la autoridad para realizar un procedimiento de excepción, y en caso de identificar una posible anomalía, notificar inmediatamente al órgano interno de control de la dependencia o la entidad para que iniciara una investigación, y si fuera el caso, cumplir con los requisitos de la convocatoria, participar en el procedimiento emitido por la autoridad responsable, y sancionar al servidor público encargado del mal uso de sus facultades. De tal manera que el uso de la transparencia, en materia de contratación pública, podría evitar la transgresión que se hace a los preceptos de la Ley de Adquisiciones y aumentaría también el procedimiento de licitación pública en los contratos administrativos celebrados en la Administración Pública Federal.

Para cerrar mi participación, yo quisiera enunciar los problemas actuales de la adjudicación directa en México, así como también algunas posibles soluciones.

El primer problema se da en cuanto a la normalización por parte de las Administraciones Públicas de recurrir de manera cada vez más frecuente a la adjudicación directa y como excepción a la licitación pública. La normalización de esta situación, de acuerdo con Transparencia Internacional en el año 2020, ha hecho que se disminuya la confianza de las empresas y de la ciudadanía por la posible parcialidad en las decisiones de materia sensibles.

Por otra parte, algo que atañe a la Administración Pública, es la muy escasa capacitación en áreas estratégicas, como son áreas de recursos materiales, las áreas de los órganos internos de control, ¿por qué? porque son los principales actores en las adquisiciones. El primero, como el encargado de llevar el procedimiento de convocatoria, evaluación y adjudicación; el segundo, como vigilante del buen ejercicio de las compras públicas.

Otro problema deriva del mal empleo de compranet, y básicamente en su atraso informático. En su momento, compranet fue una plataforma realmente innovadora y tomada como ejemplo en diversos países latinoamericanos, y posteriormente se ha quedado estancada y sin actualizarse de acuerdo a los avances informáticos.

Otro punto a resaltar es, de alguna manera, la precarización de la Plataforma Digital Nacional y el presupuesto para su implementación en toda la República mexicana, porque al no tener las herramientas necesarias para la actualización y mantenimiento de este instrumento tecnológico, se vuelve deficiente y muy problemático para el usuario.

El quinto problema se refiere a las prácticas monopólicas realizadas por el Estado porque al seleccionar a un oferente para el suministro de un producto, ocasiona un daño a la libre competencia, por tanto, las mejores prácticas en materia de compras públicas están ausentes.

De lo anterior se desprende que el cambio de facultades en materia de adquisiciones de la Secretaría de la Función Pública a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que se dio en este gobierno (siendo esta última la encargada de llevar a cabo todos los procedimientos de contratación, el registro, la distribución de los bienes o servicios de las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal), ha generado un monopolio por parte de esta dependencia, y esto se realizó en aras de tener un control absoluto por parte del Ejecutivo.

Por lo anterior, quisiera mencionar muy someramente algunas posibles soluciones:

Primero, yo pensaría que el órgano interno de control, a través de su área de quejas, de denuncias e investigaciones, investigara y preguntara, de manera constante, a las áreas de recursos materiales que hay con las compras presupuestadas, y las formas de llevar a cabo el procedimiento de licitación, recalcando, haciendo hincapié en la necesidad de cumplir con las prácticas referentes a la licitación pública, evitando, en lo más posible, la invitación a cuando menos tres personas, y por supuesto la adjudicación directa.

Si fuera el caso de no poder llevar a cabo la licitación pública por alguna razón excepcional, que se acompañe en todo momento al servidor público, darle un seguimiento, desde la investigación del mercado, hasta la adjudicación de este.

Otra propuesta sería la creación de un observatorio ciudadano compuesto por académicos destacados en la materia, que se encargarán de vigilar a los servidores públicos responsables en llevar a los procedimientos de contratación pública, así como de aportar todas las ideas benéficas provenientes de la doctrina.

La tercera solución es la actualización de la plataforma de compranet para que dé el salto a la Plataforma Digital Nacional, que en un primer momento es la inversión del presupuesto en la mejora de los sistemas informáticos para que el almacenamiento de datos sea superior al que se tiene en este momento, y mejorar la forma en que se da acceso a esta herramienta tecnológica. Es importante recalcar que el presupuesto otorgado a la plataforma deberá ser estudiado no solamente de la Secretaría de Hacienda sino también por la Secretaría de la Función Pública para que Hacienda lo integre en el presupuesto de egresos de la Federación del año fiscal siguiente, logrando entonces un material informático con los más altos índices de cumplimiento, dada su mejora.

También propondría la difusión y presupuestación de la Plataforma Digital Nacional porque al ser una herramienta de impacto en la sociedad —porque ahora la sociedad también se vuelve más participativa y de alguna manera responsable— ni el sector público, ni el académico y social, tienen conocimiento de dicha herramienta, lo que ocasiona un problema grave de manejo de datos y de metadatos. Entonces, se debe capacitar a los operadores de la plataforma y crear congresos para que la ciudadanía y todos los actores vayan teniendo mayor conocimiento para que sea, en este caso, la comunidad académica y social, un factor de comunicación en toda la República mexicana.

De esta manera se lograría un mejor manejo de la contraloría social y un gasto mayor del que se tiene actualmente, entonces, el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción debería hacer un análisis completo de los posibles gastos de mejora a fin de ser notorio y palpable el combate a la corrupción en las adjudicaciones directas a través de esta plataforma.

Asimismo, considero que llevar a cabo una convocatoria nacional para el registro de proveedores en compranet de los diversos bienes que requiere el Estado en aras de actualizar el padrón de licitantes, evitaría que la Administración Pública lleve, en gran medida, la adjudicación directa a la vez de evitar el monopolio de distribución de los productos dentro del mercado, fortaleciendo así la libre competencia, y en gran parte constituyendo un incentivo para las micro, pequeñas y medianas empresas, para que pudieran también intervenir en procedimientos de contratación.

Finalmente concluyo diciendo que el procedimiento de contratación pública mediante adjudicación directa se lleva a cabo en distintas etapas y se ha vuelto la regla general por el cual la Administración Pública lleva a cabo contratos administrativos, de alguna manera infringiendo el artículo 134 de la Constitución, ocasionando daños directos en el ejercicio del presupuesto. La Administración, al realizar las adjudicaciones directas, afecta la competencia nacional e internacional en la distribución de productos, lo que deviene en un incentivo indirecto en los monopolios en materia de bienes y servicios, lo que hace propicio la realización de malas prácticas.

La falta de capacitación de los servidores públicos responsables en llevar a cabo los contratos públicos, hace que la adjudicación directa sea una válvula de escape para satisfacer, de manera inmediata, las necesidades de las dependencias y entidades en materia de bienes y servicios.

Con esto concluyo mi participación, no sin agradecer de nuevo muy cumplidamente la invitación que se sirvieron formularme. Muchísimas gracias.

Moderador. Juan Domingo Alfonzo Paradisi. Muchísimas gracias a usted, profesora María Guadalupe Fernández Ruiz por su interesante intervención.

Vamos a pasar al ciclo de preguntas en virtud del tiempo programado; ya va a ser la una de la tarde, hora de Caracas. Y gracias a todos los ponentes, y al profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano por su colaboración en la moderación de los profesores mexicanos.

Paso entonces a formular las preguntas. Ya, como ven, ha habido una pregunta para el profesor Luis Fraga, que él amablemente ya la contestó, lo que queremos es que quede acá para el resto de los ponentes y quede grabada. La pregunta era: como consecuencia de los elementos hiperinflacionarios evidenciados en Venezuela, ¿la aplicación de la teoría de la imprevisión en pro del contrato administrativo se viene ejecutando como un mecanismo para mantener el equilibrio económico del contrato?

Como digo, el profesor Fraga la respondió, pero si la puede responder para que quede grabada. En virtud de su excelente exposición, le preguntaría, que ya lo desglosó muy bien en su ponencia: ¿Qué criterios claves nos diría para distinguir si se trata o no de un servicio público? Por ejemplo, en el caso de transportes marítimos, o terrestres en materia de transporte de gasolina o de diésel o de petróleo, y su relación con los contratos administrativos.

Yo me estoy refiriendo, y el profesor Fraga lo sabe, al análisis del trabajo del profesor Brewer, que sirvió también para el excelente prólogo de dicho libro por parte de Fraga. Usualmente, en el pasado se podía decir con mucha facilidad que era un contrato administrativo porque había la ejecución de un servicio público al tratarse de transporte de gasolina o de diésel, pero quería ver, de acuerdo al criterio del profesor Fraga, qué pensaría él en cuanto a esa pregunta; criterios claves para distinguir si se trata o no un servicio público, viendo el caso del Lago de Maracaibo, y porque en ese caso —a lo mejor— no se trataría de un servicio público, no se trataría tampoco, de igual manera, de un contrato administrativo, porque no se dan algunas de sus condiciones o requisitos claves para mí. Adelante, profesor.

Luis Fraga Pittaluga. Bueno con respecto a la pregunta, en Venezuela se ha reconocido, desde hace muchísimos años, la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión o de las subvenciones imprevistas (creo que así la llama Enrique Iribarren), que comprende tanto la teoría de la imprevisión como la teoría del hecho del príncipe, es decir, las alteraciones de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo como consecuencia, o bien de una decisión de la propia autoridad contratante, de una decisión del Estado, o simplemente por el advenimiento de circunstancias que no fueron previstas al momento de la celebración del

contrato, y que si bien no imposibilitan la ejecución del mismo, lo hacen excesivamente oneroso, lo hacen prácticamente ruinoso para el particular contratante.

Por supuesto, en la doctrina clásica del derecho administrativo francés, desde una sentencia del Consejo de Estado francés, desde principios del siglo pasado, se reconoce esta posibilidad, y eso ha sido acogido por la doctrina venezolana, así lo reconoce Brewer-Carías, Pérez Olivares, Rafael Badell Madrid y el propio Henrique Iribarren Monteverde, de hecho, este último sostiene, si mal no recuerdo, que independientemente de cualquier regulación que haya, por ejemplo, en la Ley de Contrataciones Públicas sobre este tema, que tiene una regulación especial en la ley, en el punto específico de la variación de precios y todo esto, independientemente de ese tratamiento, él opina que hay una aplicación directa de la Teoría de las Subvenciones Imprevistas, más allá de estas regulaciones, hay una aplicación directa porque no se puede obligar al co-contratante a que ejecute el contrato ante el acaecimiento de circunstancias que lo hacen excesivamente oneroso.

Ahora, en la pregunta en concreto se hablaba del tema de la inflación, y bueno, yo opino que la inflación en Venezuela no es algo imprevisto, es algo con lo que tenemos muchos años viviendo, y con hiperinflación tenemos varios años viviendo, de manera que yo no lo consideraría un hecho imprevisto que pueda caer dentro de la Teoría de la Imprevisión, lo que sí creo es que en los contratos públicos necesariamente, el co-contratante tiene que prever la inclusión o discutir la inclusión de cláusulas que permitan mantener ese equilibrio económico-financiero del contrato, pero no creo que el tema de la inflación pueda caer dentro de la Teoría de la Imprevisión.

En cuanto a la segunda pregunta, la verdad es que el tema es muy complicado, la discusión sobre lo qué es el servicio público ha sido uno de los quebraderos de cabeza en el derecho administrativo desde que el derecho administrativo existe; es una noción también de origen pretoriano, un concepto fundacional del derecho administrativo del *arrêt* Blanco, en ocasiones muy difícil de precisar porque si al caso vamos, en el ejemplo del transporte de gasolina, bueno alguien me puede decir que la gasolina es indispensable para una cantidad de cosas de manera que satisfacen necesidades colectivas; pero también eso lo hace la farmacia y lo hacen las panaderías y lo hacen los bancos. Tal vez las personas puedan dejar de utilizar sus automóviles, pero no pueden dejar de ir al supermercado a comprar comida o adquirir medicinas. Rotular la prestación de servicios que hace una farmacia o que hace un supermercado, una panadería, como un servicio público dentro de las connotaciones que tiene eso dentro del derecho administrativo, es muy complicado.

Por eso en el libro del profesor Brewer se trata en profundidad ese asunto. Los servicios que prestaban estas empresas en el Lago de Maracaibo, no pueden considerarse como susceptibles de ser incluidos dentro de un contrato administrativo porque no había un beneficio directo para la colectividad; pero como digo, este es un concepto complicado, y que en mi opinión requiere ser reducido en la medida de lo posible porque de lo contrario, y esto es lo que pasa con muchos conceptos del derecho administrativo, va a tener un efecto expansivo desastroso porque entonces lo público va a penetrar todo, como ocurre en nuestro país donde todo es público, donde el poder está metido en todo, y por ende desgraciadamente también la política.

Entonces yo creo que hay que tener mucho cuidado con la aplicación de esta etiqueta de servicio público a cualquier cosa que comporte un beneficio directo o indirecto para la colectividad.

Moderador. Juan Domingo Alfonzo Paradisi. Muchísimas gracias. Es un tema bien interesante. Para el profesor Luis Ortiz tengo dos preguntas, hay una en el chat del profesor Gonzalo Pérez, pregunta: ¿qué le recomienda a un particular que de buena fe tiene un contrato con el gobierno de Venezuela y no lo puede ejecutar por temor a las sanciones? Y otra pregunta: ¿El hecho de pagar en petros puede conllevar a la posible imposición de sanciones?

Luis Ortiz-Álvarez. Muchas gracias. Con relación a la primera pregunta, al contratista que tenía un contrato preexistente o que contrató de buena fe con la Administración ¿qué puede hacer? Bueno, en realidad depende del caso concreto, mi primera recomendación es que analice en detalle su situación jurídica específica para ver si la misma es compatible, está autorizada o no por las sanciones económicas. Como mencioné en la exposición, hay un conjunto de excepciones en las órdenes ejecutivas y en las licencias generales, que permiten, expresamente transacciones en diversos temas (alimentos, medicinas, vestimentas, puertos, aeropuertos, telecomunicaciones, todas las actuaciones de las ONG en materia de ayuda al pueblo, de los niños y derechos humanitarios, cuestiones del COVID, y cuestiones del gas para cocinar).

Fuera de esas transacciones permitidas, que están en el marco de las 40 licencias de la OFAC, no todas están vigentes, hay que checar eso también, hay que determinar su caso concreto, porque se da la situación de que, aunque no esté autorizada por la OFAC, a veces, dependiendo de la situación concreta, la OFAC otorga una licencia específica. Lo que se debe aclarar es que lamentablemente la preexistencia de la buena fe de un contrato no es suficiente para excluirlo de las sanciones, alguien puede decir «bueno, dictaron las sanciones pero mi contrato era anterior», desde la perspectiva de las sanciones americanas eso no excluye el cumplimiento de sanciones, y de hecho, hay muchas de las órdenes ejecutivas y de las

licencias generales de la OFAC, que dan unos períodos para terminar o liquidar el contrato, lo que llaman «los períodos de *one down*», y en caso que no lo hagas en ese lapso, estás en riesgo de violación de las sanciones económicas, claro está, si se dan los elementos que mencioné antes.

Mi recomendación sería analizar el caso, si es necesario pedir una licencia especial a la OFAC, y otra recomendación práctica que funciona mucho es pedir un dictamen jurídico a un escritorio americano, que a veces eso disipa las dudas, y si la conclusión es positiva, eso además confirma una actuación diligente por parte de la compañía y te da cierto nivel de seguridad jurídica, y te permite a veces que los bancos te desbloqueen el dinero, te permite hacer transacciones, etcétera.

Y si se concluye que la transacción es permitida, hay que tomar en cuenta que muchas de las licencias de la OFAC tienen ciertas restricciones, tales como que no puedes hacer transacciones en las cuales participe el Banderes, que no esté el oro de Venezuela involucrado, y que no esté el Petro. Tenemos varios clientes que nos han pedido asistencia, quieren hacer operaciones, y, de hecho, algunos lo están haciendo, quieren importar medicinas y alimentos a Venezuela, y la conclusión jurídica es que era permitido sin necesidad de acudir a la OFAC, y hoy día están haciendo las transacciones incluso con el gobierno de Venezuela y están llevando alimentos y medicinas a Venezuela sin ningún problema; claro que, con las recomendaciones de rigor, entre ellas el no incurrir en corrupción.

Respecto a la segunda pregunta, la mayoría de las licencias generales que autorizan estas transacciones en materia de temas humanitarios, etcétera, tienen unas restricciones, y una de las restricciones específicamente es no puedes aceptar el Petro como un mecanismo de pago, entonces, eso sigue estando prohibido y no ha sido levantado por la orden ejecutiva 13827, y de manera que, si te ofrecen pagos en Petro, aunque estés llevando, incluso, alimentos y productos permitidos, pudieses estar incurriendo en una violación de las sanciones económicas; lo mismo va para el oro y lo mismo va para quien involucre a ciertas gentes que están en la lista OFAC, o como el Banderes. Esa sería la respuesta, gracias.

Moderador. Juan Domingo Alfonso Paradisi. Bueno, no me queda más que agradecerle a cada uno de los ponentes, a nuestros colegas y profesores que participaron en esta iniciativa de AVEDA, iniciativa internacional, en esta conversación, este coloquio en materia de derecho administrativo, concretamente en este tema medular, el contrato administrativo. Agradecer al profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano, de la Universidad de Nuevo León-México.

Aprovecho para presentar al panel una pregunta que nos realizan por zoom: ¿quién controla a los controladores? (refiriéndose al Sistema Nacional Anticorrupción de México), ¿en épocas de la globalización es

posible tener un Estado social robusto?, ¿es posible ese equilibrio entre la estructura empresarial y los demás ciudadanos?

Luis Fraga Pittaluga. Bueno, esa es otra discusión enorme, larga y muy compleja. Yo diría, por ejemplo, que hay países muy exitosos desde muchos puntos de vida que no conocen el concepto de servicio público de tradición francesa, por ejemplo, y donde el Estado no tiene ningún foro privilegiado para ser demandado, no existe el contencioso administrativo, y son Estados que funcionan. Está el caso de los Estados Unidos donde el concepto de servicio público fue sustituido por el de los *utility*, y es muy diferente.

Quisiera decir otra cosa, no me quiero meter en la manera en la ponencia de la profesora, pero en el tema de la corrupción tenemos que recordar una cosa, la corrupción es un problema bidireccional, si hay corrupción administrativa es porque hay empresarios privados o personas privadas que se prestan para la corrupción, porque un funcionario público no puede ser corrompido si el que accede al servicio público no le ofrece la corrupción o en definitiva no se la paga. Entonces, yo creo que es un problema mucho más profundo de nuestras sociedades cuyos valores éticos y morales están desde hace mucho tiempo muy deteriorados.

Latinoamérica tiene un problema de corrupción de arriba abajo, pero no es un problema exclusivo del sector público, porque el sector público solo no podría incurrir en actos de corrupción sin la participación del sector privado. Es un problema de la sociedad, de la ética y del comportamiento moral, de los valores de la sociedad. Entonces creo que es un problema mucho más profundo.

Yo sí creo que puede haber un Estado robusto siempre y cuando no se metan en lo que no se tiene que meter. Un Estado no tiene que administrar hoteles, aerolíneas, empresas que no sean absolutamente necesarias, no entiendo por qué un Estado, por ejemplo, tiene que prestar el servicio de telefonía. Entonces, yo creo que el Estado empieza a deteriorarse como institución cuando se empieza a meter en cometidos que perfectamente pueden ejecutar los particulares con regulaciones para que no se incurra en conductas que afectan a la colectividad.

Yo sí creo que puede haber un equilibrio siempre que el Estado se concentre en hacer las cosas que tiene que hacer y hacerlas bien, porque un Estado, por ejemplo, prestando el servicio hotelero pero que cuyo sistema de administración de justicia es un desastre, no tiene mucho sentido porque la administración de justicia es un cometido esencial del Estado, o la policía, la seguridad y defensa, etcétera.

Moderador. Juan Domingo Alfonzo Paradisi. Bueno, para cerrar, muchísimas gracias, como decía, a los profesores, al profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano que contribuyó, con nosotros, enormemente, en

esta iniciativa internacional, en este coloquio-mexicano venezolano sobre el contrato administrativo en distintas perspectivas. Agradecido con cada uno de los ponentes en nombre de AVEDA. Nos vemos en una próxima oportunidad. Muchísimas gracias por estar con nosotros.

SEMINARIO: DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL CINE Y LA LITERATURA

Ponentes:

*Samantha Sánchez Miralles, Flavia Pesci-Feltri, Claudia Nikken,
Carlos Reverón Boulton, Cosimina Pellegrino Pacera*

Moderador:

Juan Domingo Alfonso Paradisi

Fecha: 12 de agosto de 2021

Moderador. Bienvenidos todos. Antes de empezar con esta interesante y original actividad, queremos dar nuestras más sinceras palabras de condolencias por el fallecimiento de la profesora María Candelaria Domínguez Guillén, académica y profesora con una obra escrita muy importante; muy querida por muchos de nosotros y lamentamos mucho su fallecimiento. De igual manera, expresarle a nuestro querido amigo y profesor, Miguel Ángel Torrealba, nuestro más sentido pésame por el fallecimiento de su señora esposa, la profesora María Candelaria Domínguez Guillén. Quisiera que guardáramos un tiempo de silencio en virtud de este sensible fallecimiento.

Lamentamos así el fallecimiento de la profesora María Candelaria Domínguez Guillén. Esperamos que descanse en paz y que Dios la tenga en su gloria.

Bueno, les damos la bienvenida a esta interesantísima actividad, donde vamos a tener la participación de diversos profesores de derecho administrativo; la profesora Samantha Sánchez, la profesora Claudia Nikken, el profesor Carlos Reverón, la profesora Flavia Pesci-Feltri y la profesora Cosimina Pellegrino; en este seminario sobre el derecho administrativo en el cine y la literatura.

Cada uno de ellos van a dar una perspectiva sobre una película o una obra de la literatura donde se ven plasmados principios del derecho administrativo o relaciones del derecho administrativo, de la Administración con los ciudadanos o problemas que acontecen en relación con la Administración, con la burocracia o con los ciudadanos, y en esa relación entre los ciudadanos y la Administración, desde la perspectiva de la literatura y el cine.

Por tanto, nos parece interesantísima esta actividad, tanto del consejo directivo como de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, constituyendo así la primera de las intervenciones en este seminario virtual la relativa a la profesora Samantha Sánchez. Samantha Sánchez es profesora de derecho administrativo, es abogada Magna Cum Laude de la Universidad Central de Venezuela, egresada en el año 1991 con un máster en derecho comercial internacional de la University of Michigan en 1994, y es doctora en derecho de la Universidad Central de Venezuela. Su presentación será sobre la participación ciudadana en la formación de las leyes basado en la película «Sola contra el poder». Entonces en seguida vamos a ver la presentación de la profesora Samantha Sánchez.

Samantha Sánchez Miralles: Participación ciudadana en la formación de las leyes, en la película Sola contra el poder

Buenas tardes a todos. Quería comenzar dando las gracias a AVEDA y a la profesora Cosimina Pellegrino por esta invitación. Me complace mucho poder compartir con ustedes algunas ideas sobre cabildeo o *lobby*, inspiradas en la película de John Madden del año 2016 que se llama «Sola contra el poder». Esta charla de hoy la hemos titulado «La participación ciudadana en la formación de las leyes» porque vamos a ver, cuando comentemos un poco más sobre lo qué es el cabildeo, que eso es realmente el propósito del *lobby*.

Quiero empezar, quizás, por algo que puede parecer muy obvio pero que quiero resaltar en esta charla, y es que el cine, evidentemente, persigue fines más allá de una mera función de entretenimiento; el cine se ha convertido en una herramienta muy valiosa en la educación, que podría abrirnos los ojos. El cine nos permite analizar, desde otros puntos de vista, situaciones e instituciones (como es en este caso) que quizás con un método tradicional no sea tan efectivo, y a través del cine y de su vivacidad nos permite absorber nuevas ideas, nos permite enriquecernos, hacer una vinculación más empática y explorar los temas de una manera más dinámica.

En el caso del *lobby*, del cabildeo, es bien particular porque es una actividad que tradicionalmente, los que la practican, han querido mantenerla de alguna manera en reserva, han querido mantener el bajo perfil, y, sin embargo, Madden nos regala esta maravillosa película que está dedicada totalmente a la figura de una cabildera que es Miss Sloan (que es el título de la película en inglés).

La profesora Pellegrino se ha valido muchísimas veces del cine, así como de otras artes, y es una institución ya en materia de vincular el derecho, por ejemplo, con la literatura, con la música, con el cine, entonces, como comentaba al comienzo, me es muy grato participar en esta iniciativa.

En cuanto al *lobby* antes de entrar de lleno en la película, quiero compartir con ustedes la definición que da Transparencia Internacional. Transparencia Internacional define *lobby* como: la gestión de intereses o cualquier comunicación directa o indirecta, con agentes públicos, con decisores públicos, con representantes políticos, con la finalidad de influir en la toma de decisiones, y normalmente esto se hace a través de ciudadanos que se encuentran en grupos organizados. En la película, tanto en su inicio como en su final, nuestra protagonista, Miss Sloan, define qué es cabildeo para ella y aquí tenemos el corto de la película para que hable por sí sola:

Hacer *lobby* requiere previsión, anticiparse a los movimientos del adversario y diseñar el contraataque, el que gana va siempre un paso por delante de la oposición y juega su baza justo después de que ellos jueguen la suya, consiste en lograr sorprenderlos y que no te sorprendan a ti.

Entonces vemos que cabildar, para Miss Sloan, es tener visión, es anticiparnos al oponente, diseñar estrategias, el ganador siempre da un paso adelante, y se juega su carta ganadora justo después de que los otros han jugado la suya. Cabildar, para ella, es asegurar que podemos sorprender y que no seamos sorprendidos; por supuesto, esta película está enfocada absolutamente en la posición del cabildeo en los Estados Unidos de América en donde el *lobby* es una institución regulada de manera muy detallada.

En oposición a esta posición, tenemos el caso de Venezuela, en donde el cabildeo no sólo no está regulado, sino que además es considerado como una actividad ilegal, es considerado como un tráfico de influencias; sin embargo, yo creo que esto nos llama a la reflexión porque la realidad es que es prácticamente imposible que no exista el cabildeo, es como parte de la naturaleza humana esa necesidad que tenemos de influir en los demás, de convencer al otro de nuestra posición. Es muy difícil resistirse a la idea de convencer a los demás sobre una posición, sobre una creencia, y por lo tanto eso es parte del cabildeo; y más que prohibirlo o más que cerrar los ojos y negar la posibilidad de que exista, de que sea regulado y de que sea un instrumento valioso para los ciudadanos, pues su regulación inteligente puede transformar esa actividad que, hasta quizás formalmente no ha sido tan conocida, en una herramienta valiosa para el ciudadano normal en la influencia de la creación, interpretación y aplicación de las leyes.

Democracias, como por ejemplo la Suiza, son democracias absolutas en donde los ciudadanos están llamados a participar en la toma de decisiones, constantemente, en todas las cosas que pueden afectar la vida pública. Estos casos, como el suizo, son extraños, normalmente ¿qué sucede? que esas decisiones son delegadas por los ciudadanos, en los regímenes

democráticos, en el parlamento, pero nuestros representantes en el parlamento a veces no actúan de manera suficientemente rápida, o digamos, se dejan llevar por la inercia o no ven la relevancia que puede tener una regulación, una política, una ley en un momento particular, y por lo tanto, el cabildeo se convierte en una herramienta muy importante para poder plantear el punto de vista del ciudadano a esos parlamentarios, explicar su interés, su importancia en un momento particular, y por lo tanto, participar de manera mucho más activa en la formación de políticas y de leyes.

La película nos plantea, por otro lado, todo el carácter cuestionable que tienen los cabilderos. Los cabilderos tienen una reputación a veces no muy positiva; es interesante porque durante varios momentos de la película vamos a ver que se defiende, de alguna manera, esa posición, o se trata de explicar que el cabildeo, el hacer ese *lobby*, no se trata de sobornar, sino simplemente de presentar un caso sólido, organizado, para influir a través de esa información en la formación, tanto de políticas, como de leyes de aplicación general. Es por ello que nosotros pensamos que el cabildeo, cuando tiene límites legales, claros y éticos, cuando hay transparencia en la comunicación y publicidad adecuada, realmente puede ganar, puede cambiar la forma de gestionar la política, la forma de creación de leyes y reflejar ese sentir de la sociedad. Por eso pensamos que mejor es regularla, más que simplemente condenarla. Vamos a ver un poquito más adelante los países que tienen regulación, por lo menos en el caso de América Latina.

También quisiera destacar que la película plantea cómo el cabildeo, si bien está asociado en muchos casos a los abogados, también está inmediatamente vinculado al tema de publicidad. En la película se plantea la designación de un caso que están llevando, lo llaman «el impuesto a la nutella», en realidad se trata de un impuesto al aceite de palma, pero como la nutella es un producto tan apetecible, es un producto tan popular y se trata de crear simpatías, los lobbistas deciden cambiarle el nombre, y usando técnicas publicitarias deciden llamar su actividad «pro impuesto a la nutella», en lugar de impuesto al aceite de palma.

En algún momento de la película es interesante como se dice que el cabildero sólo necesita creer en su propia habilidad para ganar, y que siempre quiere influir y controlar. De alguna manera pareciera decir que el fin justifica los medios; sin embargo, Madden creo que hace una película bastante moralista, y contra todo pronóstico la justicia prevalece.

Volviendo más hacia el tema de América Latina (al igual que en Europa), la mayoría de los países se han apartado de esta regulación del cabildeo y lo consideran simplemente como «tráfico de influencias», a diferencia de los países del *Common Law* (incluyendo Australia, Nueva Zelanda), que tienen regulaciones bien detalladas. Podemos decir que, en

América Latina, solamente Chile, Colombia, México, Panamá y Perú cuentan con normativa en el tema; que existe una tendencia a tratar de regular, hay algunos países que han despertado un poco hacia esa instrucción de regulación, y encontramos a Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Paraguay que tienen algunos proyectos de ley en curso en materia de cabildeo.

En este sentido, la Organización de Cooperación y Desarrollo (la OCDE) ha dictado algunos principios sobre cómo regular el *lobby*, y estos principios los voy a leer brevemente.

1. Hablan de un campo de juego nivelado para que todos los interesados tengan acceso equitativo en la elaboración e implementación de políticas públicas.
2. Las reglas deben tomar en cuenta las preocupaciones del gobierno y su específico contexto social, político y administrativo.
3. La regulación debe ser consistente con el resto del marco regulatorio del país.
4. Los términos «cabildeo» y «cabildero» deben ser definidos de manera muy clara.
5. Debe haber transparencia en cuanto a los funcionarios, ciudadanos y compañías que realizan esta actividad, esto es muy importante para poder ejercer control.
6. Debe haber un escrutinio de esas actividades de cabildeo.
7. Se debe promover la cultura de la integridad.
8. Se promueve también un cierto profesionalismo de la actividad del lobby.
9. Los países, además, deben revisar, de manera regular, su estrategia en materia de cabildeo.

Yo creo que el hecho de que la OCDE se pronuncie en este sentido, y el hecho de comprobar cuando la actividad es muy evidente, y existe allí, esta tendencia a influir y a querer participar de manera más activa en la formación de las leyes, está tan presente, considero que es mucho mejor que regulemos y que nos familiaricemos con el cabildeo, que simplemente continuar negando o castigándolo, porque lamentablemente se va a seguir produciendo, simplemente que se producirá detrás de bambalinas y no podremos contar con esta herramienta que puede facilitar la participación ciudadana en la formación tanto de políticas como de leyes. Muchísimas gracias.

Moderador. Muchísimas gracias, profesora, por su interesante intervención en la tarde de hoy sobre esa película y sobre el tema del cabildeo o el *lobby* y su eventual regulación.

De seguida tenemos la intervención de la profesora Flavia Pesci-Feltri en cuanto al debido proceso en «El Proceso» de Franz Kafka. La profesora Flavia Pesci Feltri es abogada y poeta. Ha tenido, recientemente, su tercera publicación, su libro «Trazos en fuga»; un poemario que ha sido muy comentado, tanto en el chat de la Asociación como en diarios de circulación nacional en nuestro país, en virtud de su presentación el 30 de junio, y la felicitamos por esa nueva publicación tan exitosa.

Como sabemos, Flavia es egresada de la Universidad Central de Venezuela de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, es especialista en derechos humanos y derecho constitucional, y es profesora de derecho administrativo II en pregrado de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Buenas tardes, Flavia bienvenida.

Flavia Pesci-Feltri. El debido proceso, en El proceso de Franz Kafka

Muy buenas tardes. Muchas gracias profesor Alfonzo Paradisi por su presentación y por hacer mención al último libro de poesía que acaba de salir publicado; y también a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por promover esta actividad que me parece sumamente interesante. Me toca hablar de la obra literaria de Franz Kafka, *El Proceso*, y de algunos aspectos jurídicos relevantes que se pueden derivar del estudio o de la lectura de este grandísimo escritor.

Ante todo, quería resumir brevemente quién era Franz Kafka. Kafka es uno de los escritores más importantes de la literatura occidental, considerado un clásico del siglo XX. Nace en Praga en 1884 y a causa de una tuberculosis muere muy joven, en esa misma ciudad, en 1925. Kafka se gradúa como abogado y comienza su ejercicio profesional como consultor jurídico en una empresa de seguros. Luego de un tiempo inicia a trabajar en una institución pública. De ahí que en su obra se puedan identificar aspectos que tienen directo interés con el derecho y con la materia jurídica.

Su obra literaria ha tenido un profundo impacto dentro de la cultura occidental y ha sido estudiada por importantes filósofos y escritores como Hanna Arendt, Camus, Borges, Vargas Llosa; ha habido una cantidad de pensadores que se han dedicado a analizarla e interpretarla y que la ubican dentro de la corriente filosófica que se denomina «existencialismo», por cuanto la literatura de Kafka plantea la necesidad de comprender que la existencia del ser humano no es una existencia predeterminada, condicionada previamente por un destino sino que, muy al contrario, en la vida del hombre la libertad juega un papel esencial.

Efectivamente, la libertad es fundamental para que la existencia tenga un sentido; es a partir, justamente, de la libertad y de la libertad de elección que la persona hace conciencia de la necesidad de actuar y oponerse a aquellas cosas con las cuales no está de acuerdo.

Debido a esta conciencia de libertad, la existencia individual pasa a ser tormentosa, afligida pues el conocimiento de que con su actuar la persona puede hacer una diferencia ante aquello que cree inapropiado o injusto, lo hace sentir angustiado, responsable, con una gran carga sobre sus espaldas.

He querido detenerme aquí porque en la obra de *El Proceso* de Kafka, se ve muy claramente cómo el protagonista principal, Josef K, está sumergido en una angustia, un desasosiego que lo obsesiona diariamente por la necesidad de querer ir en contra de lo que le está sucediendo pero al final, cuando se da cuenta de que la fuerza del aparato estatal que lo oprime es más robusta que su propia rebelión, se resigna y cae ante la arbitrariedad de sus opresores.

El proceso de Kafka comienza con el arresto de Josef K: dos funcionarios judiciales ingresan a su apartamento y le notifican lo siguiente:

«contra usted se ha iniciado un proceso y por lo tanto usted está arrestado»;

«Usted no se va, está arrestado.

Así parece —dijo K—, pero ¿por qué? —preguntó luego—.

No nos han encargado de decírselo. Métase en su habitación y espere. Acaba de iniciarse la instrucción del proceso y se le informará de todo a su debido tiempo. Sobrepaso los límites de mis atribuciones hablándole con tanta amabilidad».

La imagen de la primera página de *El proceso* nos describe a dos funcionarios que están en la habitación de Josef K, a quien le dicen que está arrestado, que no le pueden anunciar ni decir cuáles son las razones del arresto, pero que, aun en tales condiciones, puede seguir realizando sus actividades cotidianas y que la obligación de estos dos funcionarios es la de observarlo y vigilarlo durante 10 horas diarias.

En los días sucesivos, Josef K hace efectivamente su vida; va al banco, trabaja, visita a la novia, va a casa de un pariente, pero a medida que pasan los días y con la presencia continua de los dos policías que lo persiguen constantemente, Josef K empieza a obsesionarse por la angustia de que está arrestado y de que desconoce la causa del arresto; no sabe qué hecho punible ha cometido; qué causa ha dado inicio a su proceso judicial. Empieza entonces a obsesionarse y a buscar ayuda de un juez, de un abogado, de determinados amigos para tratar de entender de qué se trata; no solamente se siente perseguido por los dos funcionarios que lo acosan

constantemente, sino que toda la comunidad, tanto en el trabajo, sus amistades, e incluso los desconocidos, saben que él está siendo sujeto de un proceso.

La primera vez que tiene contacto con los tribunales es porque lo citan un domingo en la mañana, a través de un teléfono: «Usted tiene que venir al día siguiente a los tribunales». Y le dan una dirección.

La descripción de los tribunales que hace Kafka es absolutamente alucinante. Se encuentran ubicados en un suburbio de la ciudad, en uno de los lugares más pobres, dentro un edificio desvencijado, lleno de puertas y escaleras que superar, de múltiples personas: acusados, abogados, fiscales, funcionarios. Describe un ambiente inundado de neblina y humo.

Josef K llega finalmente a la sala donde debía dar una primera declaración y se encuentra que hay una asamblea gigante de personas. Al final, en el fondo de esta gran sala, hay un juez que está hablando con otra persona, impera un gran caos y una gran confusión.

Frente a la pregunta que le hace Josef K al juez sobre cuál es la razón o el motivo por el cual se encuentra enjuiciado, el juez no le da ninguna respuesta.

La indignación de K, la angustia, la desesperación, la incerteza que siente es tal que a través del ejercicio de su libertad da un discurso al juez ante esta asamblea de ancianos y de gente de todo tipo (lavaderos, vendedores de alimentos, etcétera). Le dice Josef K al juez:

No cabe duda —dijo K en voz muy baja porque le satisfacía la viva atención de toda la asamblea—, no cabe duda de que tras las manifestaciones de este tribunal, y en mi caso, después del arresto y del interrogatorio de hoy, se esconde una gran organización, una organización que no sólo da trabajo a unos guardianes corruptos, a unos inspectores necios y petulantes y a unos jueces de instrucción cuya mejor cualidad es la de ser mediocres, sino que además mantiene a una magistratura de grados superiores y supremos con toda la caterva inevitable, y sin número de ordenanzas, escribientes, gendarmes y otros servicios auxiliares probablemente, incluso verdugos.

¿Y qué sentido tiene, señores, esta gran organización? Consiste en arrestar personas inocentes y en instruir contra ellas un proceso absurdo, y como en mi caso, casi siempre sin resultado.

Teniendo en cuenta la insensatez de todo esto ¿cómo evitar la peor de las corrupciones en el cuerpo de funcionarios? Es imposible. Ni siquiera el juez del Tribunal Supremo sería capaz de conseguirlo por sí mismo, de ahí que los guardianes les roben los vestidos que llevan puestos a las personas arrestadas, de ahí que los inspectores se metan en las casas de personas desconocidas, de ahí también que unos inocentes, en lugar de ser interrogados, sean objeto de vejaciones por parte de asambleas

enteras. Los guardianes sólo me han hablado de almacenes donde guardan las pertenencias de los arrestados, alguna vez me gustaría ver esos almacenes donde se pudren los bienes adquiridos con esfuerzo de los arrestados si no se los roban los funcionarios demasiado largos de uñas.

Esta descripción de lo que es el tribunal y su personal nos lleva directamente a reflexionar sobre lo que estamos viviendo en Venezuela.

Después de todos estos eventos que le suceden a K, al final es condenado a muerte sin conocer la razón por la cual se le ha iniciado un juicio; su condena se ejecuta de una manera muy particular: Josef K se encuentra alejado en un suburbio de la ciudad, en unas calles muy oscuras, perseguido por los dos vigilantes los cuales, en un momento determinado, lo toman y con un cuchillo de carnicero lo degüellan ante un perro andariego como único testigo. Así finaliza esta obra.

Hay que decir que cuando uno lee por primera vez *El Proceso*, nos sentimos absolutamente desubicados, uno está convencido de que a la obra le faltan capítulos, que está inconclusa; sin embargo, luego de una segunda y tercera lectura nos damos cuenta que es eso justamente lo que pretende transmitir Kafka: la sensación de incertidumbre, desconcierto, inquietud e incredulidad ante el ejercicio arbitrario del poder; ante las vejaciones a las que podemos estar sometidos y las consecuencias terribles que se producen si nos quedamos adormecidos y no reaccionamos frente a la arbitrariedad.

Cuando leemos *El Proceso* de Kafka, entendemos cómo actúa el autoritarismo y padecemos casi en carne propia las consecuencias del ejercicio arbitrario del poder sobre los derechos y las libertades de las personas.

Kafka nos hace reflexionar sobre cómo un sistema de poder sin límites, es capaz de generar una corrupción tan profunda que es imposible obtener algún tipo de resultado a favor del oprimido; podemos ver con claridad cómo se violan determinadas garantías e instituciones fundamentales del derecho como consecuencia de la inaccesibilidad de la ley por parte del ciudadano común.

La denuncia de la violación de la garantía al debido proceso en esta obra es evidente: a Josef K se le acusa sin respetar su presunción de inocencia; sin que pueda ejercer ningún tipo de derecho a la defensa y, mucho menos, ser escuchado y aportar las pruebas necesarias para demostrar su inocencia. No hay ningún proceso previamente establecido con unas garantías mínimas que le permita al acusado poder defenderse.

El otro aspecto que llama la atención es el referido a la imposibilidad de acceder a la ley, porque el protagonista no sabe cuál es la razón por la cual se le inició el proceso, tampoco cuáles son las normas que se le

aplican, ni el contenido de las actas procesales que llevaría el juez de instrucción, no las conoce simplemente porque el proceso es inexistente. El proceso como lo entendemos no existe; solo en la medida en que se le nombra, en cuanto hay un poder que persigue y que está detrás de Josef K las 24 horas al día ejerciendo una presión sobre el protagonista hasta que su desesperación es de tal magnitud que permite, prácticamente, que lo asesinen.

Por otra parte, quería hacer referencia al libro *La Banalidad del Mal*, de Hannah Arendt. Esta filósofa que también estudia la obra *El Proceso* de Kafka, dice que nuestro autor fue una especie de oráculo y vislumbró lo que luego sucedería en la segunda guerra mundial. En la descripción que hace Kafka en *El Proceso*, de cómo funciona la burocracia de ese Estado, los tribunales, el sistema de justicia y la Administración Pública, está anunciando, sin saberlo, toda esa organización burocrática que luego se materializó en la segunda guerra mundial con el exterminio de los judíos.

En efecto, quería leerles lo que dice Hannah Arendt al respecto. Ella analiza el hecho de que una atrocidad como el holocausto judío se produjo, no porque hubiera hombres o seres humanos enfermos y con problemas mentales, sino porque hubo una sociedad que permitió, de manera inconsciente, que el holocausto sucediera; una sociedad que no ejerció la libertad, que no se opuso ante las cosas terribles que impone el poder, es decir, una sociedad que no asumió el existencialismo, la libertad como mecanismo para oponerse a lo que se rechaza; esa inconsciencia, ese no oponerse genera una gran sumisión al poder.

Hannah Arendt pone de relieve cómo esa burocracia de *El Proceso* es la misma que organizó Eichmann para trasladar a los judíos a los campos de concentración:

...esto sólo podía llevarse a cabo si todos los funcionarios, a los que incumbía el asunto, estaban alojados bajo el mismo techo. Cuando todo estuvo listo y la línea de montaje funcionaba suave y rápidamente, Eichmann invitó a los funcionarios de Berlín para que la inspeccionaran y les explicó: "Esto es como una fábrica automática, como un molino conectado con una panadería, en un extremo se pone un judío que todavía posee algo, una fábrica, una tienda o una cuenta en el banco, y va pasando por todo el edificio, de mostrador en mostrador, de oficina en oficina, y sale por el otro extremo sin nada de dinero, sin ninguna clase de derechos, sólo con un pasaporte que dice usted debe abandonar el país antes de quince días, de lo contrario irá un campo de concentración".

Esta es la explicación que da Eichmann. Luego Hannah Arendt, al referirse a los tribunales que describe Kafka en *El Proceso* señala:

En la buhardilla de la casa de alquiler donde Kafka situó los negociados del tribunal que procesó a Josef K, las cosas funcionarían de un modo

muy parecido. Allí, alojadas bajo el mismo techo, se encontrarían todas las instancias que podían decidir acerca de los derechos de Josef K y del resto de los acusados, y allí, en las dos filas de largos bancos de madera que estaban dispuestos en ambos lados del pasillo, después de haber pasado por todas las oficinas y los mostradores, estarían sentados los procesados esperando el veredicto. Al final del proceso y con independencia de los esfuerzos realizados, el acusado saldría desposeído de todos sus derechos, lo que en el caso de Josef K incluiría el elemental derecho a la vida.

Lo que tendría de terrorífico la burocracia kafkiana no sería entonces el procedimiento en sí, de cuya eficacia y comodidad no cabía dudar, sino la decisión o voluntad política que habría activado y puesto en marcha la ingeniosa fábrica automática gracias a la cual los procesados, en el relato kafkiano, se acaban encontrando siempre, hagan lo que hagan, con un inapelable veredicto de culpabilidad. Como dirá el propio Josef K ya casi al final del relato "la mentira se convierte en el orden universal".

Todo lo que he querido transmitir hasta ahora está dirigido a intentar responder una pregunta que nos hemos hecho a lo largo de estos años: ¿cómo es posible que en Venezuela hayamos podido llegar a la situación en la que nos encontramos?

Leyendo a Hannah Arendt he podido quizá dar con alguna respuesta: la necesidad vital de asumir, encarnar la conciencia y la libertad que implica oponernos a aquello con lo que no estamos de acuerdo (la arbitrariedad de quien ejerce el poder, al abuso del otro); comprometerse con esa conciencia implica tomar acciones y, por lo tanto, una responsabilidad terrible, angustiante que sin duda resulta muy pesada para cargar individualmente; es por ello que la sociedad, conformada por cada individuo, prefiere bajar los ojos, darse la vuelta ante el horror, engañarse, asumir lo que Hannah Arendt bautizó como «La inconsciencia y la banalidad del mal».

Esta actitud de disociación con la realidad nos hace a cada uno responsables de lo que nos sucede como individuos y sociedad. Esta inconsciencia que nos lleva a relativizar el mal, permite entender entonces por qué hemos llegado a estos niveles de subordinación y dominio del Estado sobre cada uno de nosotros: se nos sanciona sin que se nos haya iniciado un proceso; el sistema de justicia actúa subordinado al Ejecutivo y con unos niveles de corrupción inimaginables siendo esta la verdadera la ley; la estructura estatal está dirigida por funcionarios leales a un único partido y no a los valores del libertad e igualdad que sustentan nuestra Constitución.

Gracias por la paciencia que han tenido al escucharme.

Moderador. Muchísimas gracias a la profesora Flavia Pesci-Feltri por esta interesantísima presentación desde la perspectiva del derecho administrativo, incluso de la perspectiva del derecho constitucional, tomando el análisis de una de las obras de Franz Kafka, el caso de Josef K, y donde vemos que no hay derecho a la defensa, no hay precisión de las cuestiones que se les imputan, hay una violación de la presunción de inocencia, no hay la posibilidad del ejercicio del derecho a promover pruebas, como decía la profesora, visto desde la perspectiva del procedimiento, del debido proceso, del derecho a la defensa, los cuales son todos violados como se plantea en esta interesante obra de la literatura. Muy interesante, además del tema alertado y resaltado desde el paralelismo con nuestro país en virtud de nuestra difícil situación.

La siguiente presentación le corresponde a la profesora Claudia Nikken sobre «Principios del derecho administrativo en El Castillo», obra también de Franz Kafka. La profesora Claudia Nikken es abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela, tiene un máster en derecho público interno y es doctora en derecho de la Universidad de París II, asimismo es profesora de derecho administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Entonces, cuando desee, profesora.

Claudia Nikken. Principios del Derecho Administrativo, en El Castillo de Franz Kafka

Creo que es la primera vez que, fuera de mi aula de clases, abordo el derecho administrativo desde la perspectiva de la literatura. Agradezco por esta oportunidad a AVEDA y, en especial, a mi querida Cosimina Pellegrino, que con su trabajo incansable ha ido construyendo en la Universidad un espacio *formal* para que la conjunción entre el derecho y la literatura, para mí natural, sea vista y estudiada con naturalidad.

No recuerdo exactamente cuándo comencé a usar la literatura como herramienta para entender el derecho administrativo. Tal vez en 2008-2009. Desde entonces, varias han sido las novelas leídas con mis estudiantes. Ha persistido Orwell, primero con la *Rebelión en la granja* —que se ha hecho ya lectura casi obligada en materias que anteceden a la que dicto— y, luego, con 1984. Otra memorable es *La broma* de Milan Kundera... Y es precisamente Milan Kundera quien me llevó a *El castillo* de Franz Kafka, cuyo *Proceso* también leímos, por cierto, cuando enseñaba contencioso administrativo.

Efectivamente, leyendo *El telón* —un ensayo en siete partes— de Kundera, específicamente el sexto capítulo titulado «el telón rasgado», encontré tres secciones que despertaron la curiosidad de la profesora de Derecho Administrativo II que ya era entonces (2013): «La burocracia según Stifter», «El mundo violado del castillo y de la aldea» y, finalmente, «El sentido existencial del mundo burocratizado». En ese espacio,

Kundera parte de la obra *El otoño de la vida* del autor austríaco Adalbert Stifter, publicada en 1857, donde —según Kundera— parece reflejarse el descubrimiento existencial de la burocracia. De allí, Kundera salta a Max Weber y sus ideas sobre la burocracia, para aterrizar justamente en *El castillo de Kafka*.

Asida a los comentarios de Kundera con relación al tratamiento en la obra de los conceptos de libertad, vida privada, tiempo, aventura y lucha, no pude sino buscar el libro y leerlo. Desde entonces, salvo por este último año académico tan accidentado, es de lectura obligatoria para mis estudiantes de Derecho Administrativo II. De ellos espero que sean capaces de detectar, entre principios desarticulados o caricaturizados, la organización del Estado en la obra, algunas normas y actos jurídicos y, especialmente, lo que se refiere al acto y al procedimiento administrativo.

El castillo habría sido escrito entre 1921 y 1922, pero, como *El proceso*, es una obra inconclusa. También como *El proceso*, fue publicada por Max Brod póstumamente, en 1926.

El protagonista de esta novela es *K*, un agrimensor. Este agrimensor llega a una aldea gobernada por un conde que habita en «el castillo», a solicitud de este. Desde su llegada, solo encuentra dificultades... de todo orden. Sin duda, la trama de esta novela es otra razón para comparar a Kafka y a Ionesco, con su teatro del absurdo.

Como el tiempo es breve en este espacio, debo ir al grano; es decir, referirme a los principios fundamentales del derecho administrativo en *El castillo* de Kafka. Para eso, me permitiré traer algunos extractos de la obra, esperando evocar en la audiencia lo que, en clases, espero evocar en mis estudiantes.

Comienzo con una de las escenas iniciales, para ponerlos en contexto:

Dice un joven al descubrir a *K* durmiendo en el llamado mesón del puente:

“Esta aldea es propiedad del castillo; quien en ella vive o duerme, en cierto modo, vive o duerme en el castillo. Nadie puede hacerlo sin permiso del conde. Pero usted no tiene tal permiso, o al menos no lo ha presentado”.

“Entonces tendré que procurarme ese permiso, dijo *K*. bostezando, y apartó de sí la manta como queriendo levantarse”.

Y ¿de quién?, preguntó el joven.

Del señor conde, dijo *K*., no tendré más remedio.

¿A medianoche, el permiso del señor conde?, exclamó el joven y retrocedió un paso.

¿No es posible?, preguntó K. serenamente. ¿Por qué entonces me despertó usted?

Y a partir de allí siguen las lecciones del derecho administrativo... Por ejemplo, sobre el principio de legalidad y la presunción de legalidad del acto administrativo, leo:

Desearía pernoctar aquí —dijo K.

—Por desgracia, eso es imposible —dijo el mesonero—. Parece desconocer que la casa está exclusivamente destinada a los señores del castillo.

—Puede que esto sea el reglamento —dijo—, pero tiene que ser posible dejarme dormir en algún rincón.

—Me encantaría poder satisfacer su deseo —dijo el mesonero—, pero aparte de la severidad del reglamento, sobre el cual se expresa usted al modo de un forastero, su deseo resulta imposible de cumplir porque los señores son extremadamente sensibles; estoy convencido de que son incapaces, al menos tomándolos desprevenidos, de soportar la mirada de un forastero; si yo le dejase dormir aquí y por una casualidad —y las casualidades siempre se producen del lado de los señores— le descubrirían, no sólo estaría yo perdido, también usted lo estaría.

—Le creo perfectamente —dijo K— y tampoco menosprecio la importancia del reglamento, si bien acabo de expresarme torpemente. Sobre una cosa sí quisiera llamar todavía su atención: tengo en el castillo relaciones valiosas y las obtendré más valiosas aún; éstas le asegurarán contra todo peligro que pudiera surgir del hecho de pasar yo la noche aquí, y le serán además garantía de que estoy en condiciones que agradecer plenamente, como es debido, un pequeño favor.

—Lo sé —dijo el mesonero, y repitió una vez más—: Eso lo sé.

Sigo con una verdadera joya:

En una administración tan grande como lo es la administración condal, puede suceder alguna vez que una de las secciones ordene esto y otra aquello; no sabe una de otra, y aunque el control superior es de una precisión extrema, llega, conforme con su naturaleza, demasiado tarde, y así, de todas maneras, puede producirse una pequeña confusión. Claro que se trata siempre tan solo de ínfimas nimiedades, tales como, por ejemplo, su caso. En cosas grandes no llegó hasta ahora a mi conocimiento ningún error, pero, a menudo, hasta las nimiedades son harto penosas.

...

Hay solamente oficinas de control. Ciertamente no están destinadas a descubrir errores en el sentido bruto de esa palabra, puesto que tales errores no se producen, y aun cuando alguna vez se produce un error,

como en el caso suyo, ¿quién podría decir definitivamente que es un error?

Las primeras oficinas de control lo reconocen efectivamente, en este caso. Pero, ¿quién podría afirmar que así lo juzgan también las segundas oficinas de control, y asimismo las terceras, y sucesivamente las demás?

Además...

Si un asunto ha sido considerado ya durante muchísimo tiempo, puede ocurrir, aun antes de que concluyan dichas consideraciones, que de pronto, como un rayo, caiga una resolución procedente de alguna autoridad imprevisible y que más tarde ya no podrá ser identificada, poniendo punto final al asunto, en una forma que, si bien es, por lo general, muy justa, no deja de ser, sin embargo, arbitraria.

Todo porque (y esto es de examen):

La autoridad tiene por principio de trabajo que no se cuente ni con la posibilidad de un error. Este principio queda justificado por la excelente organización del conjunto, y, habiendo que lograr una velocidad máxima en el despacho de los asuntos, es un principio necesario.

La presunción de legalidad del acto administrativo descrita por Kafka y esto es como de antología. El cuento es mucho más largo y parte de la idea de la distinción entre el trabajo diurno (en el castillo) y el nocturno (desde el llamado mesón señorial):

...los interrogatorios nocturnos no se prescriben, en ninguna parte, expresamente, y no se atenta por lo tanto contra prescripción alguna si se trata de evitarlos; las circunstancias dadas, el exceso de trabajo, el modo de estar ocupados los funcionarios en el castillo, la dificultad de que se ausenten de sus tareas, la prescripción de que el interrogatorio de los interesados ha de llevarse a cabo únicamente después de concluida en absoluto la investigación previa, y entonces inmediatamente, todo esto, y otras cosas más, convirtieron, sin embargo, los interrogatorios nocturnos en algo imprescindible necesario.

Ante las dudas de K con relación a «eso», le dice un funcionario:

...claro que las formas pueden ser guardadas, si uno así se lo propone, durante la noche con el mismo rigor que durante el día. De modo que no se trata de eso; lo que en cambio sí se resiente durante la noche es el criterio oficial. Involuntariamente tiende uno a juzgar las cosas, durante la noche, desde un punto de vista más privado; los alegatos de las partes interesadas adquieren mayor peso del que les corresponde; se entremezclan con el claro juicio consideraciones que nada tienen que ver ahí y que atañen a la situación general de los interesados, a sus penas y a sus preocupaciones; se afloja la separación necesaria entre los interesados y los funcionarios, y donde otrora, tal como debe ser, sólo

iban y venían preguntas y repuestas, parece tener lugar, a veces, un extraño intercambio de las personas, absolutamente inadecuado.

Hasta ahí sobre el principio de legalidad. También hay sobre el principio de competencia:

Los funcionarios son muy instruidos, pero, aun así, sólo lo son parcialmente; en cuestiones de su especialidad, al oír una sola palabra, un funcionario comprende inmediatamente y por entero largas asociaciones de pensamiento, pero si se trata de cosas que pertenecen a otra sección, éstas pueden explicársele durante horas, y tal vez asentirá cortésmente con la cabeza, mas no comprenderá ni jota.

Por eso... explica Kafka:

El secreto radica en las prescripciones concernientes a la competencia. Pues no es el caso, en verdad, ni puede serlo, tratándose como se trata de una gran organización viviente, que para cada asunto haya un solo y determinado secretario competente. Lo que ocurre es que uno de ellos tiene la competencia principal, pero también muchos otros la tienen, por partes determinadas, aunque esta competencia ya sea menor. ¿Pues quién podría, solo, aun cuando fuese el más grande de los trabajadores, reunir y mantener reunidas todas las referencias, aunque se tratase únicamente del menor de los sucesos?

También hay lecciones en la novela sobre el acto administrativo (lecciones que, por cierto, dejan claro el drama de k):

K recibe una carta que dice:

Muy estimado señor: está usted, como ya lo sabe, aceptado para el servicio señorial. Su superior inmediato es el alcalde de la aldea, el cual le informará también acerca de todo lo concerniente a su trabajo y condiciones de salario, y al cual deberá usted, a su vez, rendir cuentas. Sin embargo, yo tampoco le perderé de vista. Barnabás, el portador de ésta, irá de tiempo en tiempo a preguntarle sus deseos, y me los comunicará. Me hallará usted siempre dispuesto a complacerle, en la medida en que esto sea posible, pues me interesa que mis obreros estén siempre contentos.

(Fdo. Ilegible)

Jefe de la X oficina

El alcalde cuando K le presenta esa carta:

Como habrá notado, señor agrimensor, ya estaba yo al tanto de todo este asunto. Que no haya dispuesto nada hasta ahora, tiene su origen, primero, en mi enfermedad, y luego en la circunstancia de que dejara usted pasar tanto tiempo antes de presentarse; ya estaba por creer que había usted abandonado el asunto. Pero ahora, ya que es tan amable de venir a verme personalmente, debo comunicarle, por cierto, toda la desagradable verdad. Está usted contratado como agrimensor, según dice,

pero desgraciadamente no nos hace falta ningún agrimensor. No habría para él ni el menor trabajo. Los deslindes de nuestras pequeñas fincas están amojonados, todo está debidamente empadronado. Cambios en la propiedad apenas se producen, y las pequeñas cuestiones de límites las resolvemos nosotros mismos.

Y complementa:

Esta carta no es, de ningún modo, una comunicación oficial, sino una carta particular. Esto puede verse claramente ya en el encabezamiento: "Muy estimado señor". Por otra parte, no está dicho ahí, ni con una sola palabra, que esté usted contratado como agrimensor; antes bien, hablase sólo en términos generales del servicio señorial; y tampoco está dicho en forma que comprometa, sino que está usted aceptado "como ya lo sabe", lo cual quiere decir que todo el peso de la demostración de que ha sido usted aceptado, se le endosa a usted. Y para terminar, queda usted remitido, en cuanto a todas las cuestiones oficiales, a mí, exclusivamente a mí, el alcalde, como su superior inmediato, quien ha de comunicarle todos los detalles, cosa que en su mayor parte ya está hecha. (...). Que usted, un forastero, no lo reconozca, es cosa que no me extraña. En total, la carta no significa, sino que Klamm personalmente se propone ocuparse de usted, para el caso de que fuese usted contratado para el servicio señorial.

Y luego le dicen a K:

El señor alcalde teme que, en caso de hacerse esperar demasiado tiempo la resolución sobre su asunto, cometa usted alguna imprudencia procediendo por su propia cuenta. Yo, por mi parte, no sé por qué teme tal cosa; opino que lo mejor ha de ser dejarle que haga usted lo que más le plazca. No somos sus ángeles de la guarda, y no tenemos ninguna obligación de vigilar todos sus pasos. Y bien: el parecer del señor alcalde es otro. Ciertamente es que él no puede acelerar la resolución misma, que es asunto de las autoridades condales. No obstante, desea tomar una decisión provisional, verdaderamente generosa, que cae dentro de su jurisdicción, y sólo depende de usted el aceptarla o no: le ofrece, provisionalmente, el puesto de bedel de la escuela.

Y vuelta una carta para K, en esas circunstancias:

Al señor Agrimensor en el Mesón del Puente:

Los trabajos de agrimensura que ejecutó usted hasta ahora, merecen mi aprobación. Son dignos de elogio también los trabajos de los ayudantes: sabe usted estimularlos en el trabajo como es debido. ¡No ceda usted en su ahínco! Procure que los trabajos tengan un buen fin. Me irritaría toda interrupción. Por otra parte, pierda usted cuidado: la cuestión del salario se decidirá próximamente. No le perderé de vista.

Klamm.

Más ironía, no es posible. Muchas gracias.

Moderador. Muchísimas gracias a la profesora Claudia Nikken por su análisis en cuanto a esta obra de Franz Kafka, donde, de manera precisa, nos resalta como se hacen presentes diversos principios fundamentales del derecho administrativo, dentro de ellos: el principio de legalidad administrativa, el principio de la competencia, o también, por ejemplo, lecciones en cuanto a lo que se refiere al acto administrativo, de tal manera que en esta obra, al igual que la anterior, podemos conseguir paralelismos en cuanto a nuestra situación en el país, o falencias en cuanto al no cumplimiento de los principios del derecho administrativo, pero también ver el derecho administrativo, en obras de la literatura como ésta.

De seguidas vamos a tener la siguiente presentación a cargo del profesor Carlos Reverón. En esta oportunidad, el profesor Carlos Reverón se refiere a una película que se llama «Ikiru», relativa a la buena vida y la buena Administración en Venezuela. Se trata de una película donde el profesor Carlos Reverón también analiza desde la perspectiva del derecho administrativo, a la buena Administración. El profesor Carlos Reverón es abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en el año 2002, es doctor en derecho Summa Cum Laude y especialista en Derecho Administrativo por la misma Universidad. Es profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y es socio del Despacho de Abogados Márquez & Reverón.

Carlos Reverón: "Ikiru" (Vivir) y la buena Administración en Venezuela

Existe una categoría determinada al cine jurídico y por ello los temas relacionados con esta ciencia jurídica no son ajenos a estas expresiones artísticas, llegando a ser habituales tales temas en las narraciones cinematográficas. Evidentemente no nos referimos sólo a las películas que giran en torno a un proceso judicial, ya que les damos más importancia a aquellos largometrajes que tocan un aspecto relacionado con el derecho para así entrar en contacto con él, sus tensiones y posibles contradicciones, así como a plantearnos situaciones que la cotidianidad no nos lo permite, pero que con la ayuda de las historias ficticias, ahí narradas, sirven perfectamente para enseñar, discutir, reflexionar, sobre un tema o temas específicos relacionados con el derecho.

En esta oportunidad nos hemos propuesto coadyuvar en lo que se refiere a la utilización del cine como herramienta pedagógica, alternativa y complementaria a la educación formal y sobre la existencia del derecho a una buena Administración en Venezuela, con la utilización del largometraje japonés, Ikiru. Basta decir, en estas ideas introductorias, que la conexión entre la película seleccionada y el derecho a una buena Administración se debe a cómo éste ha sido definido, de manera negativa, por el Ombudsman europeo, cuya manifestación son los casos de irregularidades administrativas, injusticia, discriminación, abuso de poder, falta o

denegación de información y demoras innecesarias, propios de una Administración ineficiente y alejada de sus cometidos al servicio de los ciudadanos.

Ikiru es una película japonesa del año 1952 dirigida por Akira Kurosawa. El argumento central es el de una persona que al enfrentarse a la muerte decide rebelarse ante la burocracia imperante en el momento y dejar como legado un parque anhelado por una comunidad de un Municipio de Tokio. Al inicio del largometraje nos muestran a Kanji Watanabe (el personaje principal) despachando en la oficina del municipio de Tokio, concretamente en la sección de ciudadanos (de la cual él es el jefe), escena que a primera vista es desoladora, pues el escritorio de Watanabe y sus alrededores están atestados de expedientes y asuntos administrativos (aparentemente en trámite) y sin resolución pronta aparente. Su trabajo vacío, anodino, repetitivo y sin aparente sentido, consistía únicamente en la colocación de sellos a los documentos administrativos elaborados por la sección que dirigía. Ese sello sólo podía ser utilizado por él, ya que se trataba de la máxima autoridad de ese órgano del Municipio.

El hecho que le sigue resulta fundamental para el desarrollo de la historia. Se trata de un grupo de mujeres, de una zona de Tokio, que acuden hasta el Municipio para presentar una petición con el fin de que se atienda un espacio cercano a sus viviendas, por el mal estado de acumulación de chatarra y agua de las lluvias y de las tuberías rotas que implicaban un riesgo a la salud de la comunidad e incluso a la estructura de sus casas. La intención inicial es que la Administración atienda el problema planteado y convierta ese terreno en un parque infantil; a partir de ello comienza la falla de la Administración, un mal que no sólo sufrimos en nuestro país. Particularmente, la solicitud presentada no fue recibida por ninguna sección del Municipio, sin mostrar el más mínimo interés en resolver la petición.

En un inicio les indican que deben acudir a la sección de obras públicas; de ahí las remiten a varias dependencias, sucesivamente, sección de parques, sección de salud, sección de sanidad, sección de medio ambiente, medicina preventiva, prevención de epidemias, oficina de control de insectos, sección de alcantarillado, sección de carreteras, zonificación, cuerpo de bomberos, distrito escolar local, corporación municipal y finalmente el Alcalde los remite nuevamente a la sección de ciudadanos en donde trabaja Watanabe. Vale la pena destacar que en casos como el mostrado en el largometraje, en el que ningún órgano de la Administración se erigía como competente para resolver el asunto, a tenor de la Ley Orgánica de la Administración Pública, se establece que si no estuviera precisamente contemplada, corresponderá al que en razón de la materia tuviera la competencia para resolver lo pretendido por esas ciudadanas,

por lo que en nuestro país, en principio, no debería ocurrir una situación como la representada en el largometraje bajo estudio.

Insólitamente, luego de que ninguna oficina recibiera la petición, de vuelta a la sección de ciudadanos les indicaron que deben acudir a la de obras públicas, razón por la cual las mujeres indignadas decidieron marcharse y en ese preciso momento uno de los funcionarios de la sección de ciudadanos le indicó que Watanabe no se encontraba, pero que a todo evento podían presentar la solicitud por escrito.

En Venezuela, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a partir de la petición nacen los siguientes derechos: recepción de la solicitud; recibir constancias de documentos presentados; que se abra un expediente, y acceder y obtener copias de él; unidad y uniformidad del expediente administrativo; acumulación de expedientes; y finalmente a obtener una oportuna y adecuada respuesta.

La ausencia de Watanabe se debe a que fue diagnosticado con cáncer estomacal, con una esperanza de vida entre seis meses y un año; ello supone que su visión de vida cambie, que el vacío existencial demostrado a lo largo de la historia lo llene con una misión, un móvil, que es el de construir el parque solicitado por el grupo de vecinas. El entusiasmo del protagonista para que se lleve a cabo la obra influyó para que encontrase una mayor resistencia de la habitual en las dependencias competentes en la Administración. Las constantes insistencias, jamás vistas hasta ese momento, de que se llevase a cabo su proyecto ayudó a que los otros jefes cedieran en su posición inicial, aunque en un principio ignorasen la pretensión de Watanabe por días y semanas.

La atención y resolución de los asuntos que son planteados ante la Administración no deben resolverse por un capricho o porque excepcionalmente un funcionario, con una motivación extraordinaria, se decida a ello, como nos muestra la película, toda vez que, según nuestro derecho, los funcionarios tienen el deber, según la Ley del Estatuto de la Función Pública a prestar un servicio con eficiencia; dar la información necesaria a los ciudadanos en los asuntos de su interés; ser cortés en el trato con estos y, especialmente, cumplir con la Constitución y la ley. Además, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública, los interesados tienen el derecho a que la Administración actúe a su servicio; que sean resueltos los asuntos que planteen; ser tratados con respeto y deferencia; que reciban sus peticiones por cualquier medio, so pena de que de no dar una oportuna respuesta se sancione al funcionario responsable. Todo lo anterior queda reafirmado en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos.

Afortunadamente el parque se construyó, se podría decir aún en contra de la voluntad de quienes trabajaban en la Administración, cuestión que recuerdan en el funeral del jefe de la sección de ciudadanos a la que acudieron varios funcionarios. Fue hasta después de que las mujeres de la comunidad beneficiadas por el parque acudieron brevemente a rendir un homenaje póstumo al difunto que todos sus compañeros de trabajo asistentes coincidieron en admitir que en realidad el parque fue construido única y exclusivamente por el deseo y constancia de Watanabe, cuya labor se vio favorecida por encontrarse Tokio en un período de elecciones locales, por lo que hubo un móvil político y no el verdadero sentido y cometido de la Administración. Veamos por qué en este largometraje no se actuó conforme al derecho a una buena Administración.

El derecho a una buena Administración consiste en poner énfasis y el acento en que la Administración Pública actúe a partir de los derechos de los ciudadanos y el respeto a sus libertades, no de las prerrogativas y privilegios, sino en el deber de que su actividad sea adecuada y administrada con los principios de subsidiariedad, menor intervención y favor *libertatis*. Este derecho no es exigible de manera concreta, ya que aglutina en sí una serie de principios y derechos que velan por el correcto funcionamiento de la Administración. La Administración Pública no sólo debe actuar conforme a la ley, sino que además su actuación siempre debe estar orientada al respeto efectivo de los derechos individuales del ciudadano, pues reiteramos que en la actualidad el derecho administrativo debe pivotar a partir de la persona.

Se comenzó a hablar del derecho a una buena Administración a partir del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Al consagrar ese derecho establece una serie de actuaciones que, de ser observadas por la Administración Pública, estará actuando como una buena Administración. Además se deben tomar en consideración los artículos 25 al 46 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, aprobada por el consejo directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

Ese derecho no se agota en la forma en que ha sido establecido en esas normas, toda vez que no resulta desacertado hablar de ese derecho en Venezuela, aunque no esté previsto expresamente, tal y como sucede en los casos señalados anteriormente, pues éste se desprende, sin equívoco alguno, del artículo 141 constitucional. Obsérvese que esa norma consagra el deber de la Administración de estar al servicio de los ciudadanos, para lo cual debe cumplir y está regida por una serie de principios ahí enumerados y lo más importante, junto al carácter vicarial ahí establecido, es que está sometida a la ley y al derecho. Esto no se agota ahí pues debe asegurarse la participación ciudadana en las políticas e

instituciones públicas como un mecanismo efectivo tendente a garantizar la democratización, lo que en definitiva coadyuvará a desterrar la desconfianza cívica que genera la Administración Pública.

El derecho de una buena Administración, aunque considerado de distintas maneras en las normas anteriormente señaladas, no se limita con el derecho de que la Administración actúe de manera imparcial, equitativa, proporcional y razonable, sino que además sus decisiones deben ser exhaustivamente motivadas y producirse en un plazo prudente siempre previamente establecido, en el que se garantice el derecho a ser oído de los interesados y a que se tomen en cuenta las alegaciones y medios probatorios que se hayan aportado en el expediente que sustancia la Administración.

También es importante que el buen gobierno y la buena Administración promuevan la transparencia, rendición de cuentas y garantizar el derecho de acceso a la información de interés general, tal y como en nuestro derecho se encuentra recogido como principio que debe regir a la Administración Pública en la Constitución, la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. Además, al estar insertos en la sociedad de la información y la comunicación, se debe abogar por que la Administración utilice tecnologías de la información y la comunicación para que se relacione con las personas a través de medios telemáticos, lo cual facilitará la sustanciación de los procedimientos administrativos, para lo cual es necesario una reforma profunda de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Las nuevas tecnologías juegan un papel fundamental en la transmisión de información y de relaciones interpersonales, de manera que su utilización sirve como un instrumento para acercar a las personas a la Administración de una manera más expedita y dinámica; también permitirá que el derecho a una buena Administración se consolide y afiance aún más, toda vez que tales tecnologías son una herramienta para que la Administración sea más democrática, al estar más abierta al escrutinio público respecto a su gestión y también para oír las propuestas que manifiesten todos los sectores de la sociedad. Para ello será necesario contar con sedes electrónicas de fácil acceso y navegación que simplifiquen los procedimientos de consulta y de discusión de iniciativas ciudadanas, vale decir, participación y que garanticen la actualización periódica de la información sobre su actividad, esto es, transparencia.

La Ley deberá regular estos aspectos y permitir también que esa relación se realice por medios tradicionales para afianzar la igualdad y evitar la brecha digital, e incluso establecer y estipular si la Administración electrónica comprende a las redes sociales en las que se pueda tener certeza respecto a su titular, y definir los parámetros para la divulgación y tipo de información que se suministrará y si éstas tendrán un carácter

complementario y de uso obligatorio en los casos que así determine el legislador como un mecanismo de interacción con los usuarios.

En conclusión, el derecho a una buena Administración abarca desde la democratización de las políticas e instituciones públicas con la debida participación ciudadana, la necesaria transparencia, hasta una real y verdadera garantía en el adecuado cause de las peticiones que se formulan ante la Administración; en la obtención de respuestas oportunas y razonadas; decisiones motivadas y racionales; que se actúe a través de un cause procedimental legalmente establecido; y que esté obligada a reparar los daños causados por su funcionamiento; e inclusive que sus funcionarios actúen conforme a la legalidad, la ética y, aunque parezca tonto decirlo, amablemente. En concreto, lo más importante es que se respeten y promuevan todas las libertades individuales ciudadanas en lugar de los privilegios de la Administración.

Moderador. Muchísimas gracias al profesor Carlos Reverón por explicar los principios de la buena Administración y en qué deben consistir, ello desde la película japonesa de 1952, *Ikiru*, y donde se resolvió el caso, como vimos, de una solicitud de la construcción de un parque, que quizás se llevó a término no por el principio de buena Administración (como lo ha explicado) sino quizás por móviles políticos; pero con esto también establecemos un paralelismo con el derecho administrativo venezolano y con las normas que regulan la Administración venezolana, como son las citadas Ley Orgánica de la Administración Pública, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Ley del Estatuto de la Función Pública, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, entre otras, y por supuesto tener en cuenta el artículo 141 de la Constitución, que trata del deber de la Administración a una buena Administración al servicio a los ciudadanos, sometida a la ley y al derecho.

Esta película nos lleva a ver cómo debe ser, en definitiva, la crítica a una Administración, como debe aspirarse a una buena Administración en este caso, caso de la sociedad japonesa para ese período, pero en nuestro caso, el caso de la sociedad venezolana y las normas que regulan esa Administración que, como vimos, termina el profesor Carlos Reverón señalando la distinción sobre que quizás se debe incorporar todas esas nuevas tecnologías de la información, las TIC'S, a los efectos de reformar la ley administrativa, y que sea mucho más eficiente, como también lo hemos visto en otros seminarios de AVEDA en el pasado, en cuanto a las TIC'S, la tecnología de la información y la eventual reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Vamos a finalizar este seminario del derecho administrativo en el cine y la literatura, con una profesora que ha sido muy mencionada en la tarde de hoy y que sabemos, los profesores de la Universidad Central, por lo menos, que ha tenido una importante labor para explicar el derecho

administrativo muchas veces desde la literatura y desde los films o los largometrajes. La profesora Cosimina Pellegrino nos hablará esta tarde sobre la notificación de los actos administrativos en la película «La casa de arena y niebla».

La profesora Cosimina Pellegrino es egresada de la Universidad Central de Venezuela, de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas como abogada con mención Magna Cum Laude; es especialista en derecho administrativo, doctor en ciencias mención derecho, profesora de Derecho Administrativo II en pregrado de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, profesora del doctorado en derecho del seminario sobre derecho, cine y literatura, en la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, y es profesora de derecho administrativo en pregrado en la escuela de Estudios Internacionales en la Universidad Central de Venezuela. Bienvenida, profesora.

Cosimina Pellegrino Pacera: La notificación de los actos administrativos, en la película "Casa de arena y niebla"

Gracias, profesor Juan Domingo Alfonzo. Agradezco a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por esta nueva oportunidad que me ha dado para compartir en este espacio sobre la posibilidad de reflexionar, de estudiar el derecho administrativo a través del arte, y particularmente, a través del cine y la literatura. También quiero agradecer, personalmente, al profesor Antonio Silva, quien me propuso coordinar un evento de esta naturaleza, y bueno, esto es lo que nació de esta coordinación. También quiero sumarme a la nota de condolencia que expuso el profesor Alfonzo con el fallecimiento de la profesora Domínguez Guillén, y sumarme a las condolencias para el profesor Miguel Ángel Torrealba. Yo escogí un tema, y a quien le dedico esta charla muy sencilla es a la memoria de mi amiga María Domínguez.

Yo escogí el tema de las notificaciones administrativas, y para ello elegí una película que puede resultar un poco también desesperanzadora y desalentadora como *Ikiru*. La película «La casa de arena y niebla» es de 2003; es una película estadounidense dirigida por el cineasta ucraniano Vadim Perelman, un director que, prácticamente, sus películas retratan la discriminación hacia los inmigrantes, hacia los extranjeros, y en esta película se puede notar, sobre todo, hacia los árabes, porque uno de los personajes principales es un coronel iraní que formó parte del ejército del Sha de Persia, que tuvo que huir tras la revolución islámica en 1979. Esta discriminación también se aprecia con mucha crudeza en la película «El profesor de persa», y que tiene que ver con el holocausto. Él, en su obra, refleja lo que le sucedió tras partir de su tierra y llegar a Estados Unidos, y más o menos denunciar como también la sociedad estadounidense se relaciona con los inmigrantes, en este caso con la población árabe.

Nosotros, dentro de esta película, como les decía, hemos elegido el tema del régimen de las notificaciones administrativas, no obstante que, si han visto la película (y si no, pues se las recomiendo), se pueden analizar otros temas vinculados con el derecho administrativo como es el caso de la responsabilidad administrativa, y ya vamos a ver por qué.

La película tiene el núcleo centrado en la disputa de una casa. Kathy Lazaro-Nicolo es propietaria de una vivienda que heredó, al igual que su hermano, por parte de su papá, a quien le costó más de 30 años poderla pagar, pero que ella en un santiamén, en casi ocho meses, la pierde. ¿Por qué la pierde?, bueno, Kathy es una persona bastante compleja que ha sido abandonada por su esposo, está pasando una depresión profunda y no está pendiente de lo que está sucediendo en la casa, que no se están pagando los tributos al condado.

En la casa de Kathy es observable el cúmulo de los avisos por parte del condado, advirtiéndole de los impuestos, de la deuda que había dejado de pagar, y que, por la falta de pago, su casa iba a ser embargada, además de que ella iba a ser desalojada y finalmente sería subastada la casa. Ella se entera el día que van a desalojarla, el día que van a ejecutar el embargo, y van a proceder a la subasta. Una vez subastada la casa, la va a adquirir el coronel iraní que les había comentado que huye con su familia a Estados Unidos tras la revolución islámica en 1979, y a él le cuesta en EE.UU. tener una calidad de vida distinta a la que tenía en su país. Él hace numerosísimos tipos de trabajos, no obstante que mantiene la apariencia de una persona adinerada; con todo este esfuerzo que había hecho el coronel iraní y con los ahorros que tenía para la carrera que quería que estudiara su hijo, él adquiere la vivienda, él la adquiere por 45 mil dólares, mientras que lo que adeudaba Kathy era apenas 500 dólares.

¿Qué sucede? Aquí vemos un primer error por parte de la Administración local, y es que a Kathy se le comete un error y es el hecho de que a ella la tratan como un sujeto pasivo en impuestos, como un agente comercial, y ella, en su momento, había advertido que ella no tenía ningún tipo de operaciones comerciales; sin embargo, la Administración siguió con ese error administrativo. Ella se percata de todo este error a partir de la asistencia legal que busca después de que es desalojada de su casa, y la abogada que la asiste le dice: Tenemos dos vías: Plantearle al coronel Behrani que le devuelva el inmueble a la Alcaldía, en este caso, que se la venda por el mismo precio por el cual él la adquirió; o demandar al municipio por el error que había cometido, primero por el hecho de haberla tratado como un sujeto pasivo de impuestos distinto al que ella le correspondía, y por otra parte, por la suma tan poca de 500 dólares para que a ella le fuera embargada, desalojada y subastada su casa. El coronel tenía puesto los ojos en esa subasta, él guarda un recorte de prensa porque ya había sido anunciado que sería subastada esa vivienda, cosa de la que Kathy no

se percató en las distintas notificaciones que fueron dejadas, o bien por debajo de la puerta, o por la misma Administración que le enviaba los avisos por correo postal.

La otra nota importante aquí a destacar es que el coronel se dedica a remodelar la vivienda, porque su objetivo era venderla por un precio mucho más alto del que la había adquirido y poder seguir teniendo muchas más ganancias y llegar al nivel de vida socioeconómica que tenía en Irán, y de 45 mil dólares que él había pagado por ella, él pide 174.000. De ahí que cuando ella va a hablar con él en varias ocasiones, se le plantea (sobre todo a través de la abogada que la asistía) que le tenía que vender la casa nuevamente al municipio, y él señalaba que no tenía ningún problema en venderla siempre y cuando el municipio le pagara 174 mil dólares. Él remodela, sobre todo, en la parte del techado de la casa, porque le permitía ver el océano, y eso revalorizaba la vivienda. A partir de aquí empieza todo un viacrucis, tragedia, tras tragedia. Hay una trama bastante conflictiva entre ambos personajes.

Como les decía, la obra plantea estos dos grandes temas: por una parte, lo de las notificaciones administrativas, y por otra parte, lo de la responsabilidad administrativa, en este caso por el municipio, por la localidad.

Yendo rápidamente al final de la película, al final nadie se queda con la casa, porque el coronel se suicida después de asesinar a la esposa, para que la esposa no se entere de que el hijo ha sido asesinado por la policía, dado que un funcionario policial estaba ayudando a Kathy a tomar justicia por sus propias manos; y de ahí, de algún modo, el abuso de autoridad por parte de este funcionario que comienza a prestarle ayuda a Kathy para amedrentar y asustar al coronel iraní, y éste, por supuesto, no se deja amedrentar y lo denuncia ante las autoridades policiales del condado y lo retiran del servicio de policía en donde él prestaba sus servicios; pero con todo y eso, él siguió actuando, usurpando la autoridad como un funcionario policial. Tras ese hecho, asesinan al hijo del coronel iraní; él, para que su esposa no se enterara de este hecho, la envenena con unos tés con los cuales, al final, ya queda absolutamente dormida.

Por el otro lado, Kathy, si bien al principio de la película (porque la película termina como empieza) puede encontrarse todo este escenario de muertes en la casa y le preguntan si ella es la dueña de la casa, curiosamente es la única escena en donde ella dice «Yo no soy la dueña», cuando en todo el resto de la película ella aseveraba que esa era su casa.

En fin, nosotros podemos destacar acá, en primer lugar, que la notificación es una garantía para la persona, mucho más que un formalismo, y de ahí que el deber que tiene la Administración de actuar diligentemente a la hora de poner en conocimiento de sus decisiones, bien sea durante el

desarrollo de un procedimiento administrativo o al final, cuando se va a dar publicidad a esa decisión para que sea ejecutada. Por otra parte, además de que es una garantía para la persona que le permite conocer la decisión, es que le permite impugnar, bien en sede administrativa o bien sea en sede judicial.

Un punto central que yo quiero destacar, y comparto con ustedes, es en relación a los denominados «notificaciones bajo puerta». Nosotros en Venezuela, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no tenemos esta regulación; solamente tenemos dos formas de practicar las notificaciones, sabiendo que en las notificaciones administrativas nos estamos refiriendo siempre a actos administrativos de carácter individual. En primer lugar, está la notificación domiciliaria y, en caso de no poderse practicar, pues es lo que se conoce como «notificación por publicación en prensa» o «notificación subsidiaria».

¿Qué sucede con las notificaciones bajo puerta? Bueno, que si la Administración Pública, teniendo como regla general la notificación domiciliaria, y yo voy al domicilio del interesado y no lo encuentro, no hay nadie, yo no estoy facultado para dejar esa notificación por debajo de la puerta. En otros ordenamientos jurídicos, como es el caso de la legislación de Perú, exactamente la ley 27.444, sí establece esa posibilidad, que en caso (se indica en su artículo 16) de no encontrar el notificador al administrado o a alguna de las personas que se encuentren en el domicilio señalado en el procedimiento, el notificador debe indicar en el domicilio que se hizo presente y que se presentará en una nueva fecha para hacer efectiva la siguiente notificación. Aquí la jurisprudencia es interesante porque, en relación a este punto de que debe indicarse la nueva fecha en que se hará efectiva la siguiente notificación, se ha indicado que sea en un horario distinto al horario en que se presentó para el primer momento en que iba a practicar la notificación. Ahora, si tampoco puedo entregar directamente la notificación en la nueva fecha, se dejará debajo de la puerta un acta conjuntamente con la notificación, y las respectivas copias se incorporan en el expediente.

Otras legislaciones, como por ejemplo en Argentina, pero sobre todo en las legislaciones provinciales, sí ha habido casos en cuanto a los propios tribunales de estas provincias han señalado que no resulta válido que el notificador arroje la notificación por debajo de la puerta y deje constancia de ello por escrito.

Como les decía, en el caso nuestro, no tenemos esa regulación, pero de practicarse una notificación de esta naturaleza, partiendo de que la notificación es domiciliaria, no tendría ninguna eficacia el acto que se está pretendiendo notificar. Lo mismo podríamos plantear con relación a la notificación por correo postal con aviso de recibo, no hay una regulación expresa por parte de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,

y podrían ponerse en tela de juicio la eficacia de esa decisión que se está notificando.

Aquí hay que acotar un punto, y es el hecho de que confundimos la notificación domiciliaria con la notificación personal, y es que se parte de una falsa premisa de que la notificación, de acuerdo con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sea una notificación personal; es decir, tengo que buscar a Pedro Pérez en donde esté, y no, yo lo que voy a buscar es el domicilio de Pedro Pérez; yo le puedo dejar perfectamente, en el domicilio, a una persona vinculada, bien sea por parentesco o por una vinculación laboral con ese interesado a quien yo le quiero dejar el acto de notificación de alguna decisión. Claro, lamentablemente en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no hay una regulación más detallada, pero obviamente aquí hay que señalar que la persona quien reciba ese acto de notificación, debe tratarse de una persona mayor de edad, y por supuesto, el notificador tendría que dejar constancia de la persona que está recibiendo.

Por último, está el punto referente a los errores en que puede incurrir la Administración, y que esos errores, deficiencias o incumplimientos, ya sea en cuanto a los requisitos de la notificación o en cuanto a la manera de practicar la notificación, no la pueden beneficiar de modo alguno a ella y por ende perjudicar al administrado; de ahí que la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, siendo de algún modo garantista, o por lo menos salvaguardando el derecho a la defensa del interesado, considera que no son eficaces las decisiones que se están comunicando en forma defectuosa.

Aquí, justamente, hay una referencia de una sentencia de la Corte del Tribunal Constitucional español del año 99-98, sobre el hecho de que, si en las notificaciones existe alguna irregularidad, algún incumplimiento de las formalidades, pero el interesado llegó a conocer del acto, pues eso es intrascendente, no comete ninguna irregularidad la Administración (que es lo que nosotros conocemos como vicios irrelevantes o no invalidantes, es decir, no acarrear en nulidad absoluta ni nulidad relativa) porque se logró el fin; ¿cuál fue el fin? pues que el interesado se enterara, de manera oportuna, acerca de esa decisión que había tomado la Administración.

Un caso particular es una decisión de la Sala Político-Administrativa sobre este punto, y es que a la persona se le notificó mediante fax, y si bien el fax no está reconocido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos como un medio para practicar la notificación, la Sala señaló en el fallo del 6 de junio de 2007, en sentencia número 917, que se había logrado el fin porque la persona que, si bien al principio podía haberse considerado ineficaz, ella subsana esa irregularidad que había sido

cometida por la Administración en cuanto a dar por notificado mediante el uso del fax.

Aquí se podría plantear lo que hemos venido hablando en los últimos tiempos, sobre todo una posible reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y por supuesto, el uso de las nuevas tecnologías como parte de los mecanismos para la notificación de las decisiones administrativas.

Quiero agradecer una vez más a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por haberme dado esta oportunidad, y sobre todo invitarlos a que hagamos este ejercicio de combinar el estudio del derecho administrativo, no sólo con el cine o con la literatura, como hemos visto en la tarde de hoy, sino también con otras disciplinas artísticas, como puede ser la pintura, la música e incluso hasta la propia arquitectura. Muchísimas gracias.

Moderador. Muchísimas gracias a usted profesora, Cosimina Pellegrino. Realmente ha sido muy grato ver la tarde de hoy, a través de estas dos disciplinas, el cine (por una parte), la literatura, (por otra parte), las obras literarias, cómo podemos aprender y conseguir nociones y principios del derecho administrativo que puedan contribuir al aprendizaje y al conocimiento, y la comprensión del derecho administrativo.

La profesora nos ha hablado sobre la notificación de los actos administrativos en la película «La casa de arena y niebla», y pues referirnos, específicamente, al tema de las notificaciones «debajo de la puerta», la cual no tiene recepción formalmente en Venezuela pero que pudiese tenerlo, y que habría discusión en cuanto a su eficacia, de acuerdo a la jurisprudencia de las disposiciones de los artículos 72 y 73, específicamente, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto actos administrativos de efectos particulares se refiere.

Esta película tiene relevancia fundamentalmente en cuanto a la notificación administrativa y también en cuanto a la responsabilidad administrativa, en este caso de un ente municipal, y ver la notificación de los actos administrativos como garantía de los ciudadanos que en ningún momento el error de la Administración puede beneficiarla, y por supuesto, tampoco perjudicar a los administrados.

Muy interesante, muy grato, sabemos que usted ha sido partícipe de esta iniciativa, coautora intelectual de esta iniciativa original que hemos tenido en AVEDA esta tarde. Creo que ha sido una simpática experiencia. Nos vemos en una próxima oportunidad. Muy buenas tardes y muchas gracias a todos por su presencia y por su participación.

COLOQUIO VENEZOLANO-MEXICANO SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Ponentes:

*Alina del Carmen Nattel Barrera, Luis Gerardo Rodríguez Lozano,
Flavia Pesci Feltri, Rafael Badell Madrid*

Moderador:

Juan Domingo Alfonso Paradisi

Fecha: 16 de septiembre de 2021

Moderador. Bienvenidos a esta nueva actividad de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Hoy estamos muy satisfechos y muy complacidos porque, de acuerdo a lo que nos hemos propuesto en la idea de la internacionalización de AVEDA, contamos con este nuevo coloquio, con nuestros colegas y profesores mexicanos. Este nuevo coloquio, luego del realizado sobre contratos administrativos, es sobre el derecho administrativo sancionatorio que, como todos sabemos, los especialistas en la materia y abogados que la ejercen, es sumamente importante.

El derecho administrativo sancionatorio, sus principios, sus aspectos, sus límites y todos los problemas que ha tenido desde hace mucho tiempo en lo que es el derecho administrativo sancionador, su relación con el derecho penal y su vigencia o no con el mismo, si tiene o no una autonomía o una independencia, y luego esa proliferación de normas administrativas de leyes administrativas, incluso, ni siquiera de leyes sino de normas de carácter sublegal o reglamentarios que inciden sobre los particulares, sobre las empresas o sobre los ciudadanos, y que también ha sido objeto muy importante, esa proliferación de normas, en el derecho administrativo para buscar principios que sean el hilo conductor en ese andamiaje de cada una de las normativas nacionales para buscar principios que consoliden el Estado democrático de derecho.

Hoy contamos, como decía anteriormente, con importantes invitados en este coloquio de derecho administrativo sancionador, en este coloquio venezolano-mexicano, con la profesora Alina del Carmen Nattel Barrera, quien nos va a disertar sobre «El procedimiento sancionador en las universidades públicas en materia de violencia de género»; así mismo tendremos la segunda ponencia a cargo del profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano, con «Alcances del principio *non bis in idem*»; luego entrarán los

profesores venezolanos, la profesora Flavia Pesci Feltri sobre «El derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio venezolano», y en cuarto lugar el profesor y miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Rafael Badell Madrid sobre «Sanciones administrativas en la legislación venezolana».

Conversando con los profesores mexicanos estos dos temas iniciales, desde Venezuela, nos parecieron cruciales e importantes, atinentes al derecho administrativo como lo constituyen, los contratos administrativos y ahora en el día de hoy, 16 de septiembre, las ponencias sobre el derecho administrativo sancionatorio.

Paso a presentar a nuestra primera invitada en la mañana de hoy, la profesora Alina del Carmen Nattel Barrera, quien es maestra en derecho por la Universidad de Navarra y la Universidad Autónoma de Madrid; y doctora en derecho por la Universidad de Barcelona; profesora investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro; directora de los programas nacionales de calidad de la Facultad de Derecho a la Universidad Autónoma de Querétaro; y ha sido ponente, igualmente, en diversos foros nacionales y extranjeros, y publicado en diversas revistas y libros sobre temas de derecho público; profesora de derecho administrativo i y derechos humanos.

Sin más, profesora, le cedo los micrófonos. Bienvenida en nombre de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Muchas gracias por estar acá y le cedo el uso de la palabra.

Alina del Carmen Nattel Barrera: El procedimiento sancionador en las Universidades Públicas en materia de violencia de género

Muy buenos días a todos. Muchísimas gracias por esta amable invitación que me hicieron llegar.

La intervención que planteé para participar en este evento es sobre el derecho administrativo sancionador, el cual se desenvuelve en el seno de las universidades dotadas de autonomía. En particular, por supuesto, la referencia principal es la Universidad Autónoma de Querétaro en la cual trabajo y de la cual he podido conocer de cerca varios procedimientos a través de las distintas instancias que se ponen en funcionamiento cuando hay una queja en materia de violencia de género.

Primero, quisiera explicar brevemente cuál es el desarrollo de los objetivos de esta charla que es, primero, comentar brevemente algunas bases generales del derecho administrativo sancionador en México y, sobre todo, algunos aspectos que luego se vuelven conflictivos y que dan lugar a una problematización importante en el seno de ordenamientos paralelos como puede ser el procedimiento sancionador de una universidad pública.

Por otra parte tenemos un segundo apartado que tiene que ver con una explicación general de cómo son estas regulaciones y el control que buscan las universidades para evitar el desarrollo de conductas inaceptables dentro del ámbito universitario; sí son inaceptables en cualquier ámbito de la sociedad, me refiero a la violencia de género, pues en un ámbito en el que estamos cultivando la formación de las libertades, del respeto, de la solidaridad, de la igualdad, pues es doblemente inaceptable, y las autoridades universitarias tienen una importante función en este aspecto. De aquí viene la justificación de la intervención.

Por otra parte, el procedimiento de la Universidad Autónoma de Querétaro tiene algunos aspectos que son comunes a otras muchas universidades y que, por tanto, puede ser un buen laboratorio para reflexionar sobre cómo esperamos que sea nuestro futuro en esta materia.

Finalmente, con estas reflexiones generales podremos llegar a ver cuáles son los retos y las expectativas de modificación normativa en el seno de las universidades para poder conseguir que sean procedimientos eficientes, y que por supuesto, involucren todas las garantías procesales para todos los implicados, tanto para víctimas como para posibles responsables.

En este orden de ideas, estas breves líneas generales sobre el derecho administrativo sancionador en México, sabemos perfectamente bien todos aquí, ya es ocioso decirlo, es una expresión de la capacidad de castigo del Estado que no se agota por el derecho penal sino que también va al derecho administrativo, porque justamente quienes ostentan el cargo de autoridades pueden buscar la prevención/la depuración de conductas antisociales que, constituidas como infracciones administrativas, deben contenerse. Para mí esto es un importante punto de reflexión. El derecho administrativo sancionador, su buen y eficiente desenvolvimiento en el marco del derecho, también implica una percepción de control de la impunidad, que es tan significativo en la clave de crítica jurídica desde el derecho hacia la percepción social de la existencia del propio Estado de derecho y en su buen funcionamiento.

Cuando el derecho administrativo sancionador falla, es decir, cuando tenemos un reglamento, por ejemplo, un burdo ejemplo de un reglamento de tránsito donde sabemos que en una colonia, en una zona habitacional, la orientación de las calles tiene un sentido y de manera ordinaria todos los días los vecinos, porque son vecinos, creen que tienen la facultad de ir en sentido contrario y la patrulla pasa y no lo sanciona, esto es un clarísimo ejemplo de que la autoridad no está cumpliendo con su función de sancionar para evitar un accidente y para dar este claro mensaje de buen desenvolvimiento del Estado. De hecho, si bien soy partidaria de que el derecho administrativo sancionador tiene que ser adecuadamente normado para proteger las garantías y las libertades que ostentamos, lo

cierto es que su buen funcionamiento también es que se aplique para evitar la impunidad, esto es todavía un reto que perseguir.

A veces parece que el *ius puniendi* debe de estar girando en torno al derecho penal y en torno a la actividad administrativa se relativiza a pesar de estar constituido como una infracción. Sin embargo, debe conseguirse alcanzar a contener aquellas conductas que cometan la infracción, a través de las sanciones. Puede haber mayor flexibilidad en materia sanciones, por ejemplo, en México, el artículo 21 de la Constitución establece garantías de seguridad jurídica frente al ejercicio la potestad sancionadora, una de esas garantías es que se establece un catálogo de sanciones: multa y arresto (y aquí voy), o su conmutación por trabajos a favor de la comunidad.

Bueno, en un proyecto de investigación que desenvolvimos, pudimos percatarnos como los «jueces administrativos» (así les llamamos, pero en realidad son servidores públicos, no ejercen función jurisdiccional, son quienes imponen las sanciones en la mayoría de los municipios del país) tienen *de facto* anulada la opción constitucional de poder conmutar la multa o el arresto por trabajos a favor de la comunidad ¿por qué? porque implica mayor seguimiento para las autoridades. Es más fácil cobrar y ya, te dejo ir o te quedas 36 horas guardadito y ahí se acaba tu asunto, que dar continuidad a la conmutación por trabajo a favor de la comunidad. Fíjense que importante, otra vez, esta percepción, esta reflexión crítica sobre si el derecho administrativo sancionador puede constituirse como un buen mecanismo de dinamización de la sociedad para percibir la presencia del Estado. Y los límites que pueden tener, que deberíamos de tener todos, para evitar afectar a nuestro entorno, a nuestra sociedad, pues imagínense si las autoridades no lo aplican pues la sociedad menos.

Aquí estaba yo reflexionando sobre esta flexibilidad que tiene el derecho administrativo sancionador, este principio general que tiene, por ejemplo, con la conmutación de las penas, precisamente para dar un primer mecanismo de comunicación social con el Estado a través de algo delicado como lo son las infracciones, pero que puede ser un buen mecanismo de apropiación de la sociedad del Estado de derecho.

Por otra parte, dentro de estas garantías del artículo 21 de la Constitución está que, precisamente, las sanciones por comisión de infracciones serán competencia de las autoridades administrativas, y por supuesto, la comisión de delitos y las penas, que corresponden a los delitos como una jurisdicción penal, es decir, a los jueces penales. Ambas, están adecuadamente definidas dentro de la Constitución mexicana y eso da lugar a una muy buena reflexión en el Estado mexicano sobre esta base constitucional. Luego viene también el artículo 22, que trata de los límites a las sanciones administrativas, que implica que no haya penas que puedan causar

una lesión física y algunas otras que ya se entienden propias de un Estado de derecho contemporáneo.

Ahora, respecto del tipo de sanciones que se aplican que son «multa y arresto», el problema es que, en efecto, muchos de los ordenamientos, incluido el sancionador universitario prevé otros tipos de sanciones, no solamente la multa y el arresto. Aunque la Constitución dice «multa y arresto», la jurisprudencia, los tribunales administrativos, hace ya décadas que han habilitado a que no haya inconstitucionalidad en aplicar otro tipo de multas, siempre y cuando, una norma con rango de ley la prevea, aunque luego por un reglamento se aplique. El catálogo de sanciones puede ser mucho más alto que la simple multa, arresto o su conmutación; de hecho, pueden ser muy habituales: la clausura, la inhabilitación de servidores públicos, como por ejemplo prevé el Estatuto Orgánico de la Universidad Autónoma de Querétaro (en nuestro caso específico) por el cual se pueda inhabilitar a un profesor para el ejercicio de sus derechos académicos, que es básicamente participar en órganos colegiados de representación universitaria, pero la Constitución no tiene esta sanción prevista.

De los principios generales que también aplican y que, bueno, podríamos hablar de muchos de ellos, pero no es el objeto de la ponencia, están, por supuesto, el *non bis in ídem* del cual nos hablará más adelante el profesor Luis Gerardo. También se encuentra la presunción de inocencia el cual es importantísimo, un principio trasladado del ámbito penal al ámbito administrativo, del cual el doctor, y yo también, hemos tenido oportunidad de escribir al respecto en una revista en Colombia, porque existe, por supuesto, esta base de principios penales trasladados al ámbito administrativo, para dar certeza, garantía, seguridad jurídica, sobre todo el debido proceso. Es importante que haya garantías de seguridad jurídica para los ciudadanos, pues los particulares pueden verse seriamente afectados ante una resolución gravosa en sus derechos con una sanción administrativa.

Sobre el principio de presunción de inocencia, cuando hablábamos de ello al respecto de los servidores públicos, problematizábamos hace unos años el doctor y yo, vemos como el principio de legalidad, respecto del cual los servidores públicos que tienen que ajustar a la ley en su actuación, provoca en el ámbito sancionador disciplinario una modificación de su punto de gravedad, respecto de la presunción de inocencia, cuando se aplica a un particular que potencialmente cometió una infracción administrativa. Nosotros los ciudadanos nos desenvolvemos en el ámbito de nuestras libertades hasta donde no nos esté prohibido o establecido como infracción para el caso que nos ocupa, y por otra parte, para los servidores públicos tienen que hacer todo aquello que la ley les habilita, por tanto, el punto de gravedad cambia en uno y otro a pesar de que

entendemos que puede el principio de presunción de inocencia, por supuesto, trasladarse al ámbito jurídico administrativo.

Con estas bases generales vendría el tema de las universidades autónomas. Éstas se han desenvuelto con las facultades normativas de dotarse de su propio sistema normativo, y en este sentido, por ejemplo, no es raro que las universidades cuenten con estatutos orgánicos que desarrollan procedimientos sancionadores. En particular, podemos ver, por cierto, que estos ordenamientos son emitidos por las propias autoridades universitarias, en particular son los máximos órganos universitarios (habitualmente son los consejos universitarios) que tienen la potestad reglamentaria y por tanto emiten sus estatutos orgánicos. No es raro que encontremos mecanismos *sui generis*, muy propios del especial ámbito en el que nos desenvolvemos, que es el de la actividad académica.

Habitualmente encontramos, en la mayor parte de los estatutos, que tenemos una fase preliminar desarrollada por comisión instructora (así le llamamos) que instruye la carpeta de investigación, justamente, para buscar si existen suficientes elementos en contra del profesor que pueda haber estado acusado/señalado como presunto responsable de infracciones o conductas que entendemos que son violencia de género.

Por otra parte, tenemos que completar este procedimiento con el protocolo de actuación en materia de violencia de género, que instruye la actuación del procedimiento, pero la tipificación de las infracciones, a pesar de que contemos con un protocolo en materia de violencia de género, no cambia las infracciones; las infracciones siguen siendo las mismas que establece el estatuto orgánico de la Universidad Autónoma de Querétaro, y que, por cierto, no siempre están actualizados a la necesidad de controlar, al día de hoy, ciertas conductas que se entienden inaceptables.

En el ámbito universitario, las relaciones de supra subordinación que existen entre los profesores y los estudiantes, implican ciertos aspectos riesgosos a cuando un profesor vulnera los principios éticos en los que debe desenvolverse la actividad docente. Por tanto, hay un ambiente de riesgo a que existan conductas en donde haya una discriminación, persecución o acoso sexual, respecto de un género al otro, en particular de los profesores a las estudiantes. El estatuto orgánico hoy en día, no se ha actualizado en ese sentido, se aplica, cuando existen este tipo de conductas, un protocolo. Sólo existe una única fracción del estatuto orgánico sobre buenas conductas en el desarrollo de las actividades docentes, y en esa única fracción como infracción administrativa se tiene que encapsular todo el protocolo de actuación en materia de violencia de género, ¿qué retos tenemos? y con esto voy cerrando:

Retos:

1. Actualizar las legislaciones universitarias. Los consejos universitarios sí están habilitados para emitir normativa en materia de violencia de género para fortalecer las sanciones y, por supuesto, un preciso catálogo de infracciones en materia de violencia de género en la legislación universitaria.
2. Los procedimientos de sanción que inicia, habitualmente, por comisiones instructoras y que no es raro encontrar en más de una universidad. Estas comisiones hacen una primer fase muy importante: la instrucción del procedimiento; pero luego lo pasan a órganos superiores, como por ejemplo, la comisión de honor y justicia del Consejo Universitario, ¿qué significa eso? pues significa que aplicarán la sanción órganos no especializados, en donde seguramente participa algún representante de la facultad que tenga que ver con ciencias jurídicas (derecho), pero será minoría para tomar una decisión respecto de una situación potencialmente gravosa.

¿Qué nos explica esto? nos explica que tenemos una delicada línea entre la especialización que exige el procedimiento administrativo sancionador en las universidades, y actividad académico administrativa, que están ejerciendo los consejeros universitarios, y se le da a la tarea de sancionar sin la adecuada competencia o especialización.

Esto nos causa un serio problema en los procedimientos porque evidentemente, al seguimiento de ellos, a veces las garantías de seguridad jurídica quedan vulneradas, quedan expuestas, por ejemplo, la secrecía o la protección de datos de carácter personal en los expedientes queda vulnerada porque los consejeros universitarios no comprenden la trascendencia de su posición en un procedimiento sancionador. Un caso como este podría dar lugar a que por amparo queden anulados los procedimientos sancionadores, con potenciales infractores, dando clases entre los estudiantes, chicas y chicos; o, por el contrario, casos más delicados en donde la falta de precisión jurídica, de garantías, de certeza y seguridad jurídica en el procedimiento sancionador, no permitieron la adecuada defensa de profesores, en donde tal vez, no había suficientes elementos para haberles impuesto una infracción.

Espero que les haya sido de interés y poder abrir una línea de trabajo. Yo creo que la legislación universitaria se merece mantenerse a la vanguardia de la regulación jurídica. Las autoridades universitarias, como responsables de llevar el procedimiento sancionador, deben evolucionar y alcanzar un buen nivel de actuación de sus facultades sancionadoras que castigan, pero que también tutelan. Muchas gracias a todos.

Moderador. Muchísimas gracias a usted, profesora Alina Nattel. Muy interesante su presentación y los puntos que abordó, y sobre todos los puntos a mejorar en la legislación universitaria para garantizar el debido proceso, el derecho a la defensa, y poder, los consejo universitarios y autoridades universitarias, en tales casos, establecer esas infracciones y esas sanciones con todas las garantías del derecho a la defensa, al debido proceso, que se precisan en materia de un procedimiento administrativo sancionador en las universidades públicas y en materia de —específicamente como usted lo ha expresado, y es el objeto de su ponencia— violencia de género que pueda presentarse. Muchas gracias por su presentación e interesante ponencia.

De seguidas, tenemos a nuestro segundo invitado y además que ha sido partícipe de la organización de estos coloquios, tanto del primer coloquio sobre el Contrato Administrativo, como este segundo sobre el Derecho Administrativo Sancionador. Al profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano, quien es maestro y doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de México, es profesor investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, ha sido ponente en diversos foros nacionales y extranjeros, ha publicado en diversas revistas y libros sobre temas de Derecho Público, es profesor de Derecho Administrativo I y profesor de Derechos Humanos.

El profesor Luis Gerardo Rodríguez Lozano nos va a presentar su ponencia sobre el alcance del principio *non bis in ídem*, muy importante, por supuesto, en materia de derecho administrativo sancionador.

Luis Gerardo Rodríguez Lozano: Alcances del principio *non bis in ídem*

Muy buenos días. Para mí es un privilegio estar aquí con ustedes. Agradezco muchísimo la invitación del profesor Juan Domingo; y compartir la mesa con los profesores venezolanos, la doctora Flavia y el doctor Rafael.

Me siento muy contento de intercambiar experiencias con colegas de otro país, y más que nada, como ya hemos tenido oportunidad, escuchar a colegas venezolanos, y la verdad es que siempre han sido muy excepcionales, como el doctor Mendible, el doctor Brewer, el doctor Araujo, la profesora Alicia, entre otros. En ese sentido, me siento muy agradecido de esta oportunidad, la idea ahora es replicar estos eventos en México, y por supuesto, también, me siento muy contento de compartir la mesa con mi colega y amiga Alina del Carmen Nattel Barrera, que como ya vieron, tiene un currículum muy impresionante en materia administrativa, y con quien he podido participar en varias publicaciones que hemos hecho en conjunto sobre temas de responsabilidad patrimonial del Estado en actividad administrativa, y he tenido la fortuna de contar con su apoyo.

Bueno, ya para entrar en materia de lo que es mi ponencia el día de hoy, yo quiero hablar sobre el principio *non bis in ídem*, pero hablar del principio *non bis in ídem* implica un poco referirnos a la cuestión de los márgenes que hay entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. Creo que ahí siempre ha habido cierta polémica en cuanto a los alcances de la potestad administrativa sancionadora del Estado respecto del derecho penal, y en ese sentido, tan sólo hay que retrotraernos a ese gran catedrático español que es Alejandro Nieto García, quien tiene una obra que ya lleva varias ediciones de derecho administrativo sancionador, y ahí él aborda esa cuestión de los límites y las fronteras entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo. Lo mismo, recientemente, en otro catedrático español, el doctor Manuel Gómez Tomillo en su libro de derecho administrativo sancionador, aborda estas mismas temáticas.

Ahora bien, ¿qué es el principio *non bis in ídem*?, esto implica, primero, ver cuál es ese fundamento del principio *non bis in ídem*, y ese fundamento lo encontramos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 23, donde se establece que no se puede castigar dos veces a una persona por el mismo ilícito, y esto es muy importante porque te da seguridad jurídica. También hay que señalar que esto, al estar en la Constitución, adquiere un rango de derecho humano convencionalizado. Ahí hay un libro muy interesante de un gran colega y maestro venezolano Allan Brewer-Carías que habla sobre este tema, no exactamente sobre el principio *non bis in ídem*, pero sí del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado convencionalizada, y ese libro está publicado en la Universidad Externado de Colombia.

De la responsabilidad patrimonial del Estado le sigue el principio *non bis in ídem*, al ser un derecho humano convencionalizado, esto lo que buscaría, en todo caso, es solventar, garantizar y proteger la dignidad humana del ciudadano, evitando que no se le castigue dos veces por el mismo ilícito, más sí se le puede castigar dos veces por el mismo ilícito, pero en diversas materias.

Aquí también hay que señalar que la potestad administrativa sancionadora es un arma del Estado que busca pacificar las conductas atípicas en la sociedad para darle una estabilidad al Estado, y aquí viene una frase que se recoge de ese gran catedrático español Eduardo García de Enterría y del Tribunal Constitucional español, que prácticamente esa frase fue exportada a todas las judicaturas de América Latina y sus Cortes Supremas, y que es que «los principios del orden penal se aplican con matices al derecho administrativo», y esto es muy importante porque vemos que los principios sólo se aplican con ciertos matices, y esto ya lo recoge la sentencia del caso Baena Ricardo al señalar lo mismo, sólo se aplicarán con ciertos matices las cuestiones del orden penal al derecho administrativo.

Aquí habría que preguntarnos una cuestión ¿qué significa «matices»? o sea ¿cómo traducimos la frase de aplicación con matices del derecho penal al derecho administrativo? Bueno, Eduardo García de Enterría señala que eso son adaptaciones funcionales del derecho penal al derecho administrativo sancionador, que tendrán una interpretación restrictiva, y esto significa (y aquí también debemos de prestar mucha atención, por eso la cuestión del derecho al administrativo convencionalizado que señalamos) que al alentar a la palabra «interpretación», podemos hacer mención de otro libro muy interesante que habla sobre el tema, que es el libro de Alfonso Santamaría Pastor, donde se habla sobre los principios del derecho administrativo, y comenta del juego de los principios en el derecho administrativo, cómo van a ir teniendo esa funcionalidad y esa adaptación al derecho administrativo, en este caso al derecho administrativo sancionador y al derecho penal, con una interpretación restrictiva.

Todo esto implica algo muy interesante ahí vemos que hay principios que tienen matices en el ámbito procesal, pero también hablamos de otros principios de orden material, entre los cuales están: el principio de legalidad, el principio del *non bis in ídem* y el principio de proporcionalidad; pero estos principios no se van a aplicar con matices, sino que son ya verdades materiales del derecho penal al derecho administrativo porque están contenidos en la Constitución, y eso les da otro rango y otro matiz que se tienen que tomar en cuenta a la hora en que juega con ellos el juzgador.

Aquí habría que ver algo que es importante, cuando señala Alejandro Nieto García en su libro sobre cuál es esa frontera entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, porque el que en teoría debería sancionar es el Poder Judicial, luego entonces aquí vemos también que el derecho administrativo, dentro de la Administración Pública, tiene un *ius puniendi*, para de una u otra forma tener cierto orden y paz social en la Administración Pública y en el Estado, pero en ese sentido, la Administración Pública va a sancionar sin los límites que tiene el Poder Judicial.

Vemos cómo hay muchos procedimientos administrativos, por eso los matices del derecho penal al derecho administrativo se ven en el ámbito procesal, pero los principios que ya están establecidos en la Constitución, como el de legalidad, el *non bis in ídem* y el de proporcionalidad; legalidad pues todo acto tiene que estar fundado y motivado, el de *non bis in ídem* que nadie se le puede sancionar dos veces por la misma pena, y el de proporcionalidad que implicaría que todo arresto, todo el carácter restrictivo, tiene que hacerse de forma proporcional, este principio se va a usar cuando se quiere hacer una restricción sobre una norma y eso es solamente en casos excepcionales.

Vemos como estos principios, de tipo material, que están establecidos en la Constitución, no van a tener matices en su utilización, a

diferencia de los que sí están establecidos en las fases procesales, y aquí vemos como el juzgador juega con estos principios, tanto materiales como procesales, ya en la hora en que se están llevando los procesos.

La doctora Alina les habló de los procesos que hay dentro de las instituciones educativas, que cada institución educativa tiene sus estatutos orgánicos, pero también aquí, lo que señala en ese libro que les comentó el doctor Brewer-Carías de la responsabilidad patrimonial del Estado convencional, la cuestión es que tenemos estatutos universitarios que señalan ciertos procedimientos que establecen ciertos principios; pero también hay otros principios, como el principio del debido proceso, donde se establece un diálogo jurisprudencial con otros tribunales, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ahí es donde vemos cómo entra esta materia de la argumentación jurídica, la aplicación de los principios.

Hay un libro de los principios en materia administrativa, de un autor francés que lo traduce un profesor chileno (Frank Moderne), y el libro está muy interesante y habla cómo esta teoría de los principios realmente ha venido a revolucionar todo el derecho, porque si bien es cierto que hay estatutos universitarios, los profesores, que eventualmente puedan verse inmiscuidos en un procedimiento administrativo sancionador, también tienen a la mano el principio del debido proceso y la jurisdicción Nacional Federal, pero de la Corte Interamericana Derechos Humanos, y ahí se establece todo un diálogo argumentativo y se ve mucho la argumentación y como se van a aplicar los principios, como estamos viendo, el *non bis in idem* es un principio material que al estar regulado en la Constitución ya adquiere un rango de derecho humano que lo que busca es salvaguardar la dignidad de la persona humana, y la persona no puede ser, de ninguna manera, castigada más de una vez por el mismo delito.

Este tema es muy rico, el derecho administrativo sancionador, por esa peculiaridad de los alcances que tiene, viéndolo desde la perspectiva de la Administración Pública, del *ius puniendi* del Estado, hasta la perspectiva del derecho penal, cómo se van conjuntando todos estos principios. Y ver también la cuestión convencionalizada de la que habla el señor maestro venezolano Brewer en ese libro, que no tiene nada que ver directamente, pero también allí tocan el principio *non bis in idem*, ya todos ustedes deberían de conocerlo, y no me van a dejar mentir que merece la pena ser leído con atención y respeto.

Por mi parte ya sería todo, no sin antes reiterarles mi enorme gratitud por haberme permitido estar aquí con ustedes.

Moderador. Las gracias son para usted, por su amabilidad y por la gentileza de sus palabras para con nosotros y para los administrativistas venezolanos y estudiosos del derecho público venezolano, y las

actividades que usted ha tenido ocasión de participar de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo en los últimos tiempos.

Gracias, igualmente, por la referencia, en su ponencia, a las distintas doctrinas de derecho administrativo, tanto españolas (como Alejandro Nieto García que es un libro, sin duda, sobre el derecho administrativo Sancionador imprescindible en estos temas); como también la referencia que hacía a Juan Alfonso Santamaría Pastor, y a los libros de Brewer y al francés Frank Moderne, agradecido por ello.

Por supuesto, en cuanto al contenido de su ponencia muy importante, sobre el principio *non bis in ídem*, esa distinción que usted ha hecho sobre el orden procesal, pero también sobre el orden material, entre ellos el principio de legalidad, proporcionalidad, pero específicamente el principio del *non bis in ídem* de rango constitucional, y también de rango de derecho humano para proteger incluso la dignidad de la persona humana. Muy importante, quería comentarle que nuestra Constitución venezolana vigente de 1999, en el artículo 49, numeral 7, también prevé, desde el punto de vista constitucional, el principio del *non bis in ídem*.

Enseguida está nuestra tercera ponente en la mañana de hoy, ya prácticamente el mediodía, hora de Caracas, que es la doctora Flavia Pesci-Feltri, quien va a presentar una ponencia sobre el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador.

La profesora Flavia Pesci-Feltri es abogada egresada la Universidad Central de Venezuela y profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de esa Universidad desde el año 2005, la profesora Pesci-Feltri es especialista en derecho constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y en derechos humanos por la Universidad Complutense de la misma ciudad, y es autora de diversos ensayos jurídicos. Profesora Pesci-Feltri, bienvenida nuevamente.

Flavia Pesci Feltri: El Derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio venezolano

Buenos días a todos. Muchísimas gracias por estar aquí con nosotros, participar y acompañarnos. Especialmente agradecida con la Asociación Venezolana Derecho Administrativo y a su presidente por promover y desarrollar todas estas actividades. También muy gratificada con los profesores mexicanos que nos están acompañando en el día de hoy, cuyas ponencias han sido verdaderamente interesantes, y a quienes quiero expresarles la aspiración de que podamos continuar con estas actividades y profundizar las relaciones que hemos iniciado entre México y Venezuela.

Voy a tratar el derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio venezolano, para lo cual he dividido mi ponencia en dos partes: una, que pretende presentar muy brevemente cómo está regulado el derecho

a la defensa en nuestro ordenamiento constitucional; y, otra parte en la que haré mención a cómo los poderes públicos del Estado venezolano, concretamente el Ejecutivo y el Tribunal Supremo de Justicia, han previsto y consentido la violación absoluta del derecho a la defensa a través de la previsión, en ciertos procedimientos sancionatorios, de las llamadas sanciones de plano.

Como todos sabemos, el derecho a la defensa es el derecho de todo ciudadano a ser escuchado por la autoridad pública competente ante la posibilidad de que ésta considere que el comportamiento de aquél viola el orden jurídico establecido.

En el marco de un Estado de derecho (como el que está consagrado en la Constitución venezolana de 1999), concebido para someter el ejercicio del poder a las normas jurídicas previamente establecidas y evitar, en consecuencia, la arbitrariedad del mismo, el derecho a la defensa aparece como inviolable y sagrado: es un derecho humano, un derecho constitucional y, en sí mismo, un principio absoluto que debe ordenar la actuación, tanto de los jueces como de la Administración Pública.

Efectivamente, como hacía mención el profesor Juan Domingo Alfonso, el artículo 49 de nuestra Constitución prevé lo que el constituyente denominó «el debido proceso», y establece, expresamente, que este derecho constitucional al debido proceso debe aplicarse a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Adicionalmente, esta disposición constitucional hace una lista de cuáles son todos los derechos y las garantías que comprenden el debido proceso, tales como el derecho a la defensa, a la segunda instancia y a la presunción de inocencia; el derecho a ser oído con todas las garantías en un tiempo razonable; a ser juzgados por los jueces naturales; y, finalmente, a no declarar contra sí mismo.

Estos derechos, tal y como lo dice expresamente el artículo 49 constitucional, deben ser respetados, como ya lo anunciamos, no sólo en los procesos que se desarrollan ante los jueces sino también en aquellos procedimientos administrativos que se inician por ante la Administración Pública; esto último es lo que se llama «el derecho a la defensa en materia administrativa» que debe ser garantizado en todos los procedimientos administrativos, especialmente los sancionatorios que se instruyen en sede administrativa.

En efecto, y en función de lo anterior, el procedimiento administrativo sancionatorio debe siempre entenderse como un cauce que pretende asegurar que la Administración emane su voluntad únicamente después de que el particular haya participado en el mismo, ejerciendo sus defensas y llevando las pruebas que sustenten sus alegatos.

Ahora bien, para que el derecho a la defensa administrativa se concrete, la Administración Pública debe realizar una serie de actos durante el procedimiento sancionatorio administrativo:

1. En primer lugar, tiene que notificar al administrado interesado de la apertura del procedimiento sancionatorio, a fin de que este conozca las razones de hecho y de derecho que han dado origen al mismo.
2. Luego, la Administración Pública tiene que permitirle al administrado el acceso al expediente durante todo el tiempo que dure el procedimiento administrativo, para que se mantenga informado, pueda sacar las fotocopias correspondientes y así elaborar apropiadamente su defensa.
3. Además, la Administración Pública tiene que consentir que la persona, objeto del procedimiento sancionatorio, pueda aportar y evacuar durante el desarrollo del mismo cada una de las pruebas que le permitan soportar y demostrar sus afirmaciones.
4. Finalmente, la Administración Pública, para garantizar el derecho a la defensa y por tanto el debido proceso, tiene que darle la posibilidad o permitir que el administrado ejerza los recursos administrativos y contencioso administrativos correspondientes cuando no esté conforme con la decisión que afecta su esfera jurídica.

He querido, en esta primera parte, anunciar en qué consiste el derecho a la defensa administrativa de acuerdo a la Constitución venezolana, y muy sintéticamente señalar cuáles son las actuaciones que, de manera obligatoria, tiene que llevar a cabo la Administración Pública para garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso que, como sabemos, contiene un conjunto de derechos fundamentales.

Explicado lo anterior, voy a dar inicio a la segunda parte de mi ponencia, en la que pretendo hacer énfasis en que, con la llegada del chavismo al poder, a partir del año 1999, se han venido ejecutando, de manera gradual y coordinada desde el gobierno, políticas dirigidas a pulverizar el Estado de derecho en Venezuela para sustituirlo por un régimen autoritario que concentra cada vez más poder en cabeza del Ejecutivo, hasta convertirse hoy día en un Estado totalitario.

Como la reciente historia lo ha demostrado, un Estado que se pretende erigir en socialista para luego transitar hacia un supuesto comunismo, no es compatible con las libertades individuales; éstas constituyen un obstáculo para la instauración del mismo. De ahí que, al ser el debido proceso y el derecho a la defensa claros límites al ejercicio del poder, estas instituciones fundamentales del Estado de derecho se han

progresivamente limitado en muchos de los ámbitos de actuación de los poderes públicos en su relación con los particulares.

Efectivamente, por una parte, la defensa y el debido proceso que deben asistir al administrado cuando se enfrenta a la potestad sancionadora de la Administración, han sido disminuidos (y, en muchas ocasiones, eliminados como veremos ahora); y por otra, se ha aumentado el poder de control de la Administración sobre la actuación económica y jurídica de los particulares, debido a que el fin último del modelo del Estado socialista que se nos ha impuesto en contra de la Constitución, ese modelo de Estado socialista exige la apropiación de los medios de producción por parte del Estado y la consecuente eliminación de la iniciativa privada.

Voy a comentarles algunas pruebas de cómo se ha pulverizado o disminuido el derecho a la defensa de los particulares ante algunos procedimientos sancionatorios venezolanos.

Así, por ejemplo, en las normativas de aeronáutica civil, en las leyes referidas a las contrataciones públicas, y en las leyes de costos y precios justos que han estado vigentes desde 1999 y que regulan actividades económicas, se contempla la posibilidad de que las autoridades administrativas puedan imponer las sanciones de plano, es decir, sancionar sin que previamente se haya producido el correspondiente procedimiento sancionatorio.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico venezolano y los principios sobre los cuales se fundamenta y justifica el poder del Estado, las llamadas sanciones de plano están absolutamente proscritas por la evidente razón de que las mismas son, en esencia y por su propia naturaleza, contrarias al debido proceso y al derecho a la defensa; sin embargo, en los regímenes jurídicos referidos, se prevé que el administrado pueda ser sancionado sin procedimiento sancionatorio previo:

1. En efecto, en la Ley de Aeronáutica Civil, el procedimiento sancionatorio inicia con la notificación al administrado de una sanción impuesta por la autoridad de aeronáutica cuando se ha producido un hecho que, objetivamente, es violatorio de esa norma, y existe una suposición por parte del órgano administrativo de quién ha sido el autor de ese hecho.
2. Luego, en el régimen jurídico de contrataciones públicas que estuvo vigente desde el año 2008 hasta el 2014, se otorgó la potestad, al Servicio Nacional de Contratistas, de suspender e inhabilitar a los contratistas, es decir, aplicar estas sanciones en virtud de la simple recepción de un informe negativo en torno a la ejecución del contrato emitido por el ente contratante, sin que haya previamente ningún procedimiento.

3. Luego, una tercera norma, la actual normativa de precios justos, prevé dos procedimientos distintos: uno, que es el mal llamado «inspección o fiscalización»; y, otro, que es el procedimiento sancionatorio propiamente dicho. Dispone, en el primero de ellos, la competencia del órgano administrativo de imponer sanciones denominadas «medidas preventivas» cuando intuya o considere que hay indicios de incumplimiento de la norma y sin que exista posibilidad alguna de defensa por parte de la persona investigada.

En fin, de la previsión de las sanciones de plano que hemos señalado y que supone la ausencia —repito—, de un procedimiento sancionatorio previo a la imposición de la sanción, resulta obvia la violación absoluta del derecho constitucional a la defensa, y por tanto, al debido proceso previsto en el artículo 49 constitucional, pues de hecho, no hay notificación del administrado ni acceso de este al expediente, ni mucho menos la posibilidad de que aporte sus alegatos y pruebas para que su defensa sea escuchada por el órgano de control; además, la imposición de sanción sin procedimiento previo atenta contra el principio de la presunción de inocencia a la que hacía referencia el profesor Luis, un principio fundamental, debido a que la Administración Pública parte de la premisa de que el administrado es culpable, es decir, en vez de presumir su inocencia se infiere su culpabilidad, colocándolo en la situación de tener que desvirtuar tal presunción una vez que ya ha sido sancionado.

Lo anterior conlleva, asimismo, a que se invierta la carga de la prueba toda vez que se traslada, en cabeza de quien ha sido pre calificado como culpable, la obligación de demostrar que no lo es, siendo que los principios del debido proceso y de la potestad sancionadora exigen lo contrario, que sea la Administración Pública la que reúna y demuestre todos los elementos probatorios que la llevan a determinar con suficiente claridad y certeza la responsabilidad del sujeto a quien investigue.

Ciertamente, señores, defenderse ante una autoridad que parte de la premisa de que el administrado es culpable y obligar al sancionado a demostrar su inocencia cuando ya su esfera jurídica ha sido afectada como consecuencia de la sanción, pone al ciudadano en una situación de debilidad con respecto a la Administración Pública, y transforma la relación en un vínculo desproporcionado de absoluta sumisión en la cual habrá muy pocas probabilidades de que la persona ejerza su defensa y, en caso de que efectivamente lo haga, salga victorioso.

Estamos pues ante una situación absolutamente inconcebible para quienes creemos y defendemos el Estado de derecho.

Ahora bien, la violación del derecho a la defensa en los procedimientos sancionatorios no se ha permitido solamente porque así lo establecen

estas normas, sino porque también el Tribunal Supremo de Justicia ha colaborado, claramente, en que permanezcan las sanciones de plano previstas en esos ordenamientos legales.

Así, se observa que la Sala Político-Administrativo y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando han resuelto las impugnaciones contra las sanciones de plano impuestas con ocasión de las normativas a las que hice mención, han declarado que son improcedentes tales impugnaciones por cuanto no es verdad que se está violando el debido proceso ni el derecho a la defensa, porque posteriormente a la imposición de la sanción, el administrado puede exigir la revisión de su legalidad ante ese órgano jurisdiccional.

Hasta aquí lo que les quería comentar con respecto al tema central de mi ponencia. No pretendo ir más allá del tiempo que se me ha dado, pero me parece interesante que conozcan algunos rasgos comunes de las tres leyes que mencioné anteriormente y que prevén las sanciones de plano, por cuanto tales características similares nos permiten entender cómo es posible que estas sanciones hayan estado previstas en estas normativas.

Las características comunes que tienen las leyes de aeronáutica civil, contrataciones públicas, y costos y precios justos que contemplan las sanciones de plano son las siguientes:

1. En primer lugar, que dichas normas, sus sucesivas y múltiples reformas han sido dictadas por el Ejecutivo en virtud de las leyes habilitantes emanadas del Poder Legislativo. Este elemento es importante tomarlo en cuenta para entender el aumento desproporcionado del poder que se la ha otorgado a la Administración Pública cuando lleva a cabo su potestad sancionadora.
2. En segundo lugar, las leyes mencionadas han sido objeto de constantes reformas, lo que genera una clara inseguridad jurídica para los sujetos a los cuales se les aplican.
3. Además, se caracterizan por contener múltiples conceptos jurídicos indeterminados que permiten que la interpretación que realicen los órganos de control esté supeditada a la ideología política del funcionario de turno, así como a sus apreciaciones subjetivas.
4. Estas normas, especialmente la de contrataciones públicas y la de precios justos, parten expresamente de la premisa de que los administrados son culpables. Para que comprueben esto último, basta leer, y los invito a que lo hagan, las exposiciones de motivos que anteceden el articulado de cada una de ellas.
5. Se observa también que en cada una de estas leyes hay una marcada ampliación de las potestades sancionadoras de la

Administración Pública en el ámbito de control, fiscalización y sanción, lo que les otorga una muy amplia discrecionalidad a los órganos administrativos.

6. El proceso continuo de reformas a las que han estado sometidas estas normativas ha estado dirigido al aumento de las medidas sancionatorias, supuestamente, preventivas.

Por último, quería resaltar que la previsión legal de las sanciones de plano y el razonamiento que hace el Tribunal Supremo de Justicia para justificarlas dándoles visos de constitucionalidad, han permitido la gravísima incorporación, gracias a la jurisprudencia de la propia Sala Constitucional, de lo que se conoce como la tesis de la responsabilidad objetiva del ciudadano.

Ahora sí, ya para finalizar, quería simplemente concluir diciendo que es innegable que el Tribunal Supremo de Justicia, con sus decisiones en esta materia, ha protegido a la Administración Pública, lo que ha permitido precisamente el sostenido debilitamiento del derecho a la defensa administrativa y del debido proceso consagrados como inviolables y absolutos en nuestra Constitución, y por tanto, es ese órgano jurisdiccional, en gran medida, el responsable de la situación precaria en el ámbito jurídico, económico y social que padecemos todos los venezolanos ante un poder cada vez más arbitrario, abusivo y omnipresente.

Hasta aquí mi intervención. Muchísimas gracias a todos.

Moderador. Muchas gracias a la profesora Flavia Pesci Feltri por su interesante exposición sobre los aspectos del derecho a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador; sus características y luego por esa segunda parte relevante sobre las sanciones de plano que han establecido y determinado muchas «legislaciones» y decretos orgánicos emitidos por el presidente de la República.

Son muy interesantes sus conclusiones, y el tema de las sanciones de plano, en cuanto a las medidas preventivas o medidas cautelares previstas en dichos Decretos y por las referidas leyes. Yo quería comentar que, coincidentalmente, el día de ayer sostuvimos una audiencia en los Juzgados Nacionales Contencioso-Administrativos, para subrayar lo que la profesora Pesci Feltri ha planteado. Se trata, en este caso que refiero, de una medida preventiva dictada por la Administración Pública: Superintendencia Nacional de Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) en el año 2018, una medida de ocupación temporal. El profesor Brewer hablaba de las «*afectaciones eternas*» para el caso de los decretos de afectación en materia de expropiaciones; bueno, yo sostengo que estamos frente a «*ocupaciones eternas*», que se separan de su finalidad, la finalidad prevista en la ley, que supuestamente es el *aprovechamiento y operatividad material en cuanto a la actividad de las industrias o de las plantas así como su*

comercialización, para el acceso a bienes y servicios. Pues bien, en ese caso, muy importante, luego de tres años, los señores de la SUNDDE no asistieron a la audiencia pública y oral, y el abogado de una de las empresas interesadas en el caso, tercero parte, simplemente señaló que esas medidas preventivas son actos administrativos de mero trámite, que no son objeto de recurso ni administrativos ni judicial, y por supuesto la respuesta nuestra fue que esa tesis está superada, esta tesis de los «*actos no recurribles*» o «*no impugnables*» es absolutamente excepcional, la suelta exclusión del control jurisdiccional de los actos administrativos, ya que todos tanto los actos de mero trámite como los actos definitivos deben ser objeto de control. Sostener lo contrario es acercarse a regímenes de fuerza, muy separados de un Estado de derecho y del control jurisdiccional de los actos administrativos que debe existir.

Pero, oyendo a la profesora Pesci Feltri, dada esa audiencia pública que tuve el día de anteayer, quería comentarles y subrayar ese caso, que, por cierto, ha tenido tres sentencias de amparo constitucional a favor de la empresa ocupada «transitoriamente», que no han podido ser ejecutadas y cumplidas, ya que la DIGESIM tiene tomada la planta. Pero no me quiero desviar, era simplemente subrayar ese caso, en virtud de la ponencia que ha sostenido muy bien la profesora Flavia Pesci Feltri. Muchas gracias por su intervención.

Por último, tenemos la ponencia del individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el profesor Rafael Badell Madrid, sobre las sanciones administrativas en la legislación venezolana. El profesor Rafael Badell Madrid es doctor en derecho, profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello, en donde es jefe de la cátedra de Derecho Procesal Constitucional, es individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y miembro correspondiente extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, es autor de varios libros, estudios y artículos en materia de derecho público, y socio fundador del despacho de abogados Badell & Grau. Su ponencia, como he dicho, será sobre las sanciones administrativas en la legislación venezolana. Bienvenido nuevamente, profesor Rafael Badell Madrid. Le cedo el uso de la palabra y los micrófonos.

Rafael Badell Madrid: Sanciones administrativas en la legislación venezolana

Muchísimas gracias. Buenos días a todos. Me da mucho gusto participar en este coloquio venezolano-mexicano sobre derecho administrativo sancionador, organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Me complace estar hoy junto con los profesores Alina Nattel Barrera, Luis Rodríguez Lozano y la profesora Flavia Pesci Feltri; agradezco mucho la generosidad de nuestro presidente, doctor Juan Domingo Alfonzo Paradisi, moderador del día de hoy. Siempre lo digo y lo voy a

repetir hoy, me siento muy cómodo, muy a gusto y muy satisfecho y muy bien representado por nuestro presidente y por el resto de los miembros de la junta directiva y lo que han hecho en su gestión los últimos años con nuestra Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

Me han pedido que formule hoy algunas consideraciones sobre la potestad sancionatoria en el ordenamiento jurídico venezolano; me han precedido excelentes exposiciones; en particular la de la doctora Flavia Pesci Feltri, por referirse al ordenamiento jurídico venezolano, me va a permitir enfatizar en algunos aspectos, y desde el inicio digo que comparto todo lo que ella hace.

Voy a procurar, en honor a nuestra doctrina valiosa, en primer lugar, disponer algunos minutos de mi tiempo para decir que en Venezuela hay una valiosísima doctrina sobre el tema de la potestad sancionatoria. Obviamente, el profesor Brewer-Carías, uno de los catedráticos de derecho público más importantes en Iberoamérica, se refiere con sabiduría al tema en varios textos; Tulio Chiossone tiene una obra especial sobre las sanciones en el derecho administrativo; Hildegard Rondón de Sansó y Cecilia Sosa Gómez formularon consideraciones al respecto aún antes de la Constitución de 1999; José Araujo Juárez, Jesús Rojas, Peña Solís, Daniela Urosa Maggi, Luis Martínez, Víctor Hernández-Mendible, Carlos Reverón Boulton, José Gregorio Silva, nuestro presidente Juan Domingo Alfonzo Paradisi y Carlos Weffe, son apenas un grupo de la valiosísima doctrina que tenemos sobre la materia.

Algunas de esas contribuciones doctrinales, ya lo dije, son previas a la Constitución de 1999, y venían abriendo camino a lo que después hizo el artículo 49 constitucional. Recordemos que el criterio que comienza a introducirse desde la Carta Magna de 1.215, es que se reconocía un monopolio judicial penal respecto de la imposición de sanciones frente a las conductas típicas como infractor; el desprestigio ideológico de la policía administrativa arrastró consigo, inevitablemente, la potestad sancionatoria de la Administración cuya existencia terminó siendo negada en beneficio de los jueces y tribunales, a los que se reconocía el monopolio estatal de la represión. Eso, con claridad, lo deja asentado Alejandro Nieto, quien ha sido citado en varias ocasiones en la mañana de hoy.

Pero la Revolución Francesa, el constitucionalismo moderno y las consideraciones originariamente formuladas por Colmeiro en relación a que la independencia y efectividad de la Administración Pública estarían comprometidas si no tuviera esta potestad inherente; esto trajo como consecuencia el reconocimiento a veces empírico de la doctrina, luego de la jurisprudencia, y después el constitucional, sobre la existencia de un único poder represivo del Estado dividido en dos ramas: la penal y la administrativa; eso ocurrió así en el derecho comparado, y en Venezuela se fue decantando de la misma manera de forma que la doctrina primero, la

jurisprudencia después y la Constitución finalmente establecieron los principios que hoy son vigentes.

Hay una valiosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia antes del Tribunal Supremo de Justicia que venía estableciendo que, aun cuando la Constitución de 1961 no lo preveía con claridad, los principios de legalidad penal establecidos en los artículos 60 y 69 de ese texto fundamental, se aplicaban a la actuación sancionatoria de la Administración, y así se decidió con claridad en varios casos; luego la Constitución de 1999 reconoce que la potestad sancionatoria de la Administración, al igual que la actividad jurisdiccional de los tribunales, es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, y como tal, está sometida a los principios que rigen el debido proceso, y ese es el asunto que habría que enfatizar ya en esta conferencia final de la mañana de hoy.

Esos principios que quedaron recogidos en la Constitución no han sido luego llevados a la ley y, más delicado aún, no son interpretados adecuadamente por los funcionarios de la Administración; y, más delicado aún también, luego muchos de esos principios, tergiversados por las leyes y por los funcionarios de la Administración, son de nuevo mal aplicados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la que ha hecho referencia con claridad la doctora Pesci Feltri.

Sabemos que, dentro de esos principios, el de la legalidad es fundamental: *nulla poena nullum crimen sine lege*; ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueran previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. Esta fue la primera mutación que, por vía intuitiva, comenzó a tener el ordenamiento jurídico en derecho comparado. De eso dejan cuenta Eduardo García de Enterría, Garrido Falla y Frank Moderne, que ha sido citados en la mañana de hoy, y otros autores en Italia también; de cómo, por intuición, fue negándose la tesis que antes existía de que esa potestad sancionatoria de la Administración, primero no estaba sujeta al control del juez y, después, tampoco debía ser expresada por la ley; ese principio que es hoy orientador del derecho, ese principio que recogen incluso las normas comunitarias y lo elevan a rango convencional, no está siendo aplicado bien en Venezuela de la manera como tendría que haber sido. Hoy es normal que las leyes repitan la posibilidad de que cualquier otro acto, hecho u omisión contrario a las normas previstas por esta ley podrán ser sancionadas; así lo dice la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y así lo dicen incluso otras disposiciones de rango sublegal.

Recientemente se dictó el Decreto de Reconversión Monetaria, que tiene por objeto establecer una nueva expresión monetaria en el país a partir del próximo primero de octubre de este año 2021; este decreto de reconversión monetaria es inconstitucional por variadas razones:

En primer lugar, es un decreto de rango sub legal, cuando todos sabemos que el sistema monetario, de conformidad con la Constitución, forma parte de la reserva legal. Pero además, esta deslegalización en la regulación del sistema monetario trae como consecuencia también la imposición de sanciones de forma inconstitucional: ese decreto de reconversión establece que quienes se nieguen a realizar la nueva expresión monetaria o incumplan cualquiera de las obligaciones establecidas por él, serán sancionados administrativamente por el Banco Central de Venezuela de conformidad con el artículo 135 de la Ley del Banco Central. Ese artículo 135 es una norma sancionatoria para otras conductas totalmente distintas; de manera que se echa mano a esta disposición para aplicarla a un supuesto totalmente distinto.

También hay acciones a través de vías de hecho normativas. Nosotros estamos hablando de las vías de hecho normativas al referirnos a todo el conjunto de normas que dictó la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente. Es inconstitucional, por la forma como fue convocada, electa y por su desempeño; y, dentro de las muchas inconstitucionalidades que allí se encuentran, están las leyes pretendidas constitucionales que ella dictó; una de esas es la ley contra el odio, para la convivencia pacífica y la tolerancia, que además de ser inconstitucional porque emanó de ese cuerpo, es inconstitucional porque dispone, dentro de su articulado, una serie de penas y sanciones que violan estos principios a los que estamos haciendo referencia. Uno de esos principios que viola esta ley es el principio de la tipicidad; sabemos que la tipicidad consiste en la exigencia de descripción específica, precisa y detallada de la norma creadora de la infracción, y las sanciones de las conductas concretas que puedan ser sancionadas, y del contenido material de las sanciones que puedan imponerse por la comisión de cada conducta, y de la correlación entre unas y otras; estas exigencias, explica Santamaría Pastor, son parte del principio de libertad y también del principio de seguridad jurídica, de manera que la rigurosidad debe ser total o máxima en este sentido.

Bueno, este principio de tipicidad que exige la predeterminación normativa, ha sido violada por esta Ley contra el odio, también por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que dice: serán sancionados con multas hasta de 30 mil unidades tributarias, de conformidad con lo que prevea el reglamento de esta ley, por incumplir las condiciones y obligaciones generales establecidas en la ley, que no estén sancionadas por otras disposiciones establecidas. La Ley Antimonopolio también viola, de manera flagrante, este principio, cuando establece que toda infracción de esta ley y su reglamento no castigada expresamente, será sancionada con multa entre el 1 y el 20% del patrimonio del infractor. De manera que son muchísimos los ejemplos de este tipo de violación.

El debido proceso, que es una expresión aún más importante y que según Brewer-Carías es la más importante de las garantías constitucionales que tienen las personas frente al Estado, luego del derecho de acceso a la justicia y el de la tutela judicial efectiva, este debido proceso también ha sido violado por muchas de las leyes administrativas. Yo tenía un comentario similar que no voy a repetir, que es precisamente que todas las leyes administrativas venezolanas se han relajado, porque muchas de ellas han sido producto de una legislación realizada por el presidente de la República vía delegación legislativa; no solamente es como se han establecido ahora las normas que relajan estos principios, sino es también cómo se aplican éstas por la Administración Pública, que no está siendo llevada por funcionarios de carrera y profesionalizados. Un ejemplo de esto del debido proceso es que la carga de demostrar la responsabilidad del investigado en sede administrativa en los procedimientos iniciados en virtud de la potestad sancionatoria, recae en la propia Administración; de manera que, independientemente de lo que diga la ley, es la Administración la que tiene que comprobar esa culpa.

En muchos actos administrativos que están yendo a nuestra jurisdicción contencioso administrativa, una vez que se imponen los cargos y se sustancia el procedimiento, se decide imponer la sanción bajo la premisa de que el investigado no probó su inocencia; yo como abogado en ejercicio he sido testigo de esa situación; en aquellos casos en que la Administración no puede probar fehacientemente la responsabilidad, voltea la carga de la prueba.

Voy a dejar de hacer referencia a la Ley Orgánica de Precios Justos, que establece la imposición de infracciones y procedimientos que comentó muy bien la doctora Flavia Pesci Feltri y también el doctor Juan Domingo Alfonzo Paradisi, en la Revista de Derecho Público del año 2015, en un valioso estudio sobre el tema.

En la Ley de Instituciones del Sector Bancario se viola también estos principios cuando establece, en el artículo 202, que se aplican las disposiciones establecidas en la ley, en las normativas prudenciales que dicte la Superintendencia de Bancos en el futuro, en las regulaciones dictadas por el Banco Central de Venezuela, de forma que remite sin límites a disposiciones de carácter sub legal.

El principio de presunción de inocencia es de una delicada consideración. Es fundamental el correcto examen del principio de presunción de inocencia. Yo aquí me voy a referir al interesante debate que abre Eduardo García de Enterría cuando señala que, en el caso de la potestad sancionatoria de la Administración, los actos administrativos no deben tener ejecutoriedad hasta que sean revisados por el juez, de manera que de esa forma no se aplique la sanción hasta que termine el procedimiento administrativo y luego el proceso judicial.

En ese sentido, vemos también el retroceso. Tengamos en cuenta el artículo 290 del Código Orgánico Tributario, que establece que, respecto de la interposición del recurso contencioso tributario, no se suspende los efectos del acto impugnado. Tengamos en cuenta que en Venezuela ya habíamos superado esa instancia, y tengamos en cuenta que nuestro Código Orgánico Tributario, previo a este, establecía ese principio de suspensión automática de la sanción.

Tenía algunos comentarios en relación al principio *non bis in ídem*, pero ya han sido formulados de manera extraordinaria. Solamente decir que, en Venezuela, la Ley del Estatuto de la Función Pública dispone que, independientemente de las acciones previstas en otras leyes aplicables a los funcionarios en el desempeño de sus cargos, estos quedarán sujetos a sanciones disciplinarias, amonestación escrita y destitución. Aquí solamente remitirme a un estudio extraordinario de la doctora Daniela Urosa Maggi, que trata de distinguir entre la potestad sancionatoria y la potestad disciplinaria; y que, negando que la potestad disciplinaria forme parte de la potestad sancionatoria, hace un extraordinario aporte a la teoría de la potestad sancionatoria. Referir, sin embargo, que García de Enterría y algunos otros autores consideran lo contrario, que la potestad sancionatoria se expresa a través de la potestad disciplinaria.

El principio de la prescripción, en materia sancionatoria, exige que estén previstos en la ley, de forma clara y precisa, los plazos perentorios para el caso de las infracciones con sanciones, de modo que se impida que se mantengan indefinidamente en el tiempo. Bueno ese principio también está siendo violado en la ley contra el odio, que establece en el artículo 25 la imprescriptibilidad de las violaciones de la ley.

El principio de proporcionalidad implica que la pena o castigo impuesto deben ser adecuados e idóneos, necesarios, razonables; este principio es violado por la Ley Orgánica de Trabajadores y Trabajadoras en el artículo 546 y 547, que permiten, desproporcionalmente, convertir en arresto contra el patrono cuando se incumplan las sanciones pecuniarias.

En Venezuela también ha ocurrido, y este evento venezolano-mexicano es un correcto escenario para denunciarlo, la mutación de la potestad sancionatoria a la potestad expropiatoria; se ha desvirtuado la potestad sancionatoria en Venezuela. Sabemos que en un tiempo fue muy utilizada la política de dictar normas administrativas, enderezadas a establecer la expropiación como sanción. El procedimiento legalmente establecido, que tiene rango constitucional en Venezuela, artículo 115. Eso lo hizo la Ley de Tierras y de Desarrollo Agrario, lo hizo el proyecto de Ley Orgánica de Precios Justos del año 2014, que establecía expresamente la expropiación como consecuencia inmediata de la comisión de ilícitos económicos y administrativos y lo establece también la Ley para la Regularización y Control del Arrendamiento de Viviendas en el artículo 145, en

donde establece que cuando haya reincidencia, el infractor fuere dueño de más de cinco inmuebles, la Superintendencia dará inicio a los procedimientos de expropiación pertinentes.

De manera que existe dentro de ese cúmulo de actuaciones lo que yo he denominado —en parte la doctrina, Carlos Weffe también, cuando se refiere al Código Orgánico Tributario— un derecho sancionatorio del enemigo en Venezuela, y esto puede ser una correcta conclusión a este evento. Existe, si bien es cierto, una disposición constitucional que permite garantizar una potestad sancionatoria razonablemente con un estándar razonable dentro de los índices de derecho comparado, sin embargo, tanto en las leyes administrativas que fácilmente han sido dictadas vía delegación legislativa, que fácilmente han sido escindidas del control del juez constitucional por la complacencia del Tribunal Constitucional, aún se ve el asunto agravado por la conducta de los funcionarios de la Administración en el momento de la imposición de la sanción. Todo eso es lo que la doctrina ha denominado «el derecho penal del enemigo, la potestad sancionatoria del enemigo». Ha habido entonces una mutación de potestad sancionatoria que de manera intuitiva la doctrina de los años 70 y 80 fue incorporando a lo que es la doctrina en el exterior. Señalaba, de manera intuitiva, la jurisprudencia, aceptándola. Ha habido una involución del asunto justo en el momento en el que la Constitución de 1999 establecía en el artículo 49 la norma esclarecedora sobre la materia.

Muchísimas gracias de nuevo, presidente, por haberme invitado a participar en este evento y voy a estar muy gustoso de responder alguna pregunta, si la hubiera.

Moderador. Muchísimas gracias al profesor Rafael Badell por su excelente intervención. Haciéndonos aprender, no solamente los inicios de la potestad sancionatoria preconstitucional, la distinta doctrina de la Constitución del 61 y las previsiones de la Constitución del 61, y luego analizar la Constitución de 1999, sus previsiones y la manifestación del *ius puniendi* por parte del Estado recogido por la Constitución del 99, así como también las normas penales aplicables al derecho administrativo, artículo 49 de la Constitución vigente. Pero luego haciéndonos ver claramente que esos principios y esas manifestaciones son recogidas por la ley, ¿cómo son aplicadas por los funcionarios?, ¿cómo es interpretado por el Tribunal Supremo de Justicia? En definitiva, esas preguntas que nos pone para la reflexión el profesor Rafael Badell, y luego haciendo una síntesis de las distintas normativas y leyes que han violado distintos principios en materia penal, principios constitucionalizados de: presunción de inocencia, al debido proceso, el derecho a la defensa, el principio de proporcionalidad, etcétera; para también, junto con el profesor Carlos Weffe y el profesor Fernando Fernández, señalar en definitiva que ha habido un

derecho penal del enemigo y una potestad sancionatoria del enemigo consagrados y aplicados muchas veces en nuestro país.

Hay un comentario del profesor Carlos Weffe a quien saludo; que las sanciones derivadas de la aplicación de los procedimientos tributarios son también impuestas, de plano, en términos similares, a la Ley de Aeronáutica Civil, y destaca pues esa infeliz práctica condenada por la doctrina de derecho tributario.

La profesora María Amparo Grau le pregunta a la profesora Flavia Pesci Feltri sobre el tema de la doble instancia que se mencionó como parte del procedimiento: ¿cree que se aplicaría en materia administrativa o sólo en materia judicial? Profesora Flavia, tiene la palabra.

Flavia Pesci Feltri. Efectivamente, sí creo que debería establecerse la doble instancia en sede administrativa para revisar las sanciones que se apliquen. Habría que, dentro del procedimiento sancionatorio, establecer el órgano correspondiente que tendría que tener la competencia para revisar esas sanciones y, en todo caso, habría que buscar esa manera de materializar uno de los principios fundamentales del debido proceso, como es la doble instancia, que, como ya se ha reiterado a lo largo esta mañana, es también un principio que rige la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Moderador. Yo tengo una pregunta para cada uno de los ponentes. Para la profesora Alina Nattel, yo tenía una duda sobre el artículo 21 que mencionó de la Constitución mexicana; mencionó que las sanciones son competencia de autoridades administrativas en cuanto a la imposición de la sanción administrativa, pero que la jurisdicción corresponde a los jueces penales. Como extranjeros y venezolanos, si nos pudiese explicitar o explicar brevemente el alcance del artículo 21 de la Constitución de México, y dada su interesante ponencia, y sé que es un tema controvertido en derecho administrativo, usted aludió a la autonomía universitaria y la potestad normativa de los consejos universitarios que están facultados para actualizar las infracciones, ¿cómo es su respuesta en relación al principio de legalidad?

Alina Natell. Bueno, primero, la Constitución, el artículo 21 constitucional lo que hace es delimitar algo que, por cierto, estoy observando, no es un estadio aceptable en el sentido de que no siempre está presente una adecuada delimitación en el ejercicio de las facultades punitivas del Estado respecto del ámbito jurídico administrativo y respecto al ámbito jurídico penal. Lo que hace la Constitución es otorgar, como una tutela al particular; la clara distinción entre las actividades que puede llevar a cabo para imponer sanciones ante infracciones administrativas a las autoridades administrativas; y luego dice y se da competencia, a las autoridades de las jurisdicciones penales, la imposición de penas por la comisión de

delitos. Evidentemente porque en un estadio no muy lejano, todavía hacia finales del siglo 20, era muy habitual que, de manera arbitraria una autoridad administrativa se entrometiera en el ejercicio de una competencia de los jueces penales para imputar un delito, perseguirlo y pagarlo, y por supuesto, condenarlo.

Por otra parte, tenemos que una autoridad penal, de manera arbitraria, perseguir la comisión de una infracción administrativa que está regulada en el ordenamiento jurídico administrativo, pues no le corresponde, le corresponde a la autoridad administrativa.

En otro momento hice un breve comentario, bueno somos una federación, una República, y tenemos distintos ordenamientos en las entidades federativas conviviendo; hay diferencias, por supuesto, pero que no es raro encontrar en los ordenamientos de los estados de la República, y sobre todo en los municipios, que tienen también la posibilidad de emitir sus reglamentos de policía y buen gobierno (como se llamaban antes), son reglamentos de convivencia, ahí encontramos un ámbito amplísimo de infracciones administrativas porque los municipios, con esta potestad reglamentaria, regulan el primer punto de encuentro de la ciudadanía, y aquí hay un catálogo de infracciones administrativas importantes.

A los servidores públicos que imponen estas sanciones ante la comisión de la infracción les llamamos «jueces de lo administrativo», pero en realidad no tienen una función jurisdiccional, son servidores públicos al servicio del municipio que se dedican a la imputación y a la sanción de carácter jurídico administrativo, es decir, que están en leyes administrativas. Aunque les llamemos jueces, esto da lugar a confusión con este asunto del artículo 21 porque, adecuadamente, la Constitución distingue entre servidores públicos al servicio a la Administración Pública que ponen sanciones y jueces de lo penal que imponen penas, pero luego le llamamos juez al servidor público administrativo. Bueno, esto es un detalle, pero claro que se encuentra en el territorio de las garantías, porque permite que el particular pueda saber qué es lo que comete.

Luego tenemos los delitos especiales en leyes administrativas, en donde las autoridades tienen cierta capacidad de percepción y poner en conocimiento de las autoridades judiciales, porque resulta que hay muchos delitos del ámbito penal que están en leyes administrativas, pero son distinguidas, a veces no adecuadamente. Por cierto, dentro del texto de las leyes de materia administrativa está el capítulo de infracciones y el capítulo de delitos especiales; por ejemplo, los delitos ambientales que están en la ley general de equilibrio ecológico y protección al medio ambiente, pero esa ley tiene su capítulo de delitos en donde la Procuraduría Federal de protección del medio ambiente, que es autoridad administrativa, tiene que poner en alerta, para el seguimiento de la comisión de este delito, a la autoridad jurisdiccional penal (particularmente, por supuesto,

primero la fiscalía, que luego ya pondrá en conocimiento a la jurisdicción penal en su momento). Aparte, tiene esta ley un capítulo de infracciones administrativas; y entonces aquí hay una delimitación muy puntual de la persecución para evitar la arbitrariedad de las autoridades.

Por cierto, también quería decir esto, como el derecho administrativo sancionador es un baluarte del autoritarismo y del exceso de facultades, una cosa es que sean funcionales del derecho administrativo sancionador para la construcción de la convivencia armónica y la prevención de comisiones de actividades que dañan a la convivencia o a la organización de la Administración, y otra cosa es que esto se utilice para pervertir el ejercicio del poder público en favor de intereses espurios. Son dos caras de una misma moneda que de lo funcional puede pasar a lo arbitrario, y que evidentemente no nos debe de suceder.

Con respecto a la segunda pregunta: la Constitución del Estado de Querétaro, por ejemplo, habilita al consejo universitario a emitir las normas que regulen la actividad de las instituciones universitarias dotadas de autonomía constitucional, y por tanto tenemos facultades reglamentarias (utilizo el término «reglamentario» por la naturaleza del órgano, pero la estructura legislativa es la Constitución del Estado, la Constitución que regula cada una de las entidades federativas). Emite, la legislatura del Estado, la Ley Orgánica de la Universidad. Habitualmente, este es el primer paso, justo por el reconocimiento constitucional, aparte de que, digamos, entra en el ámbito normativo por la Ley Orgánica que da bases generales, para que luego, en base a esta que es la única normativa que da la legislatura, el consejo universitario quede habilitado para emitir la norma que regule la vida universitaria en los aspectos administrativos académicos y los aspectos jurídicos administrativos sancionadores.

El Estatuto Orgánico en la Universidad Autónoma de Querétaro, emitido por el Consejo Universitario, regula, en el artículo 280, el procedimiento del que hablaba antes, y que se inicia por la comisión instructora, y luego termina con la comisión de honor y justicia del Consejo Universitario. Esto está regulado por las facultades reglamentarias del Consejo Universitario.

La universidad está bastante reacia a modificar el estatuto y otros reglamentos que se desprenden de él. Con dos o tres reglamentos de hace 20 o 30 años tenemos suficiente, hay cierta resistencia a modificar las normas. Pero claro, en las últimas décadas han cambiado mucho las condiciones del desenvolvimiento de la vida universitaria; tan sólo pensemos, por ejemplo, en materia de violencia de género con las redes sociales y la violencia que se puede percibir en las redes sociales a través de las acciones de universitarios, temas que necesitan una reglamentación ágil y contemporánea que se adecúe a estos ilícitos.

Respecto del principio de legalidad, por una parte, está que, en efecto, el marco normativo del cual sujeta la actuación del colectivo universitario (entiéndase: profesores, administrativos y estudiantes) es este el que da el consejo universitario, el marco normativo de actuación que le habilita y también el que establece los límites a esa actuación.

El principio de tipicidad, que también es trasladable y reconocido por la jurisprudencia mexicana, aplicable a las infracciones administrativas, a las actuaciones de las autoridades, tiene que ser específico, tiene que describir la conducta que vamos a sancionar, no pueden ser marcos generales de actuación sólo porque no nos hemos actualizado. Esto deja un ámbito de discrecionalidad y de interpretación no admisible (hay un ámbito admisible pero este no es admisible) porque el principio de tipicidad no se está cumpliendo; y este, de hecho, es uno de los principales mecanismos por los cuales, por vía de amparo, se anulan, por parte de los tribunales federales, las sanciones impuestas por el consejo universitario, porque sólo hay una infracción que dice «buenas costumbres de universitarios» que es demasiado amplio y no cumple con el principio de tipicidad para determinadas actuaciones que deben sancionarse.

Moderador. Muchísimas gracias, profesora Alina Natell. Tengo una pregunta para el profesor Luis Gerardo Rodríguez. Él se refirió a que un mismo ilícito podía tener varias sanciones (lo refirió abstractamente en cuanto a diversas materias); yo me imagino que será lo mismo que un mismo hecho puede ser sancionado desde el punto de vista penal, como desde el punto de vista administrativo y así tipificado, como acaba de referir la profesora Alina. Pero quería ver su perspectiva. Usted se refirió mucho al libro de Alejandro Nieto García sobre el derecho administrativo sancionador, donde el tema que se discute, abordado por usted, sobre la parte material de los principios, que son aquellos, desde el punto de vista material, legalidad, proporcionalidad, *non bis in ídem*; pero ¿qué pasaría con aquellos principios no establecidos en la Constitución? ¿son aplicables, desde la perspectiva del derecho penal, en un procedimiento administrativo?

Mi pregunta va por la dificultad -como acaba de decir la profesora Alina y pasa en España, así como aquí en Venezuela- que hay una proliferación de normas nacionales, estatales o provinciales, y municipales; y entonces, cuando uno está en presencia de un procedimiento administrativo sancionador, lo que uno trataría es de buscar los principios fundamentales que nutran el derecho, o aquellos principios que hayan sido establecidos en la Constitución; ¿pero qué pasa si hay alguno de esos principios que no está establecido constitucionalmente?, ¿es aplicable a ese procedimiento administrativo sancionador o no? Le cedo la palabra entonces al profesor Luis Gerardo Rodríguez.

Luis Gerardo Rodríguez. Muchas gracias por su pregunta, profesor. Voy a empezar contestando de atrás para adelante sobre los principios que señaló usted.

Sí, efectivamente, en la Constitución hay regulados algunos principios. Esos principios son materiales, y estos principios se van a aplicar con matices en los procedimientos sancionatorios. Ahí mencioné el de legalidad, *non bis in ídem*, el de proporcionalidad; pero usted me pregunta: ¿qué pasaría con otros principios? ¿pudieran ser aplicados en un proceso sancionatorio? Y mi opinión es que sí, el artículo 1 constitucional de México, establece el principio *pro homine o pro persona*, que se le tiene que aplicar siempre a alguien la norma más favorable; y también aquí recordar este librito que ha influido tanto hoy en día, que es el librito de Louis Favoreu que está publicado en la Revista de Estudios Constitucionales de Madrid; el artículo se llama «El bloque de constitucionalidad», y ese artículo se publicó en un librito en Civitas; y ahí hay que ver que, en México, este bloque de constitucionalidad se integra por los reglamentos, normas, principios de los derechos humanos, y aquí la cuestión es que todo esto está en el bloque de constitucionalidad y va a poder aplicar el principio que te resulte más favorable.

La cuestión es que hay muchos principios, y obviamente, todos los que tengan que ver con el procedimiento sancionatorio, pueden aplicarse, pero también se nutren con los principios que están establecidos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los Tratados Internacionales de tipo sancionatorio de los que México forma parte, para nutrir la resolución y poder salvaguardar los derechos humanos y la dignidad del ser humano. Esa sería mi respuesta para la segunda pregunta.

Mi respuesta para la primera pregunta: Sí, el *non bis in ídem* hay que señalar que es un principio que establece que no se puede imponer una doble sanción al mismo ilícito; pero hay situaciones donde sí se puede imponer una doble sanción, pero por diferentes materias; por ejemplo, de la clausura, ahí se pueden imponer sanciones municipales pero también se pueden imponer sanciones de comercio, sanciones medioambientales si la clausura tuvo que ver con el medio ambiente, y ahí hay toda una comunión de sanciones pero no son de la misma norma, son sanciones diferentes aplicadas a una misma causa que así lo amerita.

Moderador. Muchas gracias. Muy amable, profesor. Por último, quería preguntarle al profesor Rafael Badell Madrid, dada la exposición que hizo sobre el sistema venezolano, en cuanto al derecho administrativo sancionador: ¿qué vería usted como posibles soluciones a la «deformación» desde el punto de vista general? Una especie de propuesta en cuanto a este tema del derecho administrativo sancionador.

Rafael Badell Madrid. Gracias Juan Alfonzo. Yo creo que la respuesta aquí no es el derecho administrativo sancionador, sino que tenemos la gran batalla que llevar adelante, que es reconstruir nuestro sistema constitucional y legal.

Tú que eres un prestigioso y brillante abogado, profesor y doctrinario relevante en nuestro país, sabes bien que desde el año 1999 se produjo la tesitura de dictar una nueva Constitución, que fue solamente una fachada para permitir el acceso al poder de la revolución; y cómo todo un proceso de desconstitucionalización, deslegalización, desfederalización, se ha llevado adelante en estos veinte años.

Nosotros los abogados, la doctrina, las universidades, las academias en Venezuela, tenemos que llevar la batalla que nos corresponde. Este evento es una manifestación de eso; la exposición de la doctora Pesci Feltri es una exposición de esto; haber oído a nuestros colegas mexicanos nos sirve para nutrirnos de muchas cosas que conviene que tengamos presentes.

Tenemos un reto inmenso que es el restablecimiento del Estado de derecho, y dentro de ese Estado de derecho, como lo señala Brewer-Carías, el tema del derecho administrativo sancionador, tiene una especial consideración porque, es a través de ese derecho penal administrativo, de esa potestad sancionatoria de la Administración, de esa legislación contra el enemigo que, repito, permitió dictar una gran cantidad de delegaciones legislativas, que se atemoriza a la sociedad.

Tú lo sabes, Juan Alfonzo, nuestros empresarios han sido objeto de chantaje por una cantidad de leyes que impiden que realicen una actuación más contundente. De manera que nosotros tenemos un derecho que pretende ser inhibitorio de la conducta de los particulares, un derecho que es negativo de los derechos constitucionales, cuando a contraccorriente, en el ordenamiento, en el derecho comparado, las interpretaciones siempre son intensivas, como acaba de señalar nuestro colega mexicano; por ejemplo, en el caso de los principios, una cosa son los principios nominados, y eso lo dice la doctrina, y otros son los principios innominados, que se van sumando al patrimonio de los derechos de los particulares y que van formando parte del derecho, así sea que no esté escrito.

Por ejemplo, el principio de que la sustanciación del expediente sancionatorio debe ser hecha por un funcionario y la decisión debe ser tomada por otro funcionario, en obsequio al principio de imparcialidad, nosotros sabemos que esa legislación tiene que ser reconstruida, y lo que quise decir al principio es que antes teníamos un poco de eso.

Termino mi exposición señalando la gran diferencia que hay entre la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en obsequio de la libertad empresarial, en donde las sanciones estaban

perfectamente configuradas, y en donde había un órgano sustanciador, y en donde había un órgano que dictaba la resolución. Vamos a diferenciarla con la Ley Antimonopolio, que es la que la sustituye, que establece normas penales en blanco y que establece todo un régimen sancionatorio destinado, no a privilegiar la libertad de empresa, sino todo lo contrario, a inhibirla y a negarla.

De manera que el tema de la potestad sancionatoria desnuda el estado de déficit en el que nos encontramos. Muchísimas gracias, presidente.

Moderador. Muchísimas gracias, doctor Badell. De verdad muy interesante y relevante ese reto que tenemos los abogados, profesores y académicos, desde el punto de vista del derecho administrativo, para mejorar nuestro Estado de derecho, para buscar las soluciones que son absolutamente necesarias en nuestro sistema.

Quería agradecer a cada uno de los ponentes. Saludar a nuestro vicepresidente, que siempre está presente, el profesor Antonio Silva, y a los profesores que he mencionado que nos han acompañado en la mañana de hoy. Fundamentalmente agradecer a la profesora Alina Natell Barrera y al profesor Luis Gerardo Rodríguez, que han participado, junto conmigo, en la organización de estos interesantes coloquios entre México y Venezuela; a la doctora Flavia Pesci Feltri y al académico, el profesor Rafael Badell Madrid.

Muchísimas gracias a todos por su interés, por su participación.

ACUERDOS Y REGLAMENTOS AVEDA

ACUERDO POR EL QUE SE CONFIERE EL RECONOCIMIENTO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (EDICIÓN 2021) AL POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Acuerdo N° AV/2021/039

El Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de los Estatutos de la Asociación y sus reglamentos internos, confiere el Reconocimiento de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (edición 2021), cuyo objeto es premiar a aquellas personas, instituciones o proyectos que, a juicio del Consejo Directivo de la Asociación, hayan contribuido de forma relevante al estudio y difusión del Derecho Administrativo en el país, sean trayectorias consolidadas o iniciativas recientes, a la Especialización en Derecho Administrativo del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Esta Especialización, que alcanza ahora cuarenta años de actividades, representa el inicio de los estudios de cuarto nivel en el ámbito del Derecho Administrativo en el país y ha sido referencia para que otras universidades los sumaran a su oferta académica.

Según se desprende de su plan de estudios, esta Especialización tiene como objetivos “ofrecer al cursante la oportunidad de profundizar y actualizar conocimientos para el ejercicio de la profesión en el área de Derecho Administrativo”, “a través del análisis sistemático de sus instituciones fundamentales” y “de la legislación, doctrina y jurisprudencia propias de la materia”. Esa finalidad ha sido cumplida a cabalidad y no creemos exagerar al afirmar que por sus aulas han pasado algunos de los administrativistas más importantes del país; bien sea como alumnos, profesores, o en ambos roles, algunos de ellos además miembros de esta Asociación.

Siendo uno de los objetivos de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo promover el estudio, investigación, actualización y divulgación de los distintos aspectos que comprenden el Derecho Administrativo y las Ciencias de la Administración, este Consejo Directivo considera propicia la ocasión para exaltar el invaluable aporte al Derecho Administrativo en Venezuela que ha significado la especialización mencionada.

Con motivo de lo anterior, esta Asociación otorga el Reconocimiento de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (edición 2021) a la

Especialización en Derecho Administrativo del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Hágase llegar el presente acuerdo al referido Centro de Estudios de Postgrado y publíquese en los medios de comunicación e información de la Asociación.

En la ciudad de Caracas, a los 28 días del mes de octubre de 2021. Conformes suscriben y aprueban el presente instrumento los abajo firmantes y miembros del Consejo Directivo.

JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI

Presidente

ANTONIO SILVA ARANGUREN

Vicepresidente

FLAVIA PESCI FELTRI

Secretaria General

JORGE KIRIAKIDIS

Tesorero

BELÉN RAMÍREZ LANDAETA

CLAUDIA NIKKEN

LUIS ERNESTO ANDUEZA

Vocales

ACUERDO POR EL QUE SE DESIGNA A LOS MIEMBROS DE LOS COMITÉS DE TRABAJO DE AVEDA PARA EL PERÍODO 2021-2023

Acuerdo N° AV/2021/040

El Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), de conformidad con lo previsto en los artículos 25 y 28 de los Estatutos de la Asociación y el artículo 3 del Reglamento N° AV/2019/001, tomando en consideración que los Comités de Trabajo son un mecanismo que permite la participación de los miembros de la Asociación en las distintas actividades de la misma, acuerda la conformación del Comité Operativo, Comité de Eventos, Comité de Publicaciones, Comité de Actualización Jurídica, Comité de Relaciones Institucionales y Comité de Información y Comunicación, con los miembros que a continuación se indican:

Comité operativo	<p>Coordinadora: Belén Ramírez Landaeta</p> <p>Integrantes: Jessica Vivas Roso y Jorge Kiriakidis Longhi</p>
Comité de Eventos	<p>Coordinadora: María Amparo Grau</p> <p>Integrantes: Daniela Urosa Maggi y Diana Trías Bertorelli</p>
Comité de Publicaciones	<p>Coordinador: Antonio Silva Aranguren</p> <p>Integrantes: Gabriel Sira Santana y Carlos García Soto</p>
Comité de Actualización Jurídica	<p>Coordinador: Antonio Silva Aranguren</p> <p>Integrantes: Iván Paredes, Alexander Espinoza y Mauricio Pernía-Reyes</p>

Comité de Relaciones Institucionales	Coordinador: Rafael Badell Madrid Integrantes: Alicia Monagas, Manuel Rojas Pérez y Alejandro Gallotti
Comité de Información y Comunicación	Coordinadora: Jessica Vivas Roso Integrantes: Maibí Rondón y Rosibel Grisanti

De acuerdo con el artículo 5 del Reglamento N° AV/2019/001, los miembros designados en el presente Acuerdo tendrán un período de funciones de dos (2) años contados a partir de su notificación, sin perjuicio de la incorporación de nuevos miembros.

Notifíquese del contenido del presente acuerdo a los miembros de los Comités de Trabajo y publíquese en los medios de comunicación e información de la Asociación.

En la ciudad de Caracas, a los 15 días del mes de diciembre de 2021. Conformes, suscriben y aprueban el presente instrumento los abajo firmantes y miembros del Consejo Directivo.

GUSTAVO URDANETA TROCONIS

Presidente

ANTONIO SILVA ARANGUREN

Vicepresidente

JESSICA VIVAS ROSO

Secretaria General

JORGE KIRIAKIDIS

Tesorero

FLAVIA PESCI-FELTRI

BELÉN RAMÍREZ LANDAETA

CLAUDIA NIKKEN

Vocales

ACUERDO DE APOYO A LA DECISIÓN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2021

Acuerdo N° AV/2021/041

El Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), manifiesta su satisfacción y apoyo a la decisión del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) del 14 de diciembre de 2021, a través de la cual reconoció que el Estado venezolano violó el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente y a la presunción de inocencia del Doctor Allan Brewer Carías, miembro fundador de nuestra Asociación, máximo exponente de nuestra disciplina en el país y uno de más prestigiosos juristas del continente.

Sin lugar a dudas, esta decisión es evidencia de la importancia de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos frente a las arbitrariedades de los Estados.

Notifíquese del contenido del presente Acuerdo al Doctor Allan Brewer Carías y publíquese en los medios de comunicación e información de la Asociación.

En la ciudad de Caracas, a los 15 días del mes de diciembre de 2021. Conformes, suscriben y aprueban el presente instrumento los abajo firmantes y miembros del Consejo Directivo.

GUSTAVO URDANETA TROCONIS

Presidente

ANTONIO SILVA ARANGUREN

Vicepresidente

JESSICA VIVAS ROSO

Secretaria General

JORGE KIRIAKIDIS

Tesorero

FLAVIA PESCI-FELTRI

BELÉN RAMÍREZ LANDAETA

CLAUDIA NIKKEN

Vocales

REGLAMENTO DEL AÑO CONMEMORATIVO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA)

Reglamento N° AV/2021/001

El Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de los Estatutos de la Asociación, aprueba el presente:

REGLAMENTO DEL AÑO CONMEMORATIVO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA)

Artículo 1. El presente Reglamento tiene por objeto regular lo concerniente al Año Conmemorativo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), como mecanismo para honrar la memoria de quienes han realizado un aporte significativo al estudio y difusión del Derecho Administrativo en Venezuela.

Artículo 2. El Consejo Directivo elegirá cada año calendario a una persona que destaque por sus aportes al Derecho Administrativo en Venezuela y cuya memoria considere oportuno conmemorar.

Todos los miembros de la Asociación podrán proponer al Consejo Directivo, de acuerdo con la convocatoria que este realice al final de cada año, individuos que en su criterio merezcan este reconocimiento para el año inmediatamente siguiente. La propuesta deberá ser motivada y contar con el aval de al menos tres miembros de la Asociación.

Artículo 3. La elección del homenajeado se hará pública la primera semana del mes de enero de cada año calendario a través de los canales regulares de comunicación de la Asociación. Adicionalmente, la Asociación organizará un evento en el que se dará a conocer una semblanza del homenajeado y por qué se le consideró merecedor de la distinción, y el Consejo Directivo hará llegar el acuerdo de su decisión a los familiares del homenajeado.

Artículo 4. La Asociación incluirá en todas sus comunicaciones oficiales, junto con la fecha respectiva, una coetilla en la que se haga constar que se trata del año conmemorativo de la persona seleccionada. Asimismo, se hará mención al respecto en el transcurso de los eventos que organice la Asociación.

Artículo 5. La Asociación podrá coordinar y editar obras colectivas, bien sea en formato físico o digital, en memoria del homenajeado, así como

reeditar parte de su fondo bibliográfico. En este último caso, el Consejo Directivo deberá garantizar los derechos de autor de los involucrados.

Artículo 6. Para el año 2022, el Consejo Directivo elige al profesor J.M. Hernández-Ron, autor del primer tratado de Derecho Administrativo en el país.

Artículo 7. Lo no previsto en el presente Reglamento o las dudas que pudieran derivarse de su interpretación serán resueltas por el Consejo Directivo.

Artículo 8. El presente Reglamento entrará en vigencia a la fecha de su publicación en el sitio web de la Asociación y luego de su remisión por correo electrónico a los miembros de la Asociación, de acuerdo con los medios de contacto facilitados por los mismos.

En la ciudad de Caracas, a los 16 días del mes de diciembre de 2021. Conformes, suscriben y aprueban el presente instrumento los abajo firmantes y miembros del Consejo Directivo.

GUSTAVO URDANETA TROCONIS

Presidente

ANTONIO SILVA ARANGUREN

Vicepresidente

JESSICA VIVAS ROSO

Secretaria General

JORGE KIRIAKIDIS LONGHI

Tesorero

FLAVIA PESCI FELTRI

CLAUDIA NIKKEN

BELÉN RAMÍREZ LANDAETA

Vocales