

ANUARIO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Año 2023



ANUARIO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Año 2023

**Coordinación:
Jessica Vivas Roso**

Caracas, 2025

© 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
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

**Consejo Directivo de la
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
2024-2026**

Presidente: Antonio Silva Aranguren

Vicepresidente: María Amparo Grau

Secretaria General: Gabriel Sira Santana

Tesorero: Carlos García Soto

Vocales: Diana Trías Bertorelli, Belén Ramírez Landaeta, Manuel Rojas Pérez

Suplentes: Margarita Escudero, Luis Fraga Pittaluga, Caterina Balasso, Alejandro Canónico Sarabia, María Elena Toro, Nélida Peña Colmenares, Pier Paolo Pasceri

**Comité de Publicaciones de la
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
2024-2026**

Coordinador: Gabriel Sira Santana

Miembros: Jean Rosales, Daniel Rosas

ÍNDICE

EL CUARTO NÚMERO DEL ANUARIO AVEDA.....	9
---	---

ENCUENTROS BIMESTRALES

XX ENCUENTRO AVEDA: EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO REGIONAL. Pier Paolo Pasceri y Rosibel Grisanti	13
--	----

XXI ENCUENTRO AVEDA: URBANISMO, CIUDADES INTELIGENTES Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD. Luis Alfonso Herrera Orellana y Alicia Monagas	35
--	----

XXII ENCUENTRO AVEDA: MEDIDAS PREVENTIVAS Y OTRAS INCONGRUENCIAS DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO. Nélida Peña Colmenares.....	45
---	----

XXIII ENCUENTRO AVEDA: DESCENTRALIZACIÓN CORPORATIVA: CASO DE UNIVERSIDADES Y COLEGIOS DE ABOGADOS. Maibí Rondón Finamore y Ana María Ruggeri.....	61
--	----

XXIV ENCUENTRO AVEDA: RETOS JURÍDICOS EN EL SECTOR DE LOS HIDROCARBUROS LÍQUIDOS EN VENEZUELA. Juan Cristóbal Carmona Borjas	73
--	----

XXV ENCUENTRO AVEDA: CONSTITUCIONES Y LOS PODERES DE LA ADMINISTRACIÓN. Antonio Canova	87
---	----

SEMINARIOS Y CONFERENCIAS

SEMINARIO: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN CONSULAR DE LOS CIUDADANOS QUE RESIDEN EN EL EXTRANJERO. Héctor Faúndez Ledesma, José Valentín González, Claudia Nikken.....	103
--	-----

SEMINARIO: ARBITRAJE Y DERECHO ADMINISTRATIVO. Diana Trías Bertorelli, Rafael Chavero, Rafael Badell.....	127
--	-----

CONVERSATORIO: LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. Allan Brewer-Carías, Emilio Urbina	161
--	-----

SEMINARIO: ACCIÓN DE AMPARO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. José Gregorio Silva Bocaney, María Elena Toro	175
--	-----

SEMINARIO: LA SEGURIDAD CIUDADANA: ÓRGANOS DE POLICÍA, ORDEN PÚBLICO Y DERECHOS HUMANOS. Laura Louza Scognamiglio, Alí Daniels.....189

AÑO CONMEMORATIVO

CELEBRACIÓN DEL AÑO CONMEMORATIVO A FEDERICO URBANO. María Amparo Grau, José Luis Villegas Moreno, Carlos García Soto203

CONCURSO DE ARTÍCULOS JURÍDICOS PARA JÓVENES, PRIMERA EDICIÓN, 2023

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU APLICACIÓN EN LA ACTIVIDAD DE POLICÍA ADMINISTRATIVA. Alejandro Daniel Granadillo Rodríguez, Jesús Augusto Rojas Hernández.....221

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL ¿ES POSIBLE EN VENEZUELA? Daniel Alejandro León245

CONTROL JUDICIAL DE LA PROPORCIONALIDAD EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS MEDIANTE EL USO DE HERRAMIENTAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. Fernando Javier Delgado Rivas285

ACUERDOS Y REGLAMENTOS AVEDA

ACUERDO POR EL QUE SE OTORGA EL RECONOCIMIENTO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (EDICIÓN 2023) A LA REVISTA TACHIRENSE DE DERECHO.....323

REGLAMENTO DE LAS JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO325

REGLAMENTO DEL CONCURSO DE ARTÍCULOS JURÍDICOS PARA JÓVENES...329

REGLAMENTO SOBRE PAGO DE CUOTAS DE LA ASOCIACIÓN333

REGLAMENTO SOBRE PATROCINIO DE EVENTOS DE LA ASOCIACIÓN335

EL CUARTO NÚMERO DEL ANUARIO AVEDA

Durante el año 2023, la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA) reafirmó su compromiso con la promoción, difusión y fortalecimiento del estudio del Derecho Administrativo en Venezuela. Fiel a la misión que asumió desde su fundación, la Asociación continuó desarrollando actividades formativas y de intercambio intelectual que, desde 2020, se han consolidado como espacios de encuentro entre miembros, colaboradores, amigos y allegados. Gracias al uso de las tecnologías de la comunicación y la información, estos esfuerzos han permitido mantener viva una comunidad académica activa, capaz de compartir experiencias, conocimientos y reflexiones en torno a los retos contemporáneos de la disciplina.

En este contexto, nos complace presentar el cuarto número del Anuario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, obra que compila de manera sistemática las conferencias, encuentros y seminarios celebrados por la Asociación durante 2023. Además, esta edición incorpora un hito especial: la publicación de los trabajos ganadores –primer, segundo y tercer lugar– del Concurso de Artículos Jurídicos para Jóvenes, que celebró su primera edición en el año mencionado. Igualmente, se incluyen los acuerdos y reglamentos aprobados por el Consejo Directivo, lo que otorga al Anuario un carácter integral que refleja tanto la dimensión académica como la organizativa de AVEDA.

El Anuario se ha estructurado en cinco bloques: el primero, dedicado a los encuentros bimestrales; el segundo, a los seminarios y conferencias; el tercero, al evento de celebración del año conmemorativo; el cuarto, a los artículos ganadores del Concurso AVEDA; y el quinto, a los Acuerdos y Reglamentos dictados por el Consejo Directivo en 2023.

En el primer bloque, “Encuentros bimestrales”, se recopilan los encuentros XX al XXV, con la valiosa participación de los profesores Pier Paolo Pasceri, Rosibel Grisanti, Luis Alfonso Herrera Orellana, Alicia Monagas, Nélida Peña Colmenares, Maibí Rondón Finamore, Ana María Ruggeri, Juan Cristóbal Carmona Borjas y Antonio Canova.

El segundo bloque, “Seminarios y conferencias”, reúne ponencias de gran relevancia sobre temas diversos como el derecho a la protección consular de los ciudadanos que residen en el extranjero, arbitraje y derecho administrativo, acción de amparo y Administración Pública y la seguridad ciudadana: órganos de policía, orden público y derechos humanos, con la intervención de los profesores Héctor Faúndez Ledesma, José Valentín González, Claudia Nikken, Diana Trías Bertorelli, Rafael Chavero,

Rafael Badell, José Gregorio Silva Bocaney, María Elena Toro, Laura Louza Scognamiglio y Alí Daniels. A ello se suma el conversatorio sobre la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, que contó con la destacada participación de los profesores Allan Brewer-Carías y Emilio Urbina.

En el tercer bloque, “Año conmemorativo”, se incluyen las ponencias de los profesores María Amparo Grau, José Luis Villegas Moreno y Carlos García Soto, quienes intervinieron en el evento destinado a recordar y enaltecer la vida y obra del profesor Federico Urbano.

El cuarto bloque está dedicado al “Concurso de artículos jurídicos para jóvenes, primera edición (2023)”, donde se publican los trabajos galardonados con el primer, segundo y tercer lugar.

Finalmente, el quinto bloque, “Acuerdos y Reglamentos AVEDA”, contiene el acuerdo dictado por el Consejo Directivo que otorgó el reconocimiento de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (edición 2023) a la Revista Tachirense de Derecho, editada por el Decanato de Investigación y Postgrado de la Universidad Católica del Táchira. También incluye los siguientes reglamentos: el Reglamento N° AV/2023/001 de las Jornadas de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo; el Reglamento N° AV/2023/002 del Concurso de artículos jurídicos para jóvenes; el Reglamento N° AV/2023/003 sobre pago de cuotas de la Asociación; y el Reglamento N° AV/2023/004 sobre patrocinio de eventos de la Asociación.

En este cuarto número, resulta imprescindible expresar nuestro agradecimiento a todos los profesores, aliados, colaboradores y miembros de la Asociación por el apoyo y la dedicación brindados en la revisión de los textos aquí incluidos. De igual forma, extendemos un especial reconocimiento al bachiller Daniel Alejandro León, por su valiosa colaboración en la elaboración del presente Anuario.

Confiamos en que esta nueva edición del Anuario AVEDA se convierta en un instrumento útil para el estudio, la reflexión y la discusión en torno al derecho administrativo en Venezuela, contribuyendo a fortalecer el debate académico y profesional en esta área del conocimiento.

Jessica Vivas Roso
Coordinadora del Anuario

ENCUENTROS BIMESTRALES

XX ENCUENTRO AVEDA: EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO REGIONAL

Pier Paolo Pasceri y Rosibel Grisanti

Fecha: 20 de enero de 2023

Pier Paolo Pasceri

I. Preliminar

Me corresponde tratar un tema no fácil de asimilar porque es altamente técnico. Es el tema relativo a la visión orgánica del contencioso administrativo desde una perspectiva regional, y evidentemente, de las acciones que existen en esta área a nivel regional, las cuales representan más o menos el 90% de todo el contencioso administrativo en Venezuela.

¿Qué es lo que queda fuera de la exposición que vamos a realizar? En primer lugar, el conocimiento contencioso administrativo por el Tribunal Supremo de Justicia, en las Salas Político Administrativa como cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa; y los contenciosos especiales, la Sala Electoral y la Sala de Casación Social, esta última en materia agraria y en materia ambiental.

El Tribunal Supremo de Justicia, por lo menos en Venezuela, evidentemente es un tribunal, pero no es supremo por una sencilla razón. Maneja demasiadas causas en primera y única instancia, por lo tanto, no es un tribunal donde lleguen asuntos que hayan sido tratados en primera y en segunda instancia, sino que, evidentemente, analizan muchas causas en primera y única instancia; y esto sucede en no pocos casos. También esto ha llevado a que, recientemente en diciembre del año 2022, se haya creado la sala especial en la Sala Político Administrativa para palear un poco la gran afluencia de acciones que conocen en primera instancia.

También dejo por fuera lo referente a lo contencioso administrativo y su relación con el amparo constitucional, todo lo que tiene que ver con el régimen cautelar, y algunas veces el conocimiento de estos amparos constitucionales como juez natural en materia de derechos neutros que, de manera conexa, conocen los jueces contenciosos administrativos. Me refiero, por ejemplo, al derecho a la defensa, a propósito de un procedimiento administrativo en el que se le ha menoscabado.

Asimismo, dejo por fuera lo referente al avocamiento que conoce la Sala Político Administrativa (artículo 23.16, Ley Orgánica de la

Jurisdicción Contencioso Administrativa, en adelante “LOJCA”), dado que esto altera totalmente al régimen competencial expuesto en la ley, y es por eso que su uso es muy puntual y muy comedido, por lo menos, esa ha sido la tradición en materia contencioso administrativa.

Igualmente, dejo por fuera el desarrollo procesal de cada una de las acciones que se conocerían en cada uno de los tribunales; y no tendría tiempo suficiente en esta intervención para tratar cada una de ellas.

Me abstengo de tocar todo lo que tiene que ver con las demandas de plena jurisdicción, lamentablemente no reguladas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y “mal tratadas” a través de sentencias, vinculantes o no. Y señalo que han sido “mal tratadas” porque evidentemente la sentencia no es un lugar donde deban regularse este tipo de instituciones fundamentalísimas en materia contencioso administrativa.

Por último, dejo al margen lo referente a las “reconducciones de las acciones contenciosas administrativas” (SPA/TSJ EXP. N° 2007-1114 y 2008-0492; Sentencia N° 00904 del 30/07/2015). Esta reconducción se refiere a encauzamientos que el juez de la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional, realizan de las acciones intentadas por los particulares, por los justiciables, y cito a continuación nada más dos ejemplos, pero son muchísimas: en primer lugar, querellas funcionariales donde se han intentado acciones por ante los Juzgados Superiores estadales Contenciosos Administrativos, y respecto de las cuales estima la Sala Político Administrativa que ahí no hay una querella funcional dado que la pretensión patrimonial es tan alta que la Sala estima que debe ser tratada como una demanda de contenido patrimonial y no como querella funcional; y también algunas veces ha sucedido lo propio en recursos Contenciosos Administrativos Tributario, donde la pretensión indemnizatoria (conjunta con la de nulidad) es tan alta que se tramita como una demanda patrimonial por la referida Sala; por lo tanto también dejo estas reconducciones por fuera, que alteran también el régimen competencial del que vamos a exponer el día de hoy.

II. Precisiones iniciales

Quisiera realizar algunas precisiones al inicio de esta exposición. En primer lugar, considero como regla o clave para entender el régimen competencial que voy a exponer, partir de la materia objeto de control. Dependiendo lo que se vaya a controlar, habrá tribunales que conocerán de ese control, y algunas veces ese conocimiento, si la pretensión es dineraria, los tribunales a conocer serán por la cuantía.

Respecto a esto de la cuantía resaltan dos temas, a saber: el primero referido a la reforma que se hizo de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo

de Justicia, la cual cambió los regímenes de cuantía, sustituyéndose la referencia a unidades tributarias por el tipo de cambio de la moneda de mayor valor publicada por el Banco Central de Venezuela (TCMMV). Se ha entendido que ese tipo de cambio de la moneda de mayor denominación es el Euro, pero el Banco Central de Venezuela también publica en su página web la libra esterlina, el dólar australiano, el franco suizo, que tienen mayor valor que el Euro, entonces ¿cuál es el valor que se va a utilizar para calcular esta unidad referencial para la competencia por la cuantía?

Esta cuantía está prevista en (i) superiores a 70.000 veces el tipo de cambio de la moneda de mayor valor, para el conocimiento de causas en la Sala Político Administrativa; (ii) entre 30.000 y hasta 70.000, a los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y (iii) menores a 30.000 en los Juzgados Superiores Estadales Contenciosos Administrativos.

Lo segundo que quiero resaltar es lo referido al régimen de competencia por la cuantía para los Tribunales Superiores Agrarios que conocen de demandas patrimoniales contra los entes agrarios de conformidad con la Ley de Tierra y Desarrollo Agrario. Para estos tribunales contenciosos especiales no le resulta aplicable el régimen de la cuantía establecido en la LOJCA, o por lo menos no ha salido sentencia que así lo establezca; tampoco resulta aplicable a los tribunales superiores contenciosos tributarios cuando conozcan de demandas de plena jurisdicción, es decir, la nulidad de algún acto de naturaleza tributario, conjuntamente con una pretensión patrimonial, cosa que es permisible en materia tributaria, y hay sentencias que lo han establecido.

Por último, quisiera realizar un comentario respecto a lo atinente al significado de descentralizar y desconcentrar, y su vinculación con el contencioso administrativo. Evidentemente, la justicia se desconcentra dado su carácter regional y por ello no puede ser objeto de descentralización. La desconcentración es una forma de organización territorial, y antes de la Constitución del año de 1999, esta delimitación realizada por el Poder Ejecutivo Nacional, no era la misma, o no coincidía siempre con la delimitación que realizaba la judicatura, es decir, la región centro occidental para el Ejecutivo Nacional estaba compuesta por algunas entidades federales, pero desde el punto de vista de la judicatura esos estados no siempre coincidían con las regiones judiciales. Al inicio hubo ocho regiones contenciosas administrativa, pero esto actualmente ha cambiado y se mantienen solo algunas.

Por lo tanto, lo regional el día de hoy hay que verlo desde la perspectiva constitucional, y aquí también hago otra añadidura: el artículo 269 Constitucional hace ver u obliga a que se promueva la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial. Desde mi opinión, pienso que siempre se tuvo que haber referido esta disposición

constitucional a la desconcentración administrativa, partiendo de que para que exista descentralización, la competencia tiene que pasar de una persona a otra. El Poder Judicial es uno en Venezuela y lo administra el Poder Nacional, por lo menos desde 1945, por lo tanto, la distribución competencial debe hacerse desde la desconcentración por tribunales por grado, no existiendo por tanto una descentralización del Poder Judicial, porque la facultad de administrar justicia no se traslada de una persona a otra, sino que permanece dentro de la República, específicamente dentro del Poder Judicial. Esta apreciación es así salvo en dos situaciones: en primer lugar, la justicia de paz, al ser tribunales que dependen de los municipios, y nos acompañan en Venezuela desde 1819; y, en segundo lugar, la justicia comunal prevista en las leyes del Poder Popular, que también es descentralizada dado que estas instancias de participación popular son personas públicas. En consecuencia, en estos dos casos sí habría descentralización, pero para el resto y grueso de los demás casos el fenómeno es el de la desconcentración, como por ejemplo lo que sucedió en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, cuando fue creada para desconcentrar el control que hacía la Sala Político Administrativa sobre la Administración, y es por eso que esas decisiones de la Corte Primera eran inapelables o se conocían en primera y única instancia algunas de ellas.

Valga una aclaratoria, ni en la justicia de paz ni en la justicia comunal se conoce la materia contencioso administrativa, pero lo correcto es hablar de una desconcentración del Poder Judicial y del contencioso administrativo.

III. Estructura del contencioso administrativo regional

¿Cómo está estructurado al día de hoy el contencioso regional? En primer lugar, los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En Venezuela actualmente son cuatro, dos Juzgados Nacionales en la región capital, con sus juzgados de sustanciación cada uno de ellos (tribunales dentro de esos juzgados nacionales); estos vienen a sustituir lo que eran la Corte Primera y segunda de lo Contencioso Administrativo, y ¿por qué son regionales estos juzgados?, porque su jurisdicción comprende algunas entidades federales.

Dentro de ese nivel nacional, y como tercero, tenemos también al Juzgado Nacional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la Región Centro Occidental (que también tiene su juzgado de sustanciación); funciona desde 2016 y tiene su sede en el estado Zulia, específicamente en la ciudad de Maracaibo. Tiene jurisdicción territorial para conocer de asuntos que se generen en las siguientes entidades federales: Barinas (exceptuando el municipio Arismendi), Falcón, Lara, Mérida, Portuguesa, Táchira, Trujillo y Zulia. Más adelante se analizarán sus competencias, pero evidentemente conoce del contencioso regional.

El Juzgado Nacional, y este sería el cuarto de lo Contencioso Administrativo de la Región Nororiental (que también tiene su juzgado de sustanciación), el cual tiene resolución de creación, y sin funcionamiento aparente según la página del Tribunal Supremo de Justicia. Este juzgado conocería de las causas de las siguientes entidades federales: Amazonas, Anzoátegui, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Nueva Esparta y Sucre. Es importante señalar que mientras no entre en funcionamiento este juzgado nororiental, el conocimiento de estas causas será hecho por los Juzgados Nacionales Contencioso Administrativo de la región capital.

En segundo lugar, se mantiene la desconcentración regional en los Juzgados Superiores estatales de la región capital (los Superiores estatales Contencioso Administrativo), dado que ellos tienen competencia en el Distrito Capital, y en los estados Miranda y La Guaira. También se mantiene lo regional en algunos Juzgados Superiores Estadales Contenciosos Administrativos, siendo el único el del estado Carabobo, el cual tiene competencias en ese estado y además en las entidades federales Cojedes y Yaracuy.

También serán regionales los tribunales Superiores Contenciosos Tributarios. Evidentemente puedo citar el de la región central, el de la región centro occidental y el del Área Metropolitana de Caracas. Son tribunales que conocen de varios estados o entidades federales.

Esa misma regla regional se mantiene en los tribunales Superiores Agrarios cuando conocen de la materia contencioso administrativa. Por los momentos, hay ocho, y estos tribunales Superiores Agrarios van cambiando. La última Resolución que ordenó ciertos cambios en materia territorial fue la de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del año 2008 (Resolución N° 2008-0030, Sala Plena), pero los ámbitos territoriales van cambiando en la medida que lo requieran las necesidades de los justiciables.

La tendencia, salvo los juzgados nacionales y los tribunales de la capital, es el establecimiento de circunscripciones estatales suprimiendo lo regional de manera progresiva, pero todo depende evidentemente de la necesidad del servicio de justicia.

Como nota final, de los 23 estados y el Distrito Capital, todos tienen Juzgados Superiores Estadales Contenciosos Administrativos salvo Cojedes, Delta Amacuro y Yaracuy. Otra nota muy importante: todos ellos tienen, además de la competencia en lo Contencioso Administrativo (salvo Anzoátegui, Barinas, Carabobo, Lara y Zulia) la competencia en lo civil, específicamente en materia de bienes, es decir, estos tribunales Superiores estatales Contenciosos Administrativos conocen en estos estados de la materia civil bienes.

Como se observa, coexiste el contencioso regional con lo estatal y municipal (este último se analizará más adelante).

IV. Control que realiza el contencioso administrativo regional

Corresponde entrar al *quid* de la presente exposición, que es el Contencioso Administrativo Regional. Desde mi punto de vista, considero que la mejor manera de abordarlo es a través de las manifestaciones de la Administración que van a ser objeto del Contencioso Administrativo, evidentemente con una visión regional, estatal y municipal.

Existe una pentadivisión, o los cinco tipos de manifestaciones típicas en materia del contencioso administrativo; sobre la base de ella tendremos su control y desde allí habrá tribunales que van a conocer de ese control. Es una guía muy importante a los efectos de seleccionar, no solamente la acción, sino también el procedimiento.

Actos administrativo

Medio de ataque: Demanda de nulidad

Contratos Administrativos

Medio de ataque:

demandas patrimoniales ,
(procedimiento arts. 56 y sgtes.
LOJCA)



Omissiones de Pronunciamiento y carencias (Abstención)

Procedimiento previo

Según fuentes . iniciado a
instancia de parte . Medio
de ataque: Arts 65 y sgtes.
LOJCA

Hechos extracontractuales .

Medio de ataque: demandas

patrimoniales , (procedimiento arts. 56 y
sgtes. LOJCA)

Vías de hecho.

Medio de ataque: Arts 65 y
sgtes. LOJCA

En primer lugar, tenemos la manifestación destacada a ser controlada en materia administrativa, que son los actos administrativos, cuyo método de ataque es la demanda de nulidad otrora llamada “recurso de nulidad contencioso administrativo”.

En segundo lugar, tenemos las omisiones de pronunciamiento, carencias y abstenciones, que requieren que exista una excitación previa por parte del administrado, requiriéndole algo a la Administración pública, y el medio de control o ataque es el “interdicto contencioso

administrativo". Así ha sido denominado por parte de la doctrina venezolana, y está previsto en el artículo 65 y ss. de la LOJCA.

El tercer tipo de manifestación u objeto del control serían las vías de hecho, también atacable a través de ese "interdicto contencioso administrativo". Esta forma de control se fundamenta en un procedimiento breve, regulado en los artículos 65 y ss. citado. Es importante señalar que a través de estas vías de hecho muchas veces la Administración pública trata de enmascarar una manifestación formal representada por un acto administrativo y, siguiendo las sentencias de la extinta Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, el factor determinante para saber si estamos frente a una vía de hecho o realmente un acto administrativo, y entonces saber cuál medio de ataque escoger, es evidenciar si hubo procedimiento administrativo previo o no lo hubo; por lo menos, esa era la tendencia de esa época.

Cuarto tipo de manifestación: hechos extracontractuales o ilícitos, cuyo medio de ataque o de control evidentemente son las demandas de contenido patrimonial.

Y el quinto tipo de manifestación típica en materia contencioso administrativa son los contratos administrativos o contrataciones públicas, cuyo método de control o ataque van a ser también las demandas de contenido patrimoniales, donde se van a conocer validez, continuidad y resolución de esas relaciones convencionales.

Hay un sexto tipo de control (que no es una manifestación administrativa propiamente dicha). Me refiero a las controversias administrativas que puedan existir entre los órganos del Poder Público o entes del Poder Público. Esa controversia puede darse a propósito de alguna de las manifestaciones –éstas cinco manifestaciones que acabo de señalar–, y tienen una acción *sui generis* en la LOJCA, que, dependiendo el conflicto o controversia, también será conocida por el contencioso regional como vamos a ver de seguidas.

V. Clasificación de los tipos de contencioso administrativo regional

Pienso que el Contencioso Administrativo Regional se puede dividir en tres sectores: (i) uno atinente a la estructura de los tribunales integrantes del contencioso administrativo general, conjuntamente con su régimen competencial; (ii) otra referida a la estructura de los tribunales y régimen competencial del contencioso administrativo especial; y, por último, (iii) una estructura de los tribunales y régimen competencial del contencioso administrativo eventual.

Dentro de la estructura del régimen competencial del contencioso administrativo general tenemos a la Sala Política Administrativa que,

como señalé, queda fuera de esta exposición. Por debajo de esa cúspide, tenemos a los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 24, LOJCA). Sobre estos juzgados nacionales opera una residualidad respecto del objeto de control, porque la Sala Político Administrativa se encargaría de conocer los asuntos o manifestaciones provenientes de las altas autoridades del Poder Ejecutivo Nacional, y las autoridades que le siguen en jerarquía serían controladas por estos Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Lo anterior tiene una excepción: en la ley que regula la jurisdicción contencioso administrativa, se le asignó a la Sala Política Administrativa el conocimiento de las manifestaciones aun cuando no provengan de las altas autoridades administrativas, y es lo que tiene que ver con el uso del espectro radioeléctrico.

Dicha ley también hace mención a que le corresponde a la Sala Político Administrativa “...*Las demás demandas derivadas de la actividad administrativa desplegada por las altas autoridades de los órganos que ejercen el Poder Público, no atribuidas a otro tribunal.*” Cabría hacerse la siguiente pregunta: ¿conocería dicha Sala de las demandas contra la Comisión Central de Planificación que está prevista en el Decreto Ley contenitivo de la Ley Orgánica de la Administración Pública (DLOAP)?

Pienso que la Ley que organiza el contencioso administrativo ha debido utilizar vocablos orgánicos ya existentes en Venezuela, como por ejemplo el que prevé el artículo 44 de la DLOAP cuando se refiere a los Órganos Superiores de Dirección del Nivel Central de la Administración Pública. Esa DLOAP era una ley que venía de vieja data, cuya terminología debió ser incluida en la LOJCA, a los fines de homogenizar conceptos.

También hago hincapié en otro punto que considero importante: el control de los actos administrativos ambientales que no emanen del Ministro, y siempre que no estén relacionados con la materia agraria, cuya competencia para controlarlos será de la jurisdicción contenciosa administrativa, y específicamente, de estos juzgados nacionales. ¿Por qué hago esta aclaratoria? porque constitucionalmente se le había dado a la Sala de Casación Social la materia agraria y ambiental. Con la materia agraria no hay problema, pero en la ambiental existen actos netamente administrativos que no tenían nada que ver con lo ambiental, o su conexidad con la materia ambiental era muy poca. Entonces, para aquellos casos en donde si existía esa conexidad con el área agraria sería competencia de la Sala de Casación Social pero donde no existiera esa conexidad, de acuerdo a sentencias que han sido dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, su control se mantiene dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo general.

Volviendo con los Juzgados Nacionales Contenciosos Administrativos, además de las competencias expresas de la LOJCA, ¿cuáles serían

entonces estas residualidades que le otorgan competencia? En primer lugar, el control de las abstenciones y vías de hecho, distintas a las que conoce no solo la Sala Política Administrativa, sino también los Juzgados Superiores Estadales Contenciosos Administrativos. Entonces, todo lo que son controles de abstenciones y vía de hecho serían conocidos por estos juzgados nacionales siempre y cuando su conocimiento no esté atribuido a la Sala Político Administrativa y a los Juzgados Superiores Estadales.

En segundo lugar, el control de las nulidades que no conozca la Sala Político Administrativa y los Juzgados Superiores Estadales.

En tercer lugar, las demandas derivadas de la actividad administrativa contraria al ordenamiento jurídico, distinta a lo que conoce la Sala Político Administrativa y los Juzgados Superiores Estadales Contenciosos.

En una cuarta residualidad, que sucede solamente en los Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo ubicados en la región capital, existe una adicional referida a todo lo que tiene que ver con el control de manifestaciones de autoridades administrativas capitalinas; por lo que la vía de hecho, abstenciones y actos, estaría en manos de solamente de los juzgados nacionales capitalinos.

¿Qué pasó con los autos de autoridad que en algún momento estuvieron previstos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y cuya competencia era atribuida a la extinta Corte Contenciosa? De acuerdo con jurisprudencia emanada de la Sala Política Administrativa, este control es competencia, hoy día, de los Juzgados Superiores Estadales (SPA N° 924 00597 del 5/6/2013).

Muy bien, entonces bajamos un peldaño más adentro de esta pirámide del contencioso administrativo general, y nos conseguimos a los Juzgados Superiores Estadales Contenciosos Administrativos (artículo 25, LOJCA). ¿Qué causas conocen estos juzgados? resalta, además de la señalada en la ley, que conocerán de la apelación de los asuntos que conozcan los tribunales municipales en materia contencioso administrativa, y de las demandas patrimoniales menores (i.e., menos de 30.000 veces el tipo de cambio de mayor valor publicado por el Banco Central de Venezuela), siempre y cuando su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal de la especialidad. Esto último personalmente me ha hecho reflexionar desde hace mucho tiempo y he conseguido solamente tres supuestos: a) las demandas patrimoniales que conocen los Superiores Agrarios (siempre y cuando estas demandas se intenten conjuntamente con la nulidad de actos agrarios); b) las demandas de nulidad cuando se acumula una pretensión patrimonial los Superiores Tributarios; y c) las causas de tránsito donde esté envuelto el estado en las que conocerían los tribunales de tránsito. En estos casos no conocería el Juzgado Superior Estatal

conforme a la cuantía referida sino los tribunales con competencia en materia agraria, tributaria y tránsito.

El origen de todas estas demandas de plena jurisdicción por parte de los tribunales Superiores Contenciosos Administrativos de aquella época y de la Corte Primera, viene del caso “Tropiburguer” retomada en la sentencia TSJ/SC N°1355 del 5/8/2011.

La Sala Política Administrativa ha señalado que, cuando algunas de estas demandas patrimoniales tienen que ver con alguna materia que es de su conocimiento, será a dicha Sala que le corresponde conocer de la demanda de plena jurisdicción por razones de conexidad.

Considero que, en estas demandas patrimoniales, la LOJCA amalgamó ante un solo tribunal las demandas que se ejercen *contra las entidades públicas*, y las que ejercen estos entes (República, estados y municipios) *contra los particulares*. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia había previsto que era el juez natural, el civil, que conocería cuando eran los entes públicos quienes demandaban a los particulares. La LOJCA acumuló todas estas demandas dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo tanto, se desprotegió de este principio del juez natural a los particulares, cuando la demanda es ejercida desde los órganos y entes públicos contra estos últimos.

¿Qué otras materias conocen los Superiores Estadales Contenciosos Administrativos? De las abstenciones y nulidades, siempre y cuando ellas tengan origen estatal o municipal; de las vías de hecho de origen estatal y municipal; y de las querellas funcionariales (*cuya acción comprenden muchas pretensiones, patrimonial nulidad, abstención, etc.*). También conocen los Superiores Estadales Contenciosos Administrativos, de las controversias administrativas entre municipios de un mismo estado. Si la controversia se da entre municipios de distintos estados, o entre estados, o entre municipios y estados, conocería la Sala Político Administrativa.

Por último, también conocerán los Superiores Estadales Contenciosos Administrativos de las demandas derivadas de la actividad administrativa contraria al ordenamiento jurídico del Poder Público estatal o municipal o local, permitiendo esta ley también –según pienso– el control de estas instancias de participación Popular de acuerdo al artículo 7 de la LOJCA.

En el último peldaño del contencioso administrativo general tenemos a los juzgados de municipio de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 26, LOJCA), que no se han creado todavía, y que actualmente esas competencias están siendo asumidas por los tribunales municipales. Tenemos que ellos van a conocer de las demandas que se interpongan por la prestación de servicios públicos, y cualquier otra demanda o recurso que le atribuyan las leyes. Aquí conseguimos tres supuestos específicos:

1. Las nulidades de actos de naturaleza inquilinaria emanados del SUNDDE y del SUNAVI, de muy poca recogida en los tribunales, o por lo menos en la región centro occidental, según mi investigación.
2. Una acción *sui generis* en materia urbanística, que es el procedimiento para la defensa de la zonificación conforme el artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Me surgen dudas acerca del conocimiento de la apelación de las sentencias dictadas en este sentido, ¿serán conocidas por el juez de primera instancia civil o por el Juzgado Superior Estatal Contencioso Administrativo? No solo por la especialidad de la materia, sino por expresa mención del artículo 25 núm. 7 de la LOJCA, debería ser el Juzgado Superior Estatal Contencioso Administrativo.
3. Por último, una cautelar autónoma o anticipada, prevista en el artículo 112 de La Ley sobre Derechos de Autor, no tramitada con frecuencia por los tribunales de municipios. Valga la aclaratoria respecto del conocimiento de la nulidad de los actos del Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual, que corresponderá al Juzgado Nacional de la jurisdicción contencioso administrativa de la Región Capital por ser una instancia administrativa ubicada en la capital.

Así, concluimos con el contencioso general, y vamos a analizar a continuación un contencioso especial, muy prolijo.

En primer lugar, dentro del contencioso administrativo especial tenemos a la Sala Electoral junto a la Sala de Casación Social y la Sala Especial Agraria), representando esta última un contencioso de lo social, que queda fuera de la exposición, salvo las demandas que se ejerzan contra las actuaciones dictadas en materia de seguridad social que son conocidas por los Superiores Laborales y sus apelaciones irán a esa Sala de Casación Social, y también la materia agraria-ambiental, siempre y cuando sean conexas, en cuyo caso también serán conocidas por esta Sala de Casación Social.

En segundo lugar, tenemos a los Superiores Contenciosos Tributarios previstos en el Decreto Constitucional contentivo del Código Orgánico Tributario vigente. El recurso contencioso administrativo está previsto en los artículos 286 y ss., y la previsión de la acción de nulidad con pretensión patrimonial estaría prevista en el artículo 335 de ese mismo Código.

Siguiendo con lo contencioso especial, tenemos a los Superiores Agrarios cuya previsión está en la Ley de Tierra y Desarrollo Agrario (artículos 77, 152, 156, 157, 167), cuya última modificación fue posterior a la entrada en vigencia de la LOJCA. Allí vamos a conseguir las demandas

patrimoniales contra los entes agrarios, ya referidas anteriormente, así como las expropiaciones agrarias. Ambas son conocidas por los jueces superiores agrarios, y hay que recordar que el Instituto Nacional de Tierras (INTI) tiene vocación expropiatoria. También serán conocidos por estos tribunales superiores, los recursos de nulidad y omisión contra actos administrativos agrarios.

Y aquí hay un tema muy importante, el referido al régimen de los “contratos administrativos”, así denominados expresamente en el texto de la Ley de Tierra y Desarrollo Agrario. También van a ser conocidos por estos Superiores Agrarios, y entiendo se trata de las ventas y demás contrataciones que realiza el INTI sobre sus tierras.

También tenemos un contencioso de lo social representado por los tribunales de protección (artículo 177 y ss. de la LOPNNA, parágrafo tercero; 303 y 304 de la ley). Estos tribunales especiales conocen de una acción contenciosa denominada “acción de disconformidad”. Así como tenemos la querella, que es un recurso de plena jurisdicción, pero en materia funcionarial, tenemos aquí esta acción de disconformidad que conoce de nulidades, abstenciones y cualquier otra materia de naturaleza afín con el área de protección.

En relación con el contencioso laboral, existen los juzgados Superiores de Trabajo cuando conocen de materia de la seguridad social de conformidad con la disposición final tercera de la Ley Orgánica del Sistema de la Seguridad Social y de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) en su disposición transitoria séptima, que aun cuando no son actos de inspección, todas las nulidades contra los actos del INPSASEL son conocidos por el Juzgado Superior del Trabajo (Sentencia de la Sala Plena del TSJ del 25/5/2011).

Los juzgados de primera instancia de Juicio del Trabajo conocerán de las nulidades de actos de inspecciones referidos a inamovilidad. Luego, esta competencia fue ampliada jurisprudencialmente a cualquier actuación de la Inspección del Trabajo. (TSJ-SC N° 955 del 23/9/2010; SPA N° 579 del 4/5/2011) más allá de la inamovilidad, aun cuando ha habido cierta resistencia, por estos tribunales, respecto del conocimiento de abstenciones y vías de hecho. Hay que recordar que esto de la instancia del trabajo comenzó en 1992 con la sentencia Corporación Bamundi (CSJ-SPA del 13/2/1992).

Todo esto en materia del trabajo (tanto el Juzgado Superior en el trabajo como el Juzgado de primera instancia de Juicio del Trabajo), deberá seguir el procedimiento de la LOJCA, y no el de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Sentencia SCS N° 55 del 15/02/2012; Sentencia N° 977 del 05/08/2011, SCS-TSJ, caso: Moraima Gutiérrez. Procedimiento a aplicar la LOJCA (ratificado SPA-TSJ, N° 1559, del 23/11/2011, caso Snacks).

Por último, existe también un contencioso administrativo regional eventual, y va a estar representado por los tribunales de primera instancia civil cuando conocen de las expropiaciones, siempre que estas expropiaciones hayan sido dictadas por estados y municipios, dado que, si su origen proviene de la República, el control respecto de ella sería por el Juzgado Nacional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Hay también que recordar, por otra parte, que el control sobre el acto expropiatorio dictado por alcaldes o gobernadores corresponde al Juzgado Superior Estadal de lo Contencioso Administrativo y no a los tribunales de primera instancia.

Le acompaña a este supuesto las causas de tránsito donde esté envuelto el estado, en cuyo caso conocen los tribunales de tránsito (SCC Sentencia N° 179 del 20/6/2022).

VI. Aproximación conclusiva

En el sistema contencioso administrativo hay ausencia de sistematicidad competencial: no hay un sólo cuerpo legal que lo regule, como sería lo ideal. Debería ya haber un cuerpo orgánico que sistematice todo el contencioso administrativo. Lamentablemente la LOJCA no reguló los avances que se venían dando desde la jurisprudencia del contencioso administrativo.

No es en la jurisprudencia donde debería estar regulado el tema adjetivo. La jurisprudencia vinculante o no dictada en este régimen legal/mixto que existe en Venezuela, es una especie de mezcla del sistema romano continental con el sistema sajón o anglosajón, que actualmente genera mucha inseguridad jurídica.

El Contencioso Administrativo Regional representa una gran base dentro de la estructura piramidal del contencioso administrativo, por tanto, salvo las competencias atribuidas a la Sala Política Administrativa, Sala Electoral y Sala de Casación Social, todo el contencioso administrativo venezolano es regional.

Por último, he oído voces de reformas de la LOJCA. Espero que en esta oportunidad se valoren y se incluyan todos los aportes que la doctrina nacional viene realizando desde hace más de medio siglo.

Rosibel Grisanti

Voy a tratar de hacer unos comentarios sobre los aspectos que ya había venido adelantando el profesor Pasceri, y fundamentalmente enmarcados en lo que ha sido mi experiencia profesional como abogada en el estado Carabobo, que es una experiencia del Contencioso Administrativo Regional.

En primer lugar, tenemos el relativo al cambio de la cuantía que realizó la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, el 14 de diciembre del 2022 (Resolución N° 2022-0009) y que estableció la cuantía para las demandas de contenido patrimonial, donde sea parte la República, los estados, los municipios, o algún instituto autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los estados, los municipios u otros de los entes mencionados tengan participación decisiva, con fundamento ya no en la unidad tributaria sino al tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor establecido por el Banco Central de Venezuela. La Sala Plena hizo la distinción: si excede de 70.000 veces este tipo de cambio, la competencia es de la Sala Político Administrativa; si excede de 30.000 veces, pero no supera las 70.000 veces el tipo de cambio oficial, la competencia es de los Juzgados Nacionales, de la jurisdicción contencioso administrativa; y si su cuantía no excede de 30.000 veces el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, según el Banco Central de Venezuela, la competencia es de los Juzgados Superiores Estadales de la jurisdicción contencioso administrativa.

Sí quería hacer un comentario porque esa misma Resolución establece que la vigencia comenzará a partir de su aprobación y se ordena su publicación en el portal *web* del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en la Gaceta Judicial y en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, pero no he conseguido estas publicaciones sino en el portal del TSJ. Yo estuve haciendo la búsqueda en ambas gacetas y no las he conseguido hasta la fecha de este encuentro¹.

Ahora, con respecto al ámbito de la querella funcional, que es donde yo he tenido una experiencia bastante larga, porque comencé en el área municipal desde hace mucho tiempo, desde que comenzó la gestión del alcalde “Paco” Cabrera en Valencia; y en ese ámbito funcional hay dos aspectos que quiero resaltar, que eran puntos que se presentaban mucho en este tipo de procedimientos. Pero antes de eso, les quería comentar que actualmente ha bajado muchísimo el número de juicios funcionariales, quizás por la misma situación que hay en materia de empleo público, muchos son los funcionarios que se van por su cuenta, no son retirados, no son removidos, sino por la situación actual que todos conocemos de las remuneraciones y de los beneficios de este tipo de empleados y de trabajadores en la Administración pública.

Uno de los problemas que quería resaltar era el llamado “desafuero” de los funcionarios públicos cuando iban a ser retirados. Lo primero es hablar de “fuero” en materia funcional. Ciertamente, la Ley del Estatuto de la Función Pública establece la protección tanto en materia de

¹ En efecto, la mencionada Resolución fue publicada posteriormente, el 14 de febrero de 2023, en Gaceta Oficial No. 42.570. Y luego, salió publicada en la Gaceta Judicial No. 135 del 28 de febrero de 2023 (Sumario No. 1199).

maternidad (artículo 29), reconoce esa protección integral en los términos consagrados en la Constitución y en la Ley Orgánica del Trabajo, como la protección a los funcionarios de carrera que participan en los sindicatos (artículo. 32), que también tienen la protección establecida en la Ley Orgánica del Trabajo. ¿Qué pasa?, era la protección en el sentido de que estaban en una situación que debía ser tomada en cuenta, porque constitucionalmente se protegía desde el punto de vista laboral esta situación, en lo que se refiere a su remoción, retiro, pero eso era desde el punto de vista sustantivo; pero desde el punto de vista del procedimiento, obviamente, y lo dice claramente la Ley del Estatuto en el artículo 29, las controversias a las cuales pudiera dar lugar esa disposición serían sustanciadas y decididas por los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo funcional. Y la misma norma aparece en el artículo relativo a los dirigentes sindicales, que los conflictos iban a ser conocidos por estos tribunales.

¿Qué pasó? Que aquí se hizo una mixtura (que comenté en un trabajo que salió publicado en la *Revista Tachirense de Derecho*²): no se puede hablar procedimentalmente de lo que para ese momento había dicho la jurisprudencia del “desafuero” del funcionario público. ¿Qué es lo que decían estas sentencias de la Sala Constitucional? (la N° 787 de 27/4/2007, y la N° 555 de 28/3/2007), bueno, lo que era una mixtura: había que seguir el procedimiento de destitución para aplicarle la sanción al funcionario público, pero también había que seguir el “procedimiento de desafuero” ante la Inspectoría del Trabajo, o sea, el procedimiento para pedir la autorización para “despedir”, cuando un funcionario público no es objeto de despido, porque las formas de retiro están en la Ley del Estatuto de la Función Pública (remoción, renuncia, jubilación, incapacidad, pero en ningún momento habla de despido); pero había que seguir este procedimiento que es el que se llama de “desafuero” o “autorización” para realizar el retiro por destitución³. Lo importante es que aquí no se estableció con carácter vinculante.

Luego la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en sentencia N° 2012-72 del 30/1/2012, siguiendo este mismo criterio de la Sala Constitucional, consideró que para poder retirar a un funcionario público se le habría de seguir su procedimiento de destitución, pero era necesario acudir ante la Inspectoría del Trabajo y seguir el procedimiento para calificar el despido (cuando no había despido, sino destitución), en todo

² Rosibel Grisanti de Montero, “La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos y la figura del ‘desafuero’ ante la Inspectoría del Trabajo”, *Revista Tachirense de Derecho*, núm. 25 (2014): 115-128.

³ Aunque en la citada sentencia N° 555, la Sala sostuvo que, en estos casos, lo previsto en la citada Sección Sexta del Capítulo II del Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo, debe entenderse exclusivamente como un procedimiento para el “desafuero” sindical no para su despido o retiro, cuando se trata de un funcionario de carrera.

caso es lo que se llama el “desafuero”, para levantar el fuero y autorizar en este caso el retiro por una causa de destitución⁴.

Hubo un cambio importante en la jurisprudencia, porque se salió de esa mezcla que había sido muy criticada; el maestro Caballero Ortiz lo dijo muy claro⁵, que eso no era competencia de la Inspectoría del Trabajo, también el profesor Rafael Alfonzo-Guzmán⁶, citados en el trabajo publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Táchira.

En tal sentido, la Sala Política Administrativa en la sentencia N° 522 de 11/5/2017, dio ese cambio, al decidir una consulta por falta de jurisdicción, porque había una demanda para levantar el fuero materno y esto trajo un problema con respecto a que el tribunal decía que eso no era materia jurisdiccional, sino que era de la Inspectoría del Trabajo, y allí llega el caso a la Sala Política Administrativa. Y esta dijo que, para conocer ese levantamiento del fuero materno, el competente era el Juzgado Superior de lo Contencioso Administrativo; o sea, que actualmente, según este criterio, si se va a retirar a algún funcionario público que tenga fuero materno, fuero paterno, o que tenga fuero sindical, habría que acudir a esta figura del levantamiento del fuero, pero no en la Inspectoría, sino ante el Juzgado Superior Estadal de lo Contencioso Administrativo.

El otro punto que quería comentar sobre el contencioso funcional es la importancia que tiene el Juez, en este caso Superior Estadal de lo Contencioso Administrativo, en la audiencia preliminar, porque esta es una audiencia que permite llamar a la conciliación. En efecto, muchos casos en materia funcional se resolvían en esta audiencia sin necesidad de tramitar todo un procedimiento largo, y era en beneficio de la Administración, para evitar que la sentencia fuese patrimonialmente más costosa, y también en beneficio del funcionario, porque veía resuelta su pretensión rápidamente. Aquí quiero poner de relieve mi experiencia profesional, en la que muchos asuntos se resolvieron en esta vía de la audiencia preliminar, a través de la conciliación; la única acotación que quería hacer es que, uno como apoderado municipal, no tenía facultades para transigir/convenir, no tenía facultades para llegar a esa conciliación, entonces el juez suspendía la audiencia, se planteaba el caso ante el Alcalde, y

⁴ Así, precisó la Corte que para poder retirar a un funcionario público de carrera que se encuentre investido de fuero sindical de la Administración Pública, deberá requerir ante el Inspector del Trabajo la calificación de despido que permita despojar al funcionario del fuero sindical que lo ampara, de conformidad con lo previsto en los artículos 449 y 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, de igual modo deberá realizar el procedimiento administrativo que corresponda a los fines de verificar si procede el retiro del funcionario.

⁵ En su excelente libro: Jesús Caballero Ortiz, *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público* (Caracas: Ediciones Paredes, 2006): 66-73, 258-261 y 280-286.

⁶ Rafael Alfonzo-Guzmán, *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*, 14° edición (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2009): 529- 530.

entonces se autorizaba esa conciliación, uno llevaba esa autorización, se llegaba a la conciliación y se terminaba el juicio.

El tercer punto que quería comentar era el relativo al contencioso de los servicios públicos, una vía novedosa que estableció la Constitución, cuando definió las materias que eran objeto del contencioso administrativo, y luego la reguló la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en el 2010.

Lo primero que quería comentar es que lamentablemente esta ha sido una vía ineficaz, o sea, muy pocos casos se presentan; yo estuve investigando en los tribunales de municipio, en la jurisprudencia, muy pocos casos de lo contencioso administrativo en materia de servicios públicos se plantean. Y una de las razones, como bien lo pone de relieve la profesora Jessica Vivas en un excelente trabajo que tiene, *“El Contencioso de los servicios públicos como mecanismo ineficaz para garantizar la tutela judicial efectiva del derecho a servicios públicos domiciliario de calidad en Venezuela”*⁷, en el cual ella plantea que uno de los problemas es que no existen los tribunales municipales con competencia en lo contencioso administrativo, sino que sigue todavía esa disposición transitoria, ya lleva una transitoriedad de trece años, que dice que hasta tanto se creen los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conocen los Juzgados de Municipio de la jurisdicción civil. Entonces ¿qué pasa?, tenemos un tribunal de municipio que ya está atiborrado de trabajo, que tiene competencia en lo civil, en tránsito, en materia inquilinaria, y entonces se le une esta competencia de lo contencioso administrativo en materia de servicio público, que además es muy especial, por lo cual debería ser objeto entonces de tribunales que se dedicaran al contencioso administrativo. En esta materia hay que manejar qué es un servicio público, qué es una omisión, un retardo o una deficiente prestación, lo cual requiere un conocimiento muy especial y debe ser conocido por tribunales que se dedicaren al contencioso administrativo.

Revisando en los tribunales conseguí uno que otro caso, y me llamó la atención porque la mayoría era de la materia bancaria; hay un caso regional de aquí de Carabobo, que fue conocido en primera instancia por el Tribunal de Municipio Segundo, y luego ese caso lo conoció el Juzgado Superior de la Región Centro Norte de Carabobo, donde en la pretensión se atacaba la actividad bancaria por una deficiente prestación, en cuanto a que se había retirado fondos de la cuenta a la demandante, y como la actividad bancaria se considera por la ley que rige a las instituciones financieras (la Ley del Sector Bancario) como una actividad de servicio público,

⁷ Jessica Vivas Roso, “El contencioso de los servicios públicos como mecanismo ineficaz para garantizar la tutela judicial efectiva del derecho a servicios públicos domiciliarios de calidad en Venezuela”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 50 (2019): 206-227. Disponible en: https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1937/09_VI-VAS_P206_P226_QDL_50.pdf?sequence=1&isAllowed=y

entonces allí se declaró con lugar la demanda y se ordenó al banco la restitución de ese dinero que fue retirado, que no lo hizo la titular de la cuenta, y además ordenaban la indexación.

El punto aquí es si tiene o no tiene contenido patrimonial, porque la ley dice que no se puede tramitar por el contencioso de los servicios públicos aquella demanda que tengan contenido patrimonial. En la misma sentencia se explica que realmente no es una demanda de contenido patrimonial, y citan un criterio del magistrado Emilio Ramos, donde dice que realmente lo que se está reclamando es por esa deficiente prestación y que le restituya ese dinero que el banco tiene que custodiarle allí al titular de esa cuenta. De todos modos, les doy el número de la sentencia, por si la quieren consultar, de aquí del Juzgado Superior en lo Contencioso Administrativo de la Región Centro Norte del 27 de enero de 2016, expediente, 15.700. En similar sentido hay una sentencia del Juzgado de los Municipios Atures y Autana del estado Amazonas del 17 de julio del 2015, expediente 2015-2343, también con respecto a la actividad bancaria.

Pero hay sentencias en sentido contrario, y en esta materia encontramos el criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia No. 2014-0853 de 28/5/2014, por una demanda por asignación de divisas de CADIVI, que era contra Italcambio. Allí sí consideró la Corte que eso no se podía tramitar a través de esta vía del contencioso de los servicios públicos, porque era eminentemente: “una demanda de contenido patrimonial contra una persona jurídica privada, es decir una controversia entre particulares, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción Civil Ordinaria (Vid. Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 384 de fecha 20 de marzo de 2014, caso: Sociedad Mercantil ITALCAMBIO Casa de Cambio, C.A.)”.

También conseguí una en materia de transporte, del Juzgado Superior Estatal Contencioso Administrativo del estado Aragua de 30/4/2013 (Expediente N° DE01-R-2012-000001, asunto antiguo 11.2489), donde hacen también un análisis importante sobre esta vía del contencioso de los servicios públicos. Esta sentencia confirma, con modificaciones, la decisión emitida por el Juzgado Tercero de los Municipios Girardot y Mario Briceño Iragorrry del Estado Aragua, que había declarado procedente la reclamación efectuada por los actores, dada la deficiente o mala prestación del servicio de transporte público colectivo de la empresa demandada, más ordena al Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), que proceda a cumplir con su función de sustanciar, tramitar y decidir el procedimiento administrativo incoado por los actores contra la referida empresa de transporte, por ser el ente administrativo encargado de defender cada uno de los intereses de todas aquellas personas sometidas a una relación de prestación de servicios, y aplicar las sanciones administrativas correspondientes.

No hay mayor cosa, yo estuve preguntando también en los tribunales, y me dijeron que casi no llegan demandas y si vemos también el tiempo que tardan en decidir esto, es mucho tiempo en algunos casos. Realmente estas demandas en materia de servicios públicos, como está estructurado el procedimiento, un procedimiento breve, es muy similar al amparo constitucional, o sea, tiene que ser algo breve, rápido, eficaz. Y para ello realmente lo importante sería que su conocimiento estuviese en manos de los tribunales de municipios con competencia en lo contencioso administrativo, y que le dieran esa tramitación similar a como si fuese un amparo constitucional, porque lo que está en juego allí es la prestación de un servicio público, y eso es un derecho constitucional, el uso y disfrute de esos derechos por parte de los ciudadanos.

Y finalmente, el último punto que quería tocar era el relativo a los actos de autoridad, a la competencia en materia de estos actos. Como todos sabemos, esta es una figura creación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, es una figura con respecto a la cual ha habido cantidades de sentencias, definiendo cuáles son los elementos del acto de autoridad, pero fundamentalmente que son actos administrativos dictados por personas de derecho privado (sentencias del caso SACVEN, la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela, las relativas a las universidades privadas, que no son organismos de la Administración pública). Sin embargo, la Corte Primera, realizando una interpretación de esa competencia residual que había en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (que luego fue reproducida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), consideró que esas otras autoridades debían estar sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativo. Y en este caso, esa competencia residual era de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, porque ahí se consideraba que esas personas de derecho privado estaban ejerciendo potestades públicas, estaban ejerciendo poder, porque había una norma que así lo autorizaba, pero que en todo caso debía ser competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo.

Esta figura que surgió de la mano de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, antes de que promulgaran la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (que reconoce expresamente esta figura de los actos de autoridad), solamente tenía existencia jurisprudencial; y fue reconocida, desarrollada, comentada por la doctrina. Actualmente, la ley reconoce expresamente la figura del acto de autoridad, y para ello podemos ver el artículo 7, numeral 6, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, antes de que saliera esta ley, ya hubo un cambio porque se consideró, a raíz de una sentencia de la Sala Plena en materia de

amparo, con respecto a las universidades⁸, decía que debía conocer el juez de la localidad, no se debía demandar ante las Cortes sino ante el Juzgado Superior con competencia en lo Contencioso Administrativo de la localidad; y así lo dijo también la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Y aquí cito una sentencia de esta Sala, donde pueden ver esa evolución de la jurisprudencia y ese cambio de criterio, la sentencia N°1.493 del 20/11/2008; esta es una sentencia contra el Consejo de Apelación de la Universidad Nacional Experimental Francisco de Miranda, y se hace ese recuento del cambio de criterio, donde se sostuvo que siempre que hubiese una demanda contra las universidades, la competencia era de los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo (actualmente los Juzgados Superiores Estadales).

Cuando entra en vigencia la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, vuelve a recoger esa misma regulación que traía la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de esta competencia residual, es decir, si no era competencia de la Sala Político Administrativa, nulidad de actos de los altos funcionarios nacionales (presidente, ministro), ni se trataba de la nulidad de actos de autoridades estadales o municipales, que era competencia de los juzgados regionales, en este caso los Juzgados Estadales de lo Contencioso Administrativo, entonces en el caso de esas “autoridades distintas”, la competencia residual le correspondía a los Juzgados Nacionales (lo que antes eran las Cortes de lo Contencioso Administrativo).

Por lo tanto, correspondería la competencia para conocer de las demandas de nulidad de los actos de autoridad, a los Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo. Pero la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la sentencia N° 924 del 29/9/2010, que se refiere a la Universidad Yacambú (una universidad privada), aplicando ese mismo razonamiento que se había sostenido antes cuando se cambió de criterio, decidió que debe conocer el Juzgado Superior Estatal de lo Contencioso Administrativo donde tiene su sede esa Universidad; o sea, en ese caso le tocaba al Juzgado de la Región Centro Occidental, con sede en la ciudad de Lara, considerando que “el efectivo ejercicio de los derechos de la recurrente tutelados por los principios de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, celeridad procesal, así como el de *pro actione*, se concreta en la aproximación del justiciable al tribunal que debe impartirle justicia”.

Yo estoy de acuerdo con eso, sobre todo uno que trabaja a nivel regional, pues si tiene un caso contra alguna de las universidades públicas o privadas, uno puede acudir directamente ante el Juzgado Estatal, y

⁸ Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 142, publicada en fecha 28 de octubre de 2008, en el caso Lucrecia Marili Heredia Gutiérrez, contra la Universidad de Oriente, expediente N° 2006-000021.

sobre todo ahorita que el abogado regional tiene su carro municipalizado, porque por las condiciones que todos conocemos, lo difícil que es adquirir un carro nuevo, y los carros pues son viejos, y uno lo tiene muy limitado para viajar a Caracas, ya eso es toda una proeza; para uno es perfecto acudir al juzgado regional, al juzgado estatal, cuando se trata de este contencioso contra los actos de autoridad. Pero eso no es lo que dice la ley, o sea, la ley está diciendo que esta competencia residual es de los Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo, por lo que la Sala Político Administrativa ha desaplicado esa norma sosteniendo que deben conocer los Juzgados Superiores Estadales de lo Contencioso Administrativo, por esa razón para acercar al demandante al tribunal donde tiene su sede la universidad.

Hasta aquí mis comentarios, muchas gracias.

XXI ENCUENTRO AVEDA: URBANISMO, CIUDADES INTELIGENTES Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Luis Alfonso Herrera Orellana y Alicia Monagas

Fecha: 17 de marzo de 2023

Luis Alfonso Herrera Orellana

Muy buenos días. Como siempre, es un gran gusto estar acá en las actividades de la asociación.

Antes de entrar al tema, yo quería leer muy brevemente unos párrafos de un discurso pronunciado por el profesor Brewer Carías en el año 2011 ante la Academia Chilena de Ciencias Sociales Políticas y Morales, que lo dedicó a la ciudad ordenada americana. Como sabemos, el profesor Brewer tiene un libro muy importante sobre la ciudad ordenada, y en ese discurso él destaca una idea que me parece quizás muy importante de tener en cuenta para poder abordar en nuestro tiempo la función social de la propiedad, las ciudades inteligentes y el urbanismo; y esa idea se refiere a cómo colaboraron en el pasado (previo a las independencias) la iniciativa estatal con la iniciativa privada. Dice el profesor Brewer en ese discurso:

Además de, por supuesto, el idioma, la religión y la cultura, esa forma urbana reticular común fue la gran creación y huella física que dejaron los españoles en el nuevo continente, materializada en la invariable traza urbana reticular (y en algunos cuadrangular) que tienen nuestras ciudades, que se configuró, siempre, partiendo de la cuidadosa escogencia del lugar apropiado mediante el diseño inicial de una plaza mayor o central siempre levantada a cordel y regla, y por tanto, con ángulos rectos, desde la cual, paulatinamente, creció el trazado de las calles en línea recta, con lo cual, necesariamente, se formó la trama urbana en manzanas o cuadras generalmente iguales, y en todo caso con forma ortogonal, tal y como todavía hoy se aprecia en todos los centros o cascos históricos de nuestras ciudades y pueblos latinoamericanos (...)

En todo ese tiempo, lo importante a destacar, desde el punto de vista jurídico, y es eso lo que distingue la conquista de América hispana, por ejemplo, de la que se desarrolló cien años después por los ingleses en Norteamérica, es que en el proceso español americano nada se dejó al azar ni a la sola experiencia o criterio de los adelantados y pobladores, incluso, a pesar de que en sus inicios el proceso del descubrimiento,

conquista y colonización se hubiese desarrollado mediante las capitulaciones como iniciativas privadas.

Entonces, aquí vemos cómo desde los primeros tiempos, del desarrollo del urbanismo, en el territorio americano y específicamente en la América Hispana, hubo esa coexistencia entre una acción desarrollada desde la autoridad política, con fines justamente de ordenación, de asegurar un desarrollo armónico, eficiente, de lo que era el asentamiento en espacios que luego iban a desarrollarse desde el punto de vista urbanístico con la participación privada, con el conocimiento y las capacidades que desde el sector privado se podían aportar a esa iniciativa pública o estatal o de la autoridad. Entonces teniendo como precedente esa referencia y esa experiencia histórica que se desarrolló por varios siglos en estos territorios, quería ahora sí entrar directo en lo que es la referencia a estas tres nociones.

En cuanto el urbanismo, siguiendo acá el profesor Armando Rodríguez, lo entendemos como esa noción que hace referencia a la variedad de fuentes normativas especiales e integrales, que tienen al tema urbano como objeto de regulación, las cuales incluyen normativas de carácter supranacional, disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, pero también regionales y locales, así como las reglas técnicas que de ordinario las complementa, siempre atendiendo a su objeto (que es el asunto urbano). A partir de ello, este autor sigue la orientación de concebir al urbanismo como una función pública, es decir, como actividad urbanística, la ordenación de los asentamientos urbanos en el territorio, como tarea, en esencia, responsabilidad ineludible del Estado; una tarea que sólo puede ser racionalmente asignada al sector público como una verdadera función administrativa. Digamos que, tradicionalmente, durante el siglo XX se consolida esta idea del urbanismo como función administrativa, y como tarea ineludible del Estado.

La pregunta, en este punto, es ¿cómo concebir la evolución más reciente de esta función administrativa desde el punto de vista de los cambios que el Estado y la Administración en muchos países ha experimentado, precisamente a propósito de la irrupción de nuevas tecnologías, en la medida en que el conocimiento técnico, científico, económico, ya no se encuentra normalmente en su estado más desarrollado dentro del Estado sino fuera de él? digamos ¿cómo conciliar el ejercicio de esta función administrativa con todas estas nuevas tendencias para atender problemas públicos que se han desarrollado? no solamente en el ámbito empresarial privado sino en el ámbito de la investigación, en el ámbito financiero, en fin, en el ámbito tecnológico, que no necesariamente son parte de los procesos internos de los Estados sino que precisamente ocurren puertas afuera.

Allí se han adoptado, por ejemplo, desde el punto de vista del ejercicio de esta función, técnicas como la externalización de funciones, la liberalización de acciones productivas, la descentralización aun cuando estamos hablando del nivel local de algunas actividades, se están implementando técnicas de colaboración público-privada, tanto más porque a esta noción de urbanismo cabe añadir otra que el profesor Urbina también ha trabajado recientemente en uno de sus textos, que es el llamado “derecho a la ciudad”. El autor aclara que no está para él bien definido aún si es un derecho fundamental o no esta idea del derecho a la ciudad, pero la entiende como una tendencia que refleja un proyecto común, por construir unas reglas universales que incorporen a las ciudades como hábitats que se caractericen por el acceso al usufructo equitativo de sus recursos, al bienestar, actualizando y validando periódicamente el sistema internacional de protección de derechos humanos, es decir, en directa vinculación con este sistema internacional.

Aquí entonces cabe preguntarse cómo esa idea de urbanismo como función administrativa es enriquecida o es desafiada por esta idea del derecho a la ciudad, que también podríamos vincular con otras nociones que hoy en día tienen mucho tratamiento en el Derecho Administrativo, como la buena Administración que se entiende en algunos casos como principio, en otros también como derecho, y esta idea de Administración garante a la que luego voy a hacer mención.

Frente a estos cuestionamientos o preguntas, la noción de “ciudad inteligente” puede ser importante tenerla en cuenta. En el trabajo que preparé para la obra a la que la profesora María Amparo hacía mención, seguí esta idea de ciudad inteligente:

Un modelo de organización y gestión de las instituciones estatales y privadas, relevantes para una vida urbana en común, que se centra en el uso de la diversidad de medios tecnológicos hoy existentes, para optimizar y hacer más abierta, accesible, participativa, eficiente, rentable, sostenible en sentido ambiental, y eficaz, la provisión, mantenimiento y ampliación de los servicios, bienes e infraestructuras locales que hacen posible esa vida en común.

Es decir, en primer lugar, esta idea de ciudad inteligente, no es una noción que excluya un rol del Estado, y concretamente de la Administración, en su desarrollo, sino que le asigna un papel a desempeñar, sólo que un papel más modesto que el Derecho Urbanístico tradicional le ha asignado, que es más bien un papel protagónico, y podría decirse casi dominante, en relación con lo que otros actores pueden desarrollar.

Me parece que es importante distinguir esta idea de ciudad inteligente de otra noción próxima, pero que yo la encuentro bastante distinta, que es la de ciudad libre. En este segundo supuesto, el de ciudad libre, sí pareciera que la propuesta avanza en una dirección de eliminar todo rol

del Estado, es decir, el ejercicio de la función legislativa, de ordenación, de prestación de servicios, de gestión económica, etcétera, y que más bien sea una dinámica urbana fundada en contratos. Eso habría que examinarlo separadamente.

Ahora, centrándonos en la noción de ciudad Inteligente, ahí la pregunta es cómo esa noción de urbanismo como función administrativa y del derecho a la ciudad se enriquece o puede encontrar respuestas en la incorporación de esta noción de ciudad inteligente que, repito, tiene, a mi entender, un énfasis principal en la incorporación de todas estas innovaciones tecnológicas para optimizar, pero también para distribuir tareas entre el sector público y el sector privado, de modo que la experiencia de construir ciudad sea una experiencia no solamente más participativa sino más eficiente precisamente por estos conocimientos y estas técnicas que no necesariamente están desarrolladas del todo en el ámbito estatal, sin perjuicio de lo que también es algo indispensable en este supuesto es el uso, por parte de las administraciones locales, de todos estos medios tecnológicos, de lo que se llama “la reforma digital” o todo lo que sería el proceso de digitalización de una serie de procedimientos administrativos, de mecanismos de relaciones jurídicas con los particulares por vía de estas nuevas tecnologías.

Y dentro de todas estas circunstancias o novedades desde el punto de vista del urbanismo y de las ideas sobre la ciudad, por supuesto tiene una posición importante lo relativo a la función social de la propiedad. Aquí quizás es uno de los ámbitos en donde mayor debate se puede generar.

De nuevo, siguiendo al profesor Armando Rodríguez, se parte, al abordar este tema, de la siguiente idea:

La propiedad urbana se configura como un derecho subjetivo que debe cumplir una función social de donde se concluye que el principio de función social de la propiedad aparece y funciona, de manera general, como un elemento, como un componente inseparable, dentro del régimen integral de este derecho subjetivo fundamental.

Es decir, junto al uso, goce y disposición estaría este elemento de la función social que se constituye, desde esta perspectiva, como un deber al ejercer o disfrutar de ese derecho por parte de su titular, derecho constitucionalmente garantizado pero que, a partir de este principio de la función social, sería moldeado en su contenido, y esa tarea de moldear correspondería en principio a las autoridades: En primer lugar a las autoridades legislativas (o quienes tengan la competencia para legislar en la materia); y en segundo lugar, por supuesto, a la Administración a través de la actividad regulatoria, a través de la fiscalización, en fin a través de las distintas técnicas de supervisión y fiscalización del cumplimiento de estas normativas.

Aquí es donde estaría nuevamente la discusión en torno a cómo conciliar esta idea de función social para evitar no solamente medidas inconstitucionales, desde el punto de vista del contenido de este derecho a la propiedad y otros derechos vinculados con ella, sino también para orientar, adecuadamente, en el contexto de todas estas oportunidades que nos brindan tanto las nociones de ciudad inteligente como la de derecho a la ciudad, para que más bien esa función social implique un reparto distinto de las tareas en materia de urbanismo entre Administración y particulares.

En segundo lugar, un aumento de la participación que normalmente la asociamos a que participar es consulta pública, votar; bueno, aquí participar es gestionar también, aquí participar es proveer de manera directa, aquí participar es asumir tareas que antes estaban reservadas monopólicamente a la Administración, y frente a ello, que la Administración cambie lo que sería su rol tradicional respecto de estas tareas entregadas o asumidas por los particulares, fortaleciendo lo que sería su posición fiscalizadora, regulatoria, y siempre manteniendo, desde el punto de vista del principio de subsidiariedad, la competencia de la autoridad para proveer, para gestionar de manera directa, e incluso, según la situación en que estén estos privados en un momento determinado, poder intervenir para asegurar la continuidad, la regularidad, el acceso, si es que estamos hablando, por ejemplo, de servicios calificados como públicos.

De modo que no implica una eliminación del rol de la Administración pero sí efectivamente un replanteamiento de su posición jurídica para precisamente, por un lado, reducir al máximo un uso autoritario, inconstitucional, del principio de función social; pero por otro también que ese principio tenga un nuevo entendimiento, ya no es la autoridad vertical y unilateralmente definiendo qué es función social, que es interés público, sino que es la misma ciudadanía, la misma iniciativa privada, los mismos centros de investigación, colaborando a partir quizás más bien de una idea de garantía de bien común, en este caso urbanístico, de la vida en sociedad, quienes aporten elementos para la definición de qué en un momento determinado debe estar en una ordenanza de zonificación, en una normativa de variables urbanas fundamentales, en definitiva, determinando lo que esas fuentes positivas del Derecho Urbanístico han de establecer.

Entonces pienso que son algunas de las ideas que inicialmente quería compartir, reiterando que en el pasado ya tenemos esta experiencia colaborativa entre autoridad política y particulares, en el desarrollo de lo que fue la ciudad ordenada. De modo que pienso que en este siglo XXI contamos con buenas razones para recuperar esa idea, ahora enriquecida con todas estas nociones de ciudades inteligentes o el derecho a la ciudad o el principio de buena administración, que, correctamente entendidas, no tienen por qué llevar a ninguna situación utópica o irrealizable, sino por

el contrario a reformas y mecanismos de optimización perfectamente aplicables. Muchas gracias.

Alicia Monagas

Gran parte de nuestra vida se desarrolla justamente en la ciudad. ¿Cómo llego al urbanismo? Precisamente como un proceso, es un proceso de aprendizaje porque al final yo soy abogado, manejo las ciencias sociales, pero no estoy dedicada exclusivamente a la planificación urbanística, que es la carrera que, usualmente, los urbanistas se dedican a ella, que es a diseñar las ciudades, y por supuesto las ciudades que ahora nos compete que son justamente las ciudades sustentables, amigables al medio ambiente, y por supuesto, donde se preserve la calidad de vida tan anhelada que es lo que al final todos tratamos de preservar y garantizar.

Esto me llevó a mí a este proceso de lectura, yo les presento a un urbanista y un economista hablando de los temas urbanísticos. El primero yo lo pude consultar, lo pude leer, y eso me permitió hacer un ensayo, que es el ensayo que yo presento, porque además de ser coordinador y haber realizado la presentación de nuestro libro, también tuve la oportunidad de escribir un capítulo, y ese capítulo está dedicado al “Ethos liberal del Derecho Urbanístico en las ciudades inteligentes”, porque desde luego, hablar de ciudades inteligentes no puede partir de una concepción tradicional de lo que nosotros conocemos del Derecho Urbanístico. Fíjense ustedes que cuando comienzan a ver que un economista les está hablando de urbanismo y también les habla de libertad.

Joaquín Azpitarte como un prólogo de Huerta Soto, nos habla justamente de la dificultad que comporta la empresariedad en esta área, y entonces llega la gran conclusión que, por supuesto, la empresariedad puede prosperar con muchísima más facilidad cuando haya libertad, y entonces la libertad la tenemos que ver precisamente con lo que va a ser nuestro siguiente tema a abordar (que es justamente la propiedad).

Entonces yo crecí en este camino, y llego al urbanismo de mercado, es decir, ya esto está caminando más la empresariedad, más la libertad, es decir todo esto es un proceso que, precisamente, como acción humana nosotros estamos tratando de descifrar para acoplarnos en unas normas que, sin duda, para nosotros, acá en Venezuela, son normas muy estrictas, son estáticas, y que lamentablemente no progresan porque esto está pasando y nosotros estamos conociéndolo, y pocos son los que están manejando el tema. Eso es lo que más me angustió porque en el interior del país, en Valencia, hay una cátedra que se llama Adam Smith, y esa cátedra lo que habla son de ciudades inteligentes, y entonces ustedes ven que la preocupación no solamente son de los urbanistas, la preocupación es de los ingenieros, la preocupación es de los arquitectos, nosotros entramos en esa dificultad también, en esa ecuación, y por supuesto no digamos

nuestros representantes políticos porque de alguna u otra manera ellos son los que tienen que adelantar este tipo de políticas rumbo a mejorar nuestra calidad de vida; y por eso pasamos de un urbanismo habitacional a uno racional, a uno industrial, a uno de servicios, a uno táctico, a uno ecológico y a uno de mercado.

Entonces, Joaquín (economista) y el señor Scott Beyer (urbanista), hacen el *click* porque al final lo que lo que necesitamos tener en la ciudad es libertad para poder desarrollar de manera ordenada, por supuesto, los proyectos que generen beneficios para la comunidad, y entonces ahí empieza un conjunto de cartas, de precios, de libertad, como lo queremos. Esto fue lo que pude investigar, y llegar a la gran conclusión de que nos queda mucho por caminar, pero sin duda esto no entra en lo tradicional, y hay que evolucionar en ese sentido, entonces por eso tocamos el urbanismo.

De allí paso al tema crucial. Ya lo definió ya de alguna manera Luis Alfonso. Aquí les presento justamente las ciudades que son consideradas sostenibles e inteligentes, y, de hecho, sus proyectos de ciudad son avanzadas y van desarrollando justamente el uso de la tecnología para mejorar nuestras condiciones de vida porque al final el uso de la tecnología tiene que ser para eso, lo que pasa es que esto es peligroso cuando no está en manos de gente que busca el bien común.

En ciudades inteligentes, en el libro que nosotros avanzamos, pues justamente tenemos a una profesora mexicana (que es la profesora Gina Prado) que nos habló de “El objetivo del desarrollo y las ciudades”. Tenemos a Buenos Aires (la profesora Susana Medina Esther), que nos habló de “Ciudad y género”, porque eso también se viene desarrollando desde el derecho de la ciudad, es decir, cómo nosotros las mujeres podemos tomar un taxi y no sentir miedo, por ejemplo; eso son cosas que deben ser de alguna manera atendida, por supuesto, por los líderes políticos. Y no puedo dejar de mencionar que tanto Barcelona como Madrid estuvieron representadas por el profesor Josep Ramón Fuentes i Gasó, y por supuesto por Fernando García Rubio, cuyos trabajos nos muestran justamente todo lo que es la ciudad inteligente, es gobernanza, gobierno inteligente, transporte y movilidad inteligente, servicios públicos utilizados de manera inteligente; y el de manera inteligente simplemente es utilizar aplicaciones, de hecho, Valeria del Carmen Ronchera Flores también presenta “Un caso exitoso de digitalización notarial en Chile”, quién realizó una aplicación dirigida justamente a tener a la mano todo el tema notarial, y actualmente lidera una fundación cuya misión es poder dar facilidades a quienes acudimos a solicitar la autenticación o la validez de un documento, pero que, en ningún modo, puede ser para cercenar nuestro derecho de libertad, y por supuesto menos aun el derecho de propiedad, que muy bien lo abordaba el profesor Rafael Badell, en un ensayo que hablaba justamente de la violación del derecho de propiedad en esta revolución,

porque tenemos muchísimas leyes que afectan la propiedad de muchas maneras, ejerciendo abusivamente el poder desde la Administración Pública.

Esta es la propuesta, la propuesta es de urbanistas, la propuesta es de abogados, también preocupados por la ciudad, y también participan los geógrafos. En fin, esta es la ciudad que nosotros proponemos en esta obra en donde participaron 19 profesores, en la cual yo me siento muy honrada de haber coordinado. De verdad que les agradezco muchísimo haber sido parte y haber creído en este proyecto porque creo que al final será una obra de consulta para todos aquellos que estemos hablando de “ciudad”, porque la ciudad inteligente, como estamos viendo, no es un concepto que sea rígido, todo lo contrario, es un concepto que todos los días va sumando, y eso es parte de lo que yo les presento en el siguiente ejemplo: En Palma de Mallorca se está avanzando desde la gobernanza, y cuando nosotros hablamos de gobernanza tenemos que hablar de todos los que están involucrados en el tema, al final somos la academia, los empresarios, las asociaciones civiles, por supuesto los gobiernos locales, dando ideas, y esas ideas parten precisamente de un distrito urbano compacto, sostenible e inteligente, porque en el medio siempre vamos a tener el uso de la tecnología para favorecer: la gobernanza inteligente, el medio ambiente, y todo lo que tiene que ver con la dedicación y el bienestar de la gente y el tema de la infraestructura, que es fundamental, porque también los arquitectos hacen ciudad conjuntamente con los urbanistas, y eso también se está pensando, cómo hacer sostenible estas construcciones.

En fin, es compacto y sostenible, pero sin duda es otro concepto que se suma y que todos los días nosotros tenemos que estar monitoreando, precisamente porque al final, como lo decía Luis Alfonso, tiene que ver con bienestar, y nosotros tenemos que utilizar todas las herramientas que esta era digital nos proporciona, pero solamente con ese sentido, no con los sentidos que lamentablemente existen en otras latitudes por supuesto bajo regímenes autoritarios.

Entonces llegamos a un paso más. Ciertamente, como lo abordaba Luis Alfonso, las ciudades privadas es como un plus, es un algo que nos suena como extraño, y de hecho, a mí me impactó haber leído el libro que les presento, el libro que les presento fue una obra que sin duda me impresionó por el grado de organización que comporta, desde el acuerdo de voluntades, crear una ciudad privada y libre, eso significa, que aquí va a haber voluntades que van a aceptar que van a tener que ceder, por supuesto, desde el poder político territorial, mucho del ejercicio de la soberanía en un territorio, pero que sin duda aporta lo que todos caminamos, porque las ciudades inteligentes que se están manejando en el panasiático se maneja a través de corporaciones que van desarrollando, en distintas poblaciones muy pequeñas, este tipo de “mini Estados”, en donde es la corporación, la que se va a encargar de presentar todo lo referido a

medio ambiente, transporte, servicios públicos, etc., sólo que acá va a estar muy limitado al contrato, y todos seremos socios de esta corporación.

En Honduras tenemos ese proyecto desarrollándose, ahorita con grandes dificultades porque luego de que se modificó la Constitución hondureña, precisamente para favorecer zonas económicas especiales, pero las de verdad, las que generan libertad, no solamente las que conocemos todos, que son paraísos fiscales, en donde bajan los tributos, pero todo sigue igual; no, aquí estamos hablando de corporaciones enteras dedicadas única y exclusivamente al bienestar de la ciudad. Obviamente, aquí choca mucho el tema social, por supuesto, porque hay quien pensará que habrán excluidos ¿qué hacemos? y en efecto, en Honduras se está viviendo un momento político importante, porque luego de que se modificó la Constitución, una reforma constitucional para acoger las zonas económicas especiales tal cual como están concebidas en Europa, pues la nueva presidenta lo revocó, y entonces tiene un grave problema porque para poderlo revocar no es sólo la decisión del poder central sino que ahora va a tener que contar con la comunidad de toda la sociedad hondureña, y por tanto pues la modificación nuevamente de la Constitución.

Tenemos nada menos y nada más que el parque de Disney. Disney es y ha sido siempre, desde el siglo XX, ha sido una ciudad privada. “*Celebration*” es una corporación de Disney, sólo que ahora Disney, producto de un conflicto por tema de género y todo el tema del género en nuestros niños menores, pues el gobernador De Santis dijo que eso no puede ser así, entonces dijo que el distrito de Reedy Creek va a pasar a ser un distrito más de Florida, y todos los privilegios que tenía Disney en ese distrito han sido eliminados, sólo falta que el Congreso de Florida apruebe la decisión ejecutiva.

También tenemos a Hong Kong, es un paraíso, y está enmarcado en China, y es justamente el capitalismo al que siempre hemos hablado, y que Titus Gebel dice que es un neoliberalismo, pero realmente los Estados saben lo que comporta el bienestar de la comunidad y las grandes revoluciones que pueden generar, precisamente, la intranquilidad de no sostener la calidad de vida en sus comunidades. Entonces allí está creciendo, y es considerado uno de los estándares más altos, y tiene el estándar más alto en temas de ciudades inteligentes.

Aquí estamos tratando de confluir una mejor solución para favorecer lo que yo siempre digo, o sea, nosotros tenemos que evolucionar, tenemos que transformarnos, no para tener miedo, yo creo que las experiencias y los grandes experimentos pasan porque tengamos éxito en su desempeño, pero sin duda son opciones y son posibilidades que ya se están evaluando mundialmente, y fue lo que hizo que el señor Titus Gebel, abogado, doctorado en derecho (el primer abogado que leo que aborda estos temas), hable, sea un emigrante alemán en Suiza, porque se cansó de

sostener al Estado de bienestar alemán, porque los Estados cada vez más nos están ahogando con los impuestos.

Aquí llego a lo importante, la función social. Con esto simplemente quiero decirles, esto ha sido un proceso para comprender algo que es vital. Obviamente, tal cual como lo tenemos concebido en nuestra Constitución es inviable, imposible, pero nada es imposible si generamos justamente este tipo de estudios que buscan demostrar que la propiedad social, tal cual como está prevista en nuestra Constitución, nos acerca más al siglo pasado, y por supuesto a la Rusia imperial donde no había propiedad privada, y justamente la lectura de todas estas obras me llevó a hablar de algo que yo pude plasmar en la Revista de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, número 75, donde abordaba la “Visión liberal de la ecología jurídica”, porque es que nosotros en la propiedad eso es lo que más tememos, es decir, tememos ser libres de poder ejercer nuestra propiedad, y yo creo que los empresarios deben de tener esta visión, y lamentablemente la están viviendo, la están padeciendo, precisamente por políticas restrictivas en su propiedad, desde el punto de vista urbanístico, y bueno, y no hablar del tema tributario.

Entonces ocurre que el artículo 115 de la Constitución venezolana no existe, y si existe es precisamente para fortalecer el autoritarismo que nosotros vivimos en nuestra sociedad, y eso hay que hay que evolucionarlo, y por supuesto para eso necesitamos pasearnos por esto, es decir, los objetivos del desarrollo son fundamentales, pero yo me voy a enfocar nada más que en uno, que es el objetivo número uno: el fin de la pobreza; lo logramos dándole calidad de vida, dándole propiedad a nuestros conciudadanos, para vivir en esta estampa que les dejo de nuestra ciudad de Caracas, para no pasar justamente lo que vivimos en el 2019, eso es indigno, y nosotros merecemos vivir con calidad de vida, y esa es la propuesta, por eso pasamos de ciudades y comunidades sostenibles, para poder acabar con la pobreza.

Y por último, eso obviamente nos pone en el camino de poder evaluar un derecho que comportan, justamente lo que yo les hablo: evolución, acción humana, en un mundo en donde más que revolución, a mí no me gusta hablar de revolución, las revoluciones no me gustan, son violentas, yo prefiero hablar de evolución, y yo creo que nosotros, con todo el trabajo que nuestros académicos, en materia urbanística, han realizado, desde el doctor Brewer, desde la “jurisprudencia del urbanismo” con el doctor Ayala, pasando por todo el trabajo que ha realizado el profesor Armando Rodríguez, el mismo profesor Urbina que nos acompaña hoy, mi queridísimo hermano Héctor Turuhpial; aquí les presento la posibilidad de poder pensar en un derecho que sea el que todos aspiremos, y en donde seamos libres de poder ejercer.

Muchísimas gracias.

XXII ENCUESTRO AVEDA: MEDIDAS PREVENTIVAS Y OTRAS INCONGRUENCIAS DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO

Nélida Peña Colmenares

Fecha: 19 de mayo de 2023

Buenos días. Saludos a todos. Muchas gracias por la invitación que me ha realizado la Junta Directiva de AVEDA para participar en este Encuentro.

Hemos seleccionado como tema de exposición el relativo a las “Medidas preventivas y otras incongruencias de las normas que regulan la declaración jurada de patrimonio”, porque nos parece interesante y además muy pertinente en el marco de la realidad venezolana actual, y pretendemos hacer énfasis en las incongruencias de su regulación normativa.

Pues bien, la declaración jurada de patrimonio (Venezuela), es concebida como un instrumento de preservación del patrimonio público, igualmente regulada con esa misma finalidad bajo la denominación de bienes y rentas (Perú, Colombia, Bolivia, Panamá) y patrimonial (México, Ecuador y Costa Rica), también contenida en la Convención Americana Contra la Corrupción (2003), suscrita y ratificada por Venezuela, siendo una de las medidas que se comprometió a implementar el país en la lucha contra la corrupción, y que es definida en dicho acuerdo normativo internacional como un sistema “para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley” y con carácter público en los casos que corresponda (art. III numeral 4).

Así pues, consideramos conveniente definir la declaración jurada de patrimonio a la luz del ordenamiento jurídico venezolano, como una modalidad de control patrimonial en el marco del ejercicio de la función pública, cuya finalidad es el registro y el seguimiento patrimonial de los funcionarios públicos, así como de algunos particulares determinados por la Ley, a través de una declaración jurada de su patrimonio, con miras a determinar la existencia de cualquier incremento irregularmente habido en el mismo, con el propósito de salvaguardar el patrimonio público, y por tanto, dar transparencia a la función pública para generar confianza entre

los ciudadanos en lo que concierne al funcionamiento de las instituciones del Estado.

En nuestro ordenamiento jurídico la declaración jurada de patrimonio, a diferencia de países de nuestro entorno como Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, México, Panamá y Perú, no encuentra un fundamento constitucional expreso, salvo en el caso de las organizaciones sindicales de trabajadores, cuyos directivos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95, aparte único, de la ley suprema, están obligados a “hacer declaración jurada de bienes”. Sin embargo, es posible inferir la obligación de su presentación por los funcionarios públicos y algunos particulares, de las atribuciones que constitucionalmente son asignadas a la Contraloría General de la República, específicamente en el artículo 289, numeral 3, que prescribe:

Son atribuciones de la Contraloría General de la República: 1. Omissis. 3. Inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley.

De manera que entre las amplias facultades conferidas al órgano contralor para controlar, vigilar y fiscalizar los ingresos, gastos y bienes públicos, estaría comprendida la declaración jurada de patrimonio como una medida para cumplir dicho mandato constitucional.

Pues bien, el régimen de la declaración jurada de patrimonio está regulado fundamentalmente en la Ley contra la Corrupción (en lo adelante LCC) de 2022, y parcialmente en otras normas regulatorias de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal de 2010 (en lo adelante LOCGR), y en distintas Resoluciones de la Contraloría General de la República (CGR) que diseñan el modelo y las instrucciones generales referidas a la elaboración y demás requisitos que deberán cumplirse en la presentación de las declaraciones juradas de patrimonio, dictadas para facilitar dicho proceso.

Ahora bien, el objetivo esencial de la presente exposición, como lo indica su título es poner en evidencia las incongruencias lógicas y jurídicas contenidas en algunas de esas normas regulatorias de la declaración jurada de patrimonio que atentan contra la finalidad de la misma, así como otras que resultan lesivas de los derechos de los ciudadanos, obviamente sin la más mínima pretensión, dada las condiciones que caracterizan nuestro “débil” Estado de derecho, que el resultado del trabajo pueda llegar a encontrar alguna recepción en las instituciones competentes del mismo.

La primera de las incongruencias que queremos señalar es la relativa a la confusión entre medidas preventivas y sanciones en la LCC. A los efectos de poner en evidencia dicha confusión señalada, observamos en primer lugar que la CGR, una vez recibida la declaración jurada de patrimonio procede atendiendo a lo dispuesto en los artículos 31 al 37 de la LCC, a verificar la veracidad de la misma, mediante la auditoría patrimonial y como resultado de ese procedimiento de verificación dictará una decisión sobre su admisión. Entendemos –aunque la regulación del procedimiento resulta un poco confusa– que en el caso de que se le formulen objeciones a la declaración, se abrirá el procedimiento sancionatorio al funcionario público o particular que la presentó, el cual se encuentra regulado en el capítulo I del Título II del citado instrumento normativo, que comprende la normación sobre las sanciones y sobre el procedimiento sancionatorio, destacando que la única sanción que se impondrá al que cometa alguno de los ilícitos administrativos derivados del procedimiento de auditoría patrimonial, consiste en el pago de una multa de cien (100) a mil (1000) unidades del tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicado por el Banco Central de Venezuela para el momento del pago. A continuación, se tipifican diez clases de ilícitos administrativos relacionados con la declaración jurada de patrimonio que dan lugar a la imposición de la referida sanción, y de seguidas se diseña normativamente el procedimiento sancionatorio, incluyendo los recursos administrativos y jurisdiccionales que pueden interponer los interesados contra la decisión sancionatoria.

Nos hemos referido muy sucintamente a la auditoría patrimonial a las sanciones administrativas y al procedimiento sancionatorio, porque el objeto de nuestro análisis recaerá exclusivamente, como ya dijimos, en la hipotética confusión que se deriva de la regulación sobre las medidas preventivas que se encuentran normadas en el capítulo II del aludido título I, denominado precisamente “Medidas preventivas”, y particularmente centraremos dicho análisis en la medida preventiva denominada inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público aplicable en cinco supuestos previstos en la LCC, del cual vamos a destacar tres (artículo 44 numerales 1, 2 y 3):

1. El funcionario que cese en el ejercicio de sus funciones y no presenta la declaración jurada de cese.
2. El funcionario que falseare u ocultare los datos contenidos en la declaración jurada de patrimonio o los suministrados en el procedimiento de verificación patrimonial.
3. Quienes hayan sido sancionados por el CGR por no cumplir con la obligación de presentar declaración jurada de patrimonio o la documentación requerida en el procedimiento de verificación patrimonial y se mantengan contumaces.

En ese orden de razonamiento cabe precisar que de conformidad con los principios fundamentales del derecho procesal, esta clase de medidas también denominadas cautelares, solo se tramitan y se acuerdan cuando se inicia o durante el curso de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, con la particularidad de que en sede administrativa pueden ser dictadas en el inicio o en el curso de un procedimiento administrativo, pero basta leer el artículo 44, numerales 1, 2, 3, 4 y 5 de la LCC, para percatarse que cuando la CGR acuerda dictar la denominada “medida preventiva” que origina la inhabilitación para ejercer cualquier cargo público, la misma no se acuerda ni al iniciarse, ni en el curso de un procedimiento administrativo constitutivo de ningún acto, denominado de primer grado, y no se puede acordar en esas fases de dicho procedimiento, sencillamente porque el procedimiento resulta inexistente.

Pero también puede acordarse una medida preventiva en el curso de un procedimiento de revisión o segundo grado, cuando resulta impugnado un acto administrativo, mediante un recurso jerárquico, ya que en este caso rige la regla general contemplada en el artículo 87, encabezamiento, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), referida al carácter ejecutorio de los actos administrativos, según la cual la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto, pudiendo esta sufrir un quiebre cuando así lo prevea una norma legal en contrario. Ese mismo precepto, en su aparte único, contempla otra hipótesis de ruptura concebida así “El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso de que su ejecución pudiera causar un grave perjuicio al interesado o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto...”.

Pues bien, en el caso que nos ocupa resulta claro que las medidas preventivas previstas en LCC, no tienen cabida en ninguna de las dos hipótesis de ruptura del principio del carácter ejecutorio de los actos administrativos, previstas en el citado artículo 87 de la LOPA, porque no son dictadas en el marco de un procedimiento administrativo de segundo grado, pues sencillamente la “medida preventiva” a que se contrae el artículo 44 de la LCC, se trata de un acto que se adopta de oficio por la CGR, sin que exista acto alguno que sea producto de un procedimiento constitutivo previo. En otros términos, la situación es completamente diferente porque insistimos no existe la impugnación administrativa de un acto administrativo que sea el resultado de la terminación de un procedimiento sancionatorio de primer grado (constitutivo).

Pero en el supuesto de que forzando cánones elementales de hermenéutica jurídica, se admitiese que la medida preventiva constituye una modalidad de la excepción contemplada en el encabezamiento del transcrito artículo 87 de la LOPA, en virtud de que estaría prevista expresamente en la LCC, viabilizando de esa manera la procedencia de las

medidas preventivas contempladas en el artículo 44, numerales 1, 2, 3, 4 y 5, consideramos que tal tesis no sería de recibo debido a que no encontraría base de sustentación en el marco teórico del derecho procesal, del cual se deriva el postulado según el cual constituye un requisito necesario de procedencia de las medidas preventivas que las mismas sean dictadas al inicio o en el curso de un procedimiento administrativo o jurisdiccional.

En desarrollo de esa línea argumental somos partidarios de que esas medidas en realidad tienen naturaleza sancionatoria, por las siguientes razones: primera, porque al intentar definir la “medida preventiva” de inhabilitación el propio artículo 44, encabezamiento de la LCC, la califica de sanción en los siguientes términos: “Sin perjuicio de las *demás sanciones* que correspondan quedará inhabilitado para ejercer cualquier cargo público...”; segunda, al intentar subsumir esta calificación de la ley en el postulado fundamental del derecho procesal que condiciona la procedencia de las medidas preventivas, resulta evidente que tal pretensión debe ser rechazada, razón por la cual ante la aparente colisión entre la denominación del capítulo II (“Medidas preventivas”) del Título II de la LCC y la calificación categórica *de sanciones* que le da el artículo 44, encabezamiento, *ejusdem*, la misma debe ser decidida otorgándole primacía a esta última disposición legal; y en consecuencia, concluir en que la inhabilitación para ejercer cualquier cargo público se trata indudablemente de una sanción; tercera, porque desde el punto de vista sustantivo la sanción es un mal infligido por la autoridad –en este caso administrativa– a una persona por haber violado una norma del ordenamiento jurídico, que obviamente es lo que ocurre en el caso bajo examen.

En esa línea argumental no se requiere ningún esfuerzo interpretativo para admitir que la calificación de sanción que le confiere el artículo 44, encabezamiento, de la LCC a la inhabilitación para ejercer cualquier cargo público, encuadra perfectamente en la definición sustantiva o conceptual de acto sancionatorio antes expuesta, máxime, si se pondera que esta sanción, denominada por el mismo legislador medida preventiva, es un mal que se inflige al infractor de una norma legal, que no está sujeta a suspensión como ocurre con las medidas preventivas que se suspenden una vez que se ha cumplido una determinada condición, ya que en el caso bajo examen debe cumplirse el período de inhabilitación independientemente de que el infractor a posteriori, antes de cumplirse el lapso de inhabilitación, presente la declaración jurada de patrimonio, o corrija los datos que ha falseado en dicha declaración, debiendo extenderse necesariamente el período de inhabilitación indicado en la “medida preventiva”, que puede ser hasta de doce meses. Es así pues que la “medida preventiva” no se levanta en el supuesto antes indicado.

Finalmente, cuando se examina la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sobre la materia, consideramos necesario destacar que este órgano jurisdiccional asume una

posición contradictoria al respecto, pues en la sentencia N° 1510 de 18/12/2013, declara que se trata de una medida preventiva, desde luego basando su motivación en el análisis del artículo 39 de la LCC de 2003 que es repetido en términos idénticos en el artículo 44, encabezamiento y literales 1, 2, 3, 4 y 5 de la LCC de 2022, motivando tal declaración de manera un tanto confusa cuando argumenta así:

B.- Por otra parte, el segundo régimen sancionatorio previsto en el Título II “DE LAS SANCIONES”, se denomina “De las Medidas Preventivas” y se encuentra dispuesto en el Capítulo II que establece un sistema particular o *sui generis* de medidas, en virtud de la finalidad que persiguen ya que están dirigidas fundamentalmente a proteger de forma inmediata el patrimonio público y asegurar el correcto ejercicio de la función pública, regida por los principios constitucionales de honestidad, transparencia, celeridad, eficacia y responsabilidad (Artículo 141 de la Constitución).

Vale destacar que estas “medidas preventivas” contempladas en el indicado Capítulo II, no requieren para su aplicación del procedimiento previo estipulado en el tantas veces señalado artículo 35 de la mencionada Ley, vista la necesidad de ser ejecutadas en forma inmediata una vez detectado, mediante la verificación electrónica o física de ser el caso, el incumplimiento referido a la falta de presentación oportuna de la declaración jurada de patrimonio, pues su finalidad preventiva se traduce en el aseguramiento del correcto ejercicio de la función pública, fundamentado en el derecho a la buena administración y a la moralidad pública, cuyo objeto es garantizar la probidad y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Vale destacar que el fallo es un tanto confuso porque el párrafo comienza señalando que la LCC contiene un segundo régimen sancionatorio en su Título II, para inmediatamente agregar que su capítulo II se denomina “de las medidas preventivas” y es un sistema particular o *sui generis* de estas medidas, pero esa confusión desaparece en el segundo párrafo en el cual se plantea en términos categóricos que este tipo de medidas preventivas no requieren el procedimiento previo previsto en el artículo 35 de la ley de 2002, que se corresponde con el 42 de la LCC de 2022. En conclusión, resulta indudable que la Sala en este fallo declara que este tipo de medidas tienen carácter cautelar, y que por consiguiente carecen de carácter sancionatorio. Esta doctrina es ratificada en la sentencia N° 1290 de 22/11/2017.

En cambio, en la sentencia N° 252 de 18/3/2015 la Sala declara sin ambages que la denominada “medida preventiva de inhabilitación” es una sanción, basando su motivación en el artículo 39 del Decreto con fuerza de Ley contra la Corrupción de 2014, que es repetido integralmente en el artículo 44 de la LCC de 2022, estando dicha motivación concebida así:

Ahora bien, en cuanto a que el órgano contralor incurrió en el falso supuesto por considerar que la sanción de inhabilitación de las medidas preventivas que establece la Ley Contra la Corrupción, la Sala puede constatar del acto impugnado que, en efecto, la Contraloría General de la República calificó la sanción impuesta como una “MEDIDA PREVENTIVA DE INHABILITACION PARA EL EJERCICIO DE CUALQUIER CARGO PÚBLICO POR UN PERÍODO DE DOCE (12) MESES”. No obstante, para esta Sala dicha sanción no constituye en realidad una medida cautelar, en el sentido general como lo estudia el derecho procesal...

(omissis)

Igualmente, se advierte que la sanción de inhabilitación establecida en el artículo 39 de la Ley Contra la Corrupción, fue ubicada por el legislador en el Título II, Capítulo II “*De las Medidas Preventivas*”, lo cual podría generar confusión al intérprete, como posiblemente ocurrió con el órgano contralor, quien al momento de calificar la sanción de inhabilitación la consideró como una MEDIDA PREVENTIVA. De manera que, la situación particular que se presenta con esta norma pareciera corresponder a un asunto formal de técnica legislativa más que de fondo, cuya interpretación no le está dado a la Sala resolver en esta oportunidad, por ser ajena al recurso sometido su consideración; sin embargo, debe aclararse que la ubicación formal que el legislador le dio a la referida sanción en la ley, en modo alguno impide su aplicación, o es capaz de viciar el acto sancionatorio de falso supuesto de derecho ante el alegato que la misma es inexistente.

De los párrafos anteriores se evidencia la contradicción entre las sentencias de la Sala Político Administrativa, pues en la primera la Sala se decanta por otorgarle carácter cautelar a la denominadas en la ley “medidas preventivas”, y en la segunda declara categóricamente que se trata de un acto sancionatorio, pero en ambos casos los derechos de los obligados a declarar se ven perjudicados, porque bien sean medidas preventivas, estas se acordarían sin que estuviera en curso un procedimiento constitutivo, o bien sean sanciones, las mismas son impuestas “de plano” por la CGR, es decir, sin la previa apertura, sustanciación y decisión de un procedimiento, violando de esa manera flagrantemente el derecho al debido proceso –procedimiento en este caso– consagrado en el artículo 49, numeral 1, referido al debido proceso, y consecuentemente también se transgrede la presunción de inocencia (numeral 2 *ejusdem*).

Es cierto que en la segunda sentencia la Sala establece que el debido procedimiento se cumplió cuando se realizó la verificación patrimonial, porque el caso estaba relacionado con el falseamiento de datos contenidos en la declaración jurada de patrimonio (numeral 2, del artículo 44). Sin embargo, este argumento carecería de consistencia, en virtud de que la sanción de inhabilitación se impuso en una fecha distinta a la de sanción de multa que es prevista en el artículo 38 de la LCC, que es la que corresponde cuando una vez sustanciado el procedimiento sancionatorio

queda demostrado que la persona incurrió en el ilícito falseamiento de los datos contenidos en la declaración jurada de patrimonio.

Pero en la hipótesis de que hubieran sido impuestas a la persona en el mismo acto, podría argumentarse la violación del principio constitucional del “*non bis in ídem*” (artículo 49, numeral 7, constitucional), en virtud de haberse aplicado dos sanciones por la comisión del mismo hecho violatorio del mismo ordenamiento administrativo (dos sanciones administrativas), la sanción de multa y la sanción de inhabilitación por la misma conducta realizada por la misma persona. No obstante, en desmejora de los derechos de los ciudadanos la Sala Constitucional del TSJ, ha cambiado su criterio, pues antes admitía que el *non bis in ídem* no se violaba cuando se imponían sanciones en distintos órdenes administrativos, ahora ha señalado que puede imponerse en el mismo orden administrativo siempre que sea de una naturaleza distinta, eso significa que en un mismo orden administrativo se imponga una sanción pecuniaria y por otro lado una sanción interdictiva como es la inhabilitación a la misma persona por la misma conducta por los mismos hechos, por lo cual, en criterio de la Sala Constitucional del TSJ no hay violación del principio del *non bis in ídem*.

Tampoco es de recibo invocar la aplicación analógica del artículo 105 de la LOCGR, de dudosa constitucionalidad, pese a la decisión en contrario de la Sala Constitucional del TSJ, que contempla las denominadas “sanciones accesorias” derivadas de la aplicación de la sanción principal en el caso de la comisión de ilícitos que dan lugar a la declaración de responsabilidad administrativa. Sin embargo, en el supuesto de que resultare válido considerar que el procedimiento que sirve de base para imponer la referida sanción es el de verificación patrimonial, esa tesis no tendría aplicación en los restantes cuatro numerales del artículo 44 de la LCC (1, 3, 4 y 5), porque contienen ilícitos totalmente diferentes a los otros nueve tipificados en el artículo 38 *ejusdem*.

En suma, el análisis de la segunda sentencia parcialmente transcrita, evidencia que pese a la declaratoria de que la inhabilitación para ejercer cargos públicos es una sanción administrativa y no una medida preventiva, como la calificó la CGR, de todas maneras dicho fallo mantiene la inseguridad jurídica, porque sin duda que la sanción se aplica de plano, en virtud de que no está precedida de la sustanciación del debido procedimiento, violando la garantía del debido procedimiento consagrada en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución referido a que la defensa es un derecho inviolable en todo estado de la investigación y del proceso.

Finalmente, queda claro que esta incongruencia –o quizás sea mejor denominarla inconstitucionalidad– del artículo 44 de la LCC atenta contra los derechos de las personas obligadas a presentar declaraciones juradas de patrimonio, más aún, resulta muy claro es que la confusión derivada

de las normas de la LCC antes citadas, entre medidas preventivas y actos sancionatorios, se ha prestado para que funcionarios contralores obsecuentes con el gobierno se valgan de los mismos para inhabilitar para el ejercicio de funciones públicas, principalmente las de carácter electivas, a ciudadanos opositores al gobierno, según lo que ha trascendido a la opinión pública por los medios de comunicación social, verbigracia el caso de la exdiputada María Corina Machado, a quien se le aplicó la “medida preventiva” de inhabilitación por doce meses para ejercer cualquier cargo público, lo que tuvo como consecuencia su retiro del cargo de diputada que concluía en 2015 y el impedimento para postularse en las elecciones parlamentarias de 2016-2020.

Finalmente, añadir con respecto a esta incongruencia, señalar también que la LCC no establece como tal un lapso de prescripción de las acciones relacionadas para perseguir la declaración jurada, las infracciones de la declaración jurada de patrimonio ni tampoco de las sanciones, aunque no consideramos nosotros que sea un argumento suficiente para sostener que serían imprescriptibles las mismas porque las únicas acciones que son imprescriptibles para perseguir son los delitos que están contemplados en la Constitución, los delitos de lesa humanidad, los delitos graves contra los derechos humanos, los crímenes de guerra, el tráfico de estupefacientes y los delitos contra el patrimonio público, pero se trata de delitos; y son imprescriptibles esas acciones porque así lo contempla la Constitución en los artículos 29 y 271, entonces no sería suficiente en nuestro caso, ante esta ausencia de un lapso de prescripción que se pudiera invocar la imprescriptibilidad en estos casos, ni tampoco consideramos nosotros que pudiera invocarse la prescripción de cinco años que está contemplada en el artículo 114 de la LOCGR, porque la LOCGR establece una prescripción es para los supuestos generadores de responsabilidad administrativa y civil, que son supuestos totalmente distintos a estas infracciones derivadas de la declaración jurada de patrimonio.

Ahora bien, la segunda incongruencia a la que queremos hacer alusión es la inexistencia de normas que establezcan el principio de publicidad de la declaración jurada de patrimonio, y la contradicción con la finalidad de esta. Si la declaración jurada de patrimonio es un medio documental que tiene como finalidad coadyuvar con el logro de una administración transparente de los bienes públicos, y de esa manera contribuir con la política destinada a luchar contra el flagelo de la corrupción administrativa, resulta lógico y congruente con los objetivos perseguidos con dicha finalidad por los órganos de control fiscal, que las declaraciones juradas de patrimonio presentadas por las máximas autoridades jerárquicas de las administraciones centrales y descentralizadas funcionalmente, a nivel nacional, estatal y municipal, estén sometidas al principio de publicidad; naturalmente que también deberían tener ese carácter público las declaraciones de los titulares de los poderes legislativo, judicial,

ciudadano y electoral en el ámbito nacional; y legislativo y ejecutivo a nivel estatal y municipal.

Conviene precisar que el principio de publicidad de las declaraciones juradas de patrimonio se desagrega en dos modalidades, a saber: i) aquella que consiste en la obligación de publicarlas en la respectiva Gaceta Oficial de cada Poder Público descentralizado territorialmente, de manera que sean conocidas por los habitantes de la República, de los estados y de los municipios. Consideramos que la publicación deberá hacerla la CGR dentro de los treinta días siguientes a la recepción de las declaraciones juradas, o de su actualización si fuere el caso; y ii) la modalidad relativa al carácter público de las declaraciones juradas de patrimonio, que se concretaría en el derecho de acceso de cualquier interesado a las declaraciones juradas de patrimonio que presenten los restantes funcionarios que presten sus servicios a los órganos y entes del sector público, que quisiere revisarlas pudiendo inclusive obtener copias certificadas de las mismas, correspondiéndole a la Contraloría General de la República garantizar ese derecho en un tiempo prudencial.

Concebido así, el principio de publicidad adopta una máxima dimensión subjetiva, en virtud de que ninguna declaración jurada de patrimonio estaría exenta del mismo, del cual se derivaría una especie de control ciudadano que naturalmente también podría ser ejercido por las ONG cuya finalidad sea contribuir con los órganos de control fiscal en su vigilancia de la administración transparente de los bienes públicos. Sin embargo, lamentablemente, una norma que consagre este principio en cualquiera de sus dos modalidades resulta inexistente en nuestro ordenamiento jurídico, como si está consagrado en normas de rango constitucional o legal en países de nuestro entorno, tales como Perú, Chile, Argentina, Uruguay, Bolivia, y en Iberoamérica España y Francia.

No obstante, el principio no resulta desconocido en nuestro país ya que tempranamente, en la década de los cuarenta del siglo XX encontramos dos antecedentes en la consagración normativa del mismo. Se trata de los Decretos N° 54 y 113, de fechas 17 de noviembre y 31 de diciembre de 1945, dictados por la Junta Revolucionaria de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela, el primero de los cuales estableció que la declaración jurada debía presentarse ante la Comisión Sustanciadora, creada por el mismo instrumento legal, y el Decreto N° 113, que debía realizarse ante un juez, o sea, en forma autenticada, del lugar donde el empleado ejercía sus funciones. Asimismo, este último estableció que la declaración que debían presentar los funcionarios, al cesar en el ejercicio de sus cargos, debía hacerse ante el mismo juez que recibiera el testimonio anterior, la cual estaba sometida al libre acceso de los ciudadanos. La norma del decreto ley de facto estaba concebida así:

La declaración jurada de patrimonio podía ser conocida por las personas que tuvieran interés en ello, y los funcionarios ante quienes se extendían estaban obligados a otorgar copia certificada a quienes se las solicitaren.

Por lo tanto, si bien no se imponía el deber de su publicación en la Gaceta Oficial, se le otorgaba carácter público, en virtud de que todas las personas podían tener acceso a la misma, lo que significó un gran avance en esta materia, si se pone en valor la fecha en la cual fueron dictados los citados instrumentos normativos, sin desconocer el contexto histórico político en el cual emanaron, pues cabe recordar que resultan del ejercicio del poder legislativo por un gobierno de facto, que recurría en ese sentido a los decretos leyes de facto, ya que se trataba de la Junta Revolucionaria de Gobierno que el 18/10/1945 asumió el poder, como consecuencia del derrocamiento del gobierno constitucional presidido por Isaías Medina Angarita.

Esas normas son suprimidas en los posteriores instrumentos normativos que han regulado la declaración jurada de patrimonio, siendo así que la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos de 1948 no estableció expresamente el carácter secreto de la declaración patrimonial, pero como ya dijimos suprimió la norma contenida en los referidos decretos leyes de facto, ni tampoco la ley que la derogó, esto es, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1982, la cual por el contrario dispuso en su artículo 24, indirectamente el carácter reservado del documento bajo examen, al prescribir que las actuaciones que realizara la CGR para determinar la responsabilidad administrativa o para sustanciar aquellos casos en que pudiera derivarse responsabilidad civil o penal, eran secretas, menos para el investigado, sus abogados y el representante del Ministerio Público. Por otro lado, el carácter reservado de los archivos del mencionado órgano contralor también se derivaba del artículo 49 de su Reglamento Interno (1983), que disponía “Los archivos de la contraloría son, por su naturaleza, reservados para el servicio de la Institución...”, considerando que las declaraciones juradas de patrimonio pasaban a formar parte de los archivos de la CGR adquirirían el aludido carácter reservado.

La LOCGR de 2001 tampoco establece de manera expresa el carácter público, ni mucho menos las LCC de 2003, 2014 y 2022, por lo que se colige que en el panorama concerniente al principio de publicidad de las declaraciones juradas de patrimonio no se visibiliza en el radar del ordenamiento jurídico venezolano, al punto de que nunca los constituyentes venezolanos la han considerado como una materia que deba tener rango constitucional, pues como se dijo antes, apenas de manera contingencial en el artículo 95 de la Constitución de 1999 se menciona, pero referida a la creación de la obligación de los dirigentes de las organizaciones sindicales, más en ninguna de ellas –reiteramos– llegó a establecerse ni

siquiera un indicio del principio de publicidad en ninguna de sus dos modalidades.

Por otra parte, consideramos que en el marco de la “debilidad” del actual Estado de derecho no sería de recibo la invocación del artículo 9 de la LCC, para lograr que cualquier interesado u ONG tenga acceso a una o varias declaraciones juradas de patrimonio de uno o varios funcionarios públicos, pese a que el citado precepto legal establece

Artículo 9. Toda la información relativa a la administración, manejo y custodia del patrimonio público que corresponda a las personas sujetas a esta Ley, *tendrá carácter público*, salvo las excepciones que, por razones de Seguridad de la Nación, *expresamente establezca la Ley*.

La norma transcrita resulta diáfana, clara y amplia, razón por la cual nada obsta para que resulte aplicable a las declaraciones juradas de patrimonio el principio de publicidad en sus dos modalidades, pues podría imponerse a los altos funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales, la obligación de hacer públicas sus declaraciones, y al resto de los trabajadores al servicio de los órganos y entes del sector público, podría imponerse en la modalidad de libre acceso a las declaraciones juradas de patrimonio, ya que todos ellos están sujetos a la LCC, que es único requisito exigido por el transcripto artículo 9 del citado instrumento normativo, para que las declaraciones juradas de patrimonio que estas presentan adquieran “*ope legis*” carácter público, en los términos antes expuestos.

Sin embargo, no dudamos que “*ipso facto*” la constitucionalidad de esta norma sería cuestionada, aunque por cierto fue introducida en la LCC de 2003, se mantuvo en la de 2014 (en ambas en el artículo 8) y en la de 2022, con ligeros matices pasó a ser el artículo 9, porque se invocaría la supuesta colisión con el artículo 60 constitucional, que consagra el derecho de la intimidad. En fin, en los tiempos que corren resulta muy improbable que la incongruencia normativa derivada de la inexistencia de una norma que consagre el principio de publicidad, resulte superada por vía normativa o jurisprudencial.

La otra incongruencia que queremos hacer alusión es la que deriva de los artículos 78 de la LOCGR y 28 de la LCC, que obligan a todos los prestadores de servicios a órganos y entes del sector público, a presentar la declaración jurada de patrimonio. Por supuesto que es necesario exigirles a las personas que prestan servicios a los órganos y entes del Estado, la presentación de la aludida declaración jurada, porque constituye, como lo hemos dicho antes, un mecanismo importante en la lucha contra la corrupción administrativa, que es un flagelo que corroe el patrimonio público que ha estado presente desde el año 1958 de reinicio de la democracia, pero que desde los inicios del siglo XXI ha adoptado dimensiones inimaginables, en claro detrimento de los derechos de la ciudadanía.

Así lo entendió tempranamente el legislador al sancionar en el año 1982 la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, con la debida ponderación al exonerar de la obligación de presentarla a determinadas categorías de personas prestadoras de servicios del Estado, tales como profesores y maestros que no tuvieran otra actividad pública que la enseñanza, los suboficiales, clases y soldados de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (FANB), que no ejercieran funciones administrativas (artículo 7), y al mismo tiempo facultó al CGR para que además exonerara a otras categorías de servidores públicos (artículo 7 numeral 5), quien mediante Resolución N°01-00-00-040 del 13 de noviembre de 1997 ejerció esa facultad y exoneró, entre otros, a los funcionarios que ocupasen cualesquiera de los cargos incluidos en el Manual Descriptivo de Cargos, cuyas funciones no tuviesen asignadas atribuciones relacionadas directa o indirectamente con la administración del patrimonio o del fondo público. Igualmente se exoneró a los cuerpos de policía, a los cuerpos de investigación, prevención e inteligencia y a los cuerpos de bomberos.

Esta ponderación que exonera a una gran categoría de funcionarios se pierde cuando entra en vigencia la LOCGR del 2001 y también la LCC del 2003 porque a la luz de estas dos leyes, toda persona independientemente de las funciones que realice, queda obligada por el sólo hecho de prestar servicio al Estado. A pesar de que la LOCGR sigue estableciendo esa facultad del contralor para que exonere por vía de resoluciones, vemos que lo hizo en un ámbito muy limitado, porque dictó la resolución N° 01-00-055 del 17 de julio de 2003 donde se exoneró a un número muy limitado de personas (obreros, maestros y suboficiales de las FANB); cuyo contenido fue repetido en la Resolución N° 01-00-001 del 9 de enero de 2006, la cual fue derogada en el año 2009, por la Resolución N° 01-00-000122 del 19 de junio de 2009 (y posteriormente en el mismo sentido, la Resolución N°01-00-000159 del 17 de mayo de 2016), razón por la cual fueron suprimidas todas las exoneraciones desde el año 2009, volviendo a cobrar vigencia las normas contenidas en los artículos 78 de la LOCGR y 28 de la LCC, las cuales exigían la presentación a todos los trabajadores del sector público comenzando por los obreros, incluyendo a los dirigentes de la organizaciones sindicales quienes están obligados a presentar declaración jurada de patrimonio por mandato constitucional (artículo 95).

Por consiguiente, la situación actual está regulada en el artículo 28 de la LCC, el cual dispone que, sin perjuicio de lo establecido en la LOCGR, las personas señaladas en su artículo 3, deberán presentar declaración jurada de patrimonio dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión de sus cargos y dentro de los treinta días posteriores a la fecha de su cese. El citado artículo 3 de la LCC contiene una larga enumeración de funcionarios entre los cuales menciona varias categorías de trabajadores que le prestan servicios a entes de Derecho Privado estatales

(empresas del Estado, fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado) a quienes califica como funcionarios públicos, extendiendo de esa manera su ámbito subjetivo de aplicación a aquellas personas que, en sentido estricto, no son considerados funcionarios públicos por la Ley del Estatuto de la Función Pública, con la particularidad de que utiliza para hacer la mencionada extensión de su ámbito subjetivo, la variable relativa a la naturaleza de las funciones que ejercen o de los servicios que prestan, en los cuales siempre debe estar involucrado la administración de patrimonio público.

De ese modo, siendo que el eje articulador de la calificación de los sujetos obligados a declarar, gira en torno a la variable patrimonio público, en el sentido de si estos administran fondos públicos, indistintamente si se trata de que sus empleadores sean personas jurídicas de Derecho Público o personas jurídicas estatales de Derecho Privado, pues lo que determina el nacimiento de la obligación de presentar declaración jurada de patrimonio es la calificación de públicos de los recursos que administran.

Por otro lado, el artículo 78 de la LOCGR repite el número de obligados a presentar declaración jurada de patrimonio contenida en la LCC, pero además la amplía en demasía al establecer de manera general que tienen el carácter de obligados “los funcionarios, empleados y obreros del *sector público*, los particulares que hayan desempeñado tales funciones o empleos, los contribuyentes o responsables según el Código Orgánico Tributario...”. La ampliación está determinada por la variable sector público el cual está definido en el artículo 5 en forma muy amplia en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en los siguientes términos:

Están sujetos a las regulaciones de esta Ley, con las especificidades que la misma establece, los entes u organismos que conforman el sector público, enumerados seguidamente:

1. *La República.*
2. *Los estados.*
3. *Los distritos.*
4. *Los municipios.*
5. *Los institutos públicos.*
6. *Las Universidades Nacionales, Institutos, Colegios Universitarios Nacionales y otras instituciones públicas de educación superior.*
7. *Las Academias Nacionales.*
8. *Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas,*

además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.

9. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social.

10. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos.

11. Las demás personas jurídicas estatales de derecho público. (Cursivas nuestras).

Pues bien, basta la lectura del precepto transcripto para comprender la dimensión de la esfera subjetiva de la LOCGR en la materia bajo análisis, conforme a la cual no queda ningún servidor del Estado que no esté obligado a presentar la declaración jurada de patrimonio, siendo así que lo estarán los obreros, todo funcionario y empleado, entre los que nos interesa mencionar, los obreros, los maestros, los profesores universitarios, los ingenieros, los bomberos, los trabajadores sanitarios (médicos, enfermeros, fisioterapeutas, radiólogos, etc.), los soldados, los suboficiales de carrera de la FANB, los integrantes de los cuerpos policiales, y en general todo servidor público aunque no desempeñe funciones de dirección y no administren bienes públicos.

Hemos expuesto sucintamente lo que consideramos una involución normativa para intentar demostrar la actual incongruencia lógica y jurídica de las antes citadas normas de la LCC y de la LOCGR, pues mediante su aplicación se acumulan en la CGR aproximadamente cinco millones de declaraciones juradas, que se corresponden con el número aproximado de trabajadores estatales, según versiones de prensa, que están obligados a presentarlas, cuya procedimiento de verificación resulta casi imposible de realizar, lo que permite presumir que esa incongruencia normativa desnaturaliza la finalidad de la declaración jurada de patrimonio, pues la finalidad última de su exigencia es lograr que el órgano contralor las someta al procedimiento de verificación patrimonial para intentar detectar indicios de incremento patrimonial irregular y actuar en consecuencia.

Es así que nos preguntamos qué sentido tiene entonces exigirle el cumplimiento de esa obligación a obreros (salvo los directivos de organizaciones sindicales), maestros, bomberos, profesores universitarios, soldados, guardias nacionales, suboficiales de carrera, empleados administrativos que ejerzan cargos que no sean de alto nivel o de confianza, y en general a cualquier otra categoría de trabajadores estatales, todos los cuales como regla general no ejercen funciones directivas ni administran bienes públicos, y nos preguntamos entonces sí a las grandes contratistas del Estado (PDVSA, la CVG, de CORPOELEC) ¿se les exige la declaración jurada de patrimonio? Pareciera que en la práctica la declaración se

convierte en un instrumento inútil para lograr una administración transparente de los recursos públicos y coadyuvar en la lucha contra el flagelo de la corrupción administrativa, máxime si la CGR en la remota eventualidad de que pudiera sospechar que algunos de las clases trabajadores antes mencionados posean un patrimonio que no se corresponde con sus ingresos, siempre podrá de conformidad con el artículo 78 de la ley que regula sus funciones, solicitarles que presenten declaración jurada de patrimonio. Inclusive nos atreveríamos a sostener que ni siquiera las declaraciones juradas que son actualizadas anualmente son sometidas al procedimiento de verificación patrimonial.

Por último, nos preguntamos si en todos estos hechos de corrupción que han salido a la luz pública últimamente con respecto a PDVSA y las demás empresas del Estado, se realizó una verificación patrimonial por parte de la CGR, y se les exigió la declaración jurada anual que deben presentar esos funcionarios y fue debido a estas actuaciones que se activó un procedimiento de verificación por parte de la CGR que dio lugar a que se detectaran todos estos indicios de corrupción y se llevaran a cabo todas las acciones que se están tomando. No pareciera que la CGR haya jugado ningún rol relevante.

Las razones expuestas en el párrafo anterior demuestran la incongruencia normativa derivada de la LCC y la LOCGR, al exigir a la totalidad de los trabajadores que prestan servicios a los entes y órganos del sector público, con la particularidad que ni siquiera se requiere modificar esas normas legislativas para suprimir la mencionada incongruencia normativa, pues bastaría que el Contralor General de la República, como hizo hasta el 2006, dictara una o varias resoluciones mediante las cuales exonerara a todos o a la mayoría de los prestadores de servicios de los órganos y entes del sector público que no ejercen funciones administrativas ni administran recursos públicos. Teniendo presente que siempre podrá el aludido alto funcionario modificar las resoluciones pudiendo excluir de la lista de exonerados, a las categorías de funcionarios que la experiencia haya demostrado que resulta necesaria exigirles la declaración jurada de patrimonio.

En suma, el examen de las incongruencias normativas de algunas normas de la LCC y LOCGR relativas a la declaración jurada de patrimonio por los trabajadores que le prestan servicios a los órganos y entes del sector público, evidencia que las mismas han incrementado la inutilidad de la misma para el logro de la finalidad de coadyuvar con el logro de la administración transparente de los recursos públicos, así como el de una lucha eficaz contra el flagelo de la corrupción administrativa, pero al mismo tiempo han dado lugar a que se convierta en un instrumento de persecución política, de tal manera que devenga en una herramienta inútil para lograr su finalidad y de transgresión de los derechos fundamentales al trabajo y al acceso a cargos electivos. Muchas gracias.

XXIII ENCUENTRO AVEDA: DESCENTRALIZACIÓN CORPORATIVA: CASO DE UNIVERSIDADES Y COLEGIOS DE ABOGADOS

Maibí Rondón Finamore y Ana María Ruggeri

Fecha: 14 de julio de 2023

Maibí Rondón Finamore

Buenos días. Me corresponde el caso específico de los Colegios de Abogados. Quisiera estructurar esta conferencia bajo el siguiente sumario: la naturaleza jurídica de los actos que emiten los colegios de abogados, el control judicial de los mismos, el necesario rol que deben cumplir los Colegios de Abogados para finalizar con la intervención gubernamental en los Colegios de Abogados de Venezuela.

Así las cosas, los Colegios de Abogados en su gran mayoría son instituciones centenarias, son entes regulados por el legislador a través de leyes –y en este caso por la Ley de Abogados que data de 1967– pero que no son considerados personas jurídicas estatales. Esto es bien importante porque no existe sobre ellos ningún control de tutela por parte del Estado como tampoco tienen participación patrimonial por parte del mismo, lo que significa que no son parte de la estructura organizativa del Estado, son colegios profesionales, parte de la sociedad civil que gozan de plena autonomía funcional y financiera frente al Estado pero que, además de ello, cuentan con autonomía política, es decir, que se les “permite” elegir con libertad a sus autoridades sin ninguna injerencia estatal. Sin embargo, éstas organizaciones están sujetas a regulaciones del Estado y esto por la importancia de la función o el rol que ellos deben cumplir como es la protección y vigilancia del ejercicio de la profesión de la abogacía, tal como lo establece la Ley de Abogados y su reglamento. También están sometidos a las resoluciones y acuerdos que dicte, para ello, la Federación de Abogados de Venezuela y el Instituto de Previsión Social del Abogado.

Los Colegios de Abogados son corporaciones profesionales con personalidad jurídica y patrimonio propio encargados de velar por el cumplimiento de las normas y principios de lo que es la ética profesional de sus miembros y la defensa de los intereses de la profesión.

Para determinar la naturaleza jurídica de los actos que deben emitir los Colegios de Abogados, así como su control judicial, debemos analizar una figura que es la de los actos de autoridad que ha sido desarrollada

por la doctrina nacional, también por la jurisprudencia y con su injerencia de la doctrina del derecho comparado especialmente el derecho francés. Se trata de una creación jurisprudencial que se ha configurado en torno a los actos que pueden ser atacados ante los tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo y que nos ha llegado por esa influencia del Derecho Administrativo francés que data desde 1942 y que se ha apoyado fundamentalmente en los elementos: 1. La gestión de servicio público; 2. El ejercicio de potestades públicas a través de particulares.

Este tipo de actos han sido aceptados por parte de la doctrina del Derecho Administrativo y por la jurisprudencia de otros países y ha tenido una especial consagración legislativa en países como España y Colombia. En Venezuela se ha reconocido la existencia de este tipo de actos emanados de particulares como actos de autoridad en sentencias emblemáticas emitidas por la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo en el conocido caso de la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela (sentencia de 1986); también la Sala Política-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso contra el Colegio de Abogados del Distrito Federal. Estas sentencias señalaron que otros ordenamientos jurídicos admiten que personas jurídicas de Derecho Privado que a su vez carecen de origen de conducción pública pueden efectivamente dictar actos administrativos, sustentados estos criterios más difundidos y aceptados por la existencia de algunas prerrogativas y que este supuesto está dado al encontrar que es un sujeto de origen privado regido por normas Derecho Civil o en su caso por Derecho Mercantil, pero al mismo tiempo es destinatario de una habilitación de una delegación de naturaleza legal por la cual pasan a participar en forma directa en potestades públicas a través del imperio propio del Estado.

Algunas otras sentencias –que a modo ilustrativo podemos mencionar– son por ejemplo la sentencia de la Corte del 13/2/1986 del caso de la Federación Venezolana de Tiro; también está la sentencia que ya mencioné de la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela; la sentencia de María Josefina Bustamante que fue en el año 1987; el caso de Criollos de Venezuela; el caso Ramón Escobar León vs Universidad Católica Andrés Bello; el caso de José Melich Orsini vs el Colegio de Abogados del Distrito Federal; entre otras tantas.

Estas sentencias han señalado el evidente origen privado de las determinadas personas jurídicas y en las cuales el Estado no tiene injerencia, pero, que por expresas delegaciones fundamentadas en la ley, realizan actos que tiene reservado el poder público y que en tal consecuencia pueden dictar providencias administrativas; sin embargo algunos elementos definitorios de este tipo de actos han ido cambiando a lo largo de la jurisprudencia al ampliar y también reducir este criterio del concepto de actos de autoridad, pero lo más importante es que esta teoría los actos de autoridad ha tenido su origen en las decisiones relativas a los colegios

profesionales, tanto de Francia como en Venezuela, con las sentencias dictadas por los casos relativos a Colegios de Abogados y otros colegios profesionales, donde si bien se le consideraba como personas de Derecho Privado en ejecución de servicios públicos capaces de elaborar actos administrativos, algunos autores e incluso algunas decisiones judiciales habían advertido el carácter privado de estas corporaciones y las respectivas consecuencias de su régimen jurídico administrativo.

Ahora bien, en cuanto a su control judicial, la competencia para conocer la impugnación de estos actos de autoridad estaba atribuida a la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo con fundamento a lo previsto en el artículo 185.3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, luego, cuando fue promulgada la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia nada dispuso sobre esta competencia de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo; sin embargo, en sentencia del 1/8/2004 en el caso José Finol Quintero vs la Universidad Central de Venezuela, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia hizo referencia a que entre las competencias asignadas a la Sala Político Administrativa de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, artículo 5.24 al 37, no se encontraba la competencia para conocer de estos actos emanados de las universidades nacionales, destacando que la mencionada ley no hizo referencia a estas competencias tanto de la Corte de lo Contencioso Administrativo como la que correspondía a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, órganos jurisdiccionales cuyas competencias se encontraban distribuidas de manera sistemática en la normativa prevista en aquellos artículos 181, 182 y 185 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, además de otras competencias previstas en leyes especiales.

Ante tal vacío legislativo, la Sala Político Administrativa señaló, actuando como cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa, que juzgaba necesario seguir aplicando ese criterio jurisprudencial según el cual el alto tribunal había señalado que entre las actuaciones de estas autoridades que le correspondía conocer a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en virtud de la competencia residual establecía entonces este artículo 185.3 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Luego después de más de 30 años de espera fue dictada la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que expresamente hace referencia a estos actos de autoridad en su artículo 7 donde señala que quienes están sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, específicamente en el numeral 6, “cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente que dicten actos de autoridad” y agrega “o que actúen en función administrativa”.

Visto este desarrollo de jurisprudencia venezolana, fue propicia la discusión de considerar como actos administrativos a los actos de autoridad, aunque hay algunas diferencias en la doctrina con respecto a este concepto, pero entendiendo por tal, a aquel acto emitido por una persona de derecho privado que ejerce potestades públicas atribuidas por la ley para el ejercicio de un servicio público o de una actividad de interés público o en ejercicio de una función administrativa.

Quiero terminar esta conferencia una vez entendida la importancia del rol que han cumplido estas instituciones centenarias y que deben seguir cumpliendo los Colegios de Abogados en Venezuela y los actos que emiten sobre la injerencia, intromisión, intervención gubernamental en los Colegios de Abogados del país, lo que desvirtúa considerablemente la libertad de asociación, y en consecuencia su autonomía política y la posibilidad de poder elegir a sus autoridades.

Ha sido reiterada la práctica de controlar a las corporaciones profesionales a partir de los procesos electorales y todo esto ha ocurrido desde la Constitución de 1999 donde se ha sometido a las instrucciones y lineamientos del Consejo Nacional Electoral, incluso el Tribunal Supremo de Justicia conforme 293.6 constitucional, prácticamente se ha aniquilado la operatividad y funcionamiento de los Colegios de Abogados, sin contar la falta de recursos que los mismos tienen porque se ha cercenado toda la posibilidad de recaudación por parte de los colegios profesionales que en su oportunidad lo podían hacer, a través de decisiones tomadas después de esta Constitución de 1999.

En Venezuela se ha experimentado de forma reiterada una persecución contra todas las organizaciones de la sociedad civil, llámese partidos políticos, sindicatos, gremios, y los Colegios de Abogados no escapan de ello, como consecuencia se ha desmejorado de forma constante y significativa las condiciones para su funcionamiento y operatividad y el fin para el cual la ley les ha dado potestades a los Colegios de Abogados, muy especialmente para la libertad de asociación, protección y defensa del Estado de derecho. La pérdida de identidad de estas organizaciones de la sociedad civil que deberían ser autónomas, está impuesta desde el gobierno nacional y tiene su origen en la entrada de vigencia en la Constitución, y justamente después de este contexto se ha establecido como política gubernamental el control de organizaciones de la sociedad civil como lo son los Colegios de Abogados. Todo esto se ha logrado mediante el control de sus procesos electorales a través del Consejo Nacional Electoral que ha dirigido los procesos de elección no solamente con retrasos, hay Colegios de Abogados que han tenido 11, 12 y hasta 20 años sin tener alternabilidad en sus autoridades porque ahora están sometidos a la decisión de conveniencia del Consejo Nacional Electoral.

La Constitución del 99, en su artículo 105, reconoce expresamente la existencia de los colegios profesionales y establece que la ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas; sin embargo, el artículo 293.6 constitucional contiene otra regulación que afecta la autonomía de los colegios profesionales dado que el mismo tiene como propósito que el Estado, por intermedio del Consejo Nacional Electoral, vigile, controle, fiscalice los procesos electivos de sus autoridades y demás miembros directivos. Este control de cualquier elección de una asociación o corporación ha generado una intromisión en el ámbito privado de las organizaciones, esto afecta gravemente la libertad de asociación pues uno de sus elementos básicos es el de designar a sus miembros y a la elección de sus autoridades, pero al exigirse la intervención del Consejo Nacional Electoral en la práctica se ha impuesto ese control por parte del Estado, además de las sentencias que han dictado a través del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional y en Sala Electoral.

Los Colegios de Abogados han sido las organizaciones más afectadas especialmente por ser las instituciones que siempre estuvieron caracterizadas por promover la defensa y protección del Estado de derecho, la separación de poderes, pilares fundamentales de toda democracia. A inicios del 2000, por resolución del 4 de febrero del Consejo Nacional Electoral, en atención a lo dispuesto en el recitado artículo constitucional 293.6 y en concordancia con lo dispuesto en la disposición transitoria octava de la Constitución establecieron dejar sin efecto las elecciones efectuadas en los gremios profesionales a partir de diciembre de 1999 por haberse realizado en contravención con las disposiciones consagradas en la Constitución para la convocatoria, organización, supervisión y dirección de los procesos electorales; también señaló esta resolución la suspensión de todos los procesos en curso de los gremios profesionales y que los procesos electorales de los gremios podrían efectuarse a partir del segundo semestre de ese año en curso y a tales fines el Consejo Nacional Electoral dictaría, oída la opinión de los gremios profesionales, las normas y procedimientos.

Más adelante, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia comenzaba a anunciar que el Poder Electoral era la autoridad competente, no solo para la organización de las elecciones de los cargos públicos sino de todos aquellos que celebren en organizaciones que sean la expresión de la voluntad popular como mecanismo destinado a garantizar el ejercicio de los derechos políticos y en general la participación protagónica de los ciudadanos, mediante diversas modalidades específicas en el artículo 70 de la Carta Magna, ello conforme a la sentencia N° 43 de mayo del 2000 recaída en el caso del Colegio de Ingenieros de Venezuela. En esa misma sentencia, la Sala Electoral estableció de forma tajante respecto al carácter público de los colegios profesionales, que ello supone un interés

particular y que en su funcionamiento por parte del Estado que lo obliga a intervenir –y cito textualmente– “en forma directa y decisiva en la determinación de los procesos electorarios que las mismas ejecuten y que deben sujetarse estrictamente a los mecanismos de consulta democrática y participativa que la nueva Constitución propugna para todas las instituciones de cualquier tipo que ella sea”.

De ahí en adelante se dictaron una serie de sentencias tanto de la Sala Constitucional como de la Sala Electoral en las que se vieron afectadas los Colegios de Abogados de Caracas, de Aragua y del Zulia; también hubo una intromisión en lo que fue la Federación del Colegio de Abogados de Venezuela y el Instituto de Previsión Social del Abogado, éstas fueron objetos de intervenciones luego de que el Tribunal Supremo de Justicia decidiera utilizar o anular sus procesos electorarios sobre la base de que supuestamente la normativa utilizada no se correspondía con los preceptos establecidos en la Constitución de 1999 y conforme a lo previsto en el 293.6.

Luego de estas sentencias, encontramos la sentencia N° 13 donde se ordena la suspensión de la elección del Colegio de Abogados del Distrito Metropolitano de Caracas bajo el fundamento de que esos comicios se encontraban retrasados del año 2000. Posteriormente, se dictaron las normas por parte del Consejo Nacional Electoral. El Colegio de Abogados del estado Carabobo un día antes de sus elecciones fueron suspendidas las mismas por parte de la Sala Electoral; y así mismo la más comentada es el caso del Colegio de Abogados del estado Lara, que en sentencia contra este colegio hay una violación de su autonomía e independencia, esta fue la sentencia N° 0100 del 19/10/2002. La Sala Electoral en octubre del 2022, se declaró competente para conocer un recurso electoral presentado por un miembro del Frente de Abogados Bolivarianos de la entidad larense, pero lo más grave de esta sentencia, además de la violación a la autonomía gremial, es que eliminó las dos juntas provisionales que existían en ese momento, decididas por asamblea general del Colegio de Abogados del estado Lara, pero no llamó a elecciones y nombró una junta *ad-hoc*, además de ello, lo que me llamó más la atención es que nombró al recurrente como miembro de la junta directiva sin mencionar siquiera la posibilidad de unas elecciones en el Colegio de Abogados del estado Lara, hasta tanto se dicte la sentencia definitiva.

Es evidente que estas sentencias son una violación a la autonomía gremial, este fallo se ha producido después de que la Sala Constitucional modificara parcialmente la sentencia N° 517 del 11/8/2022 relativa a la junta directiva de la Federación Campesina de Venezuela, y la sentencia de la Sala Electoral N° 79 del 1/8/2022 de ese mismo año referente a las elecciones de la Universidad Central de Venezuela.

Para finalizar quiero dejar unas reflexiones, no sólo por lo descrito anteriormente en cuanto a la intervención del gobierno y la violación de la autonomía gremial y la libertad de asociación de los Colegios de Abogados como parte de la sociedad civil, sino la importancia de que los colegios profesionales vuelvan a ser gremios, la despartidización de los mismos, la ética del abogado, el cumplimiento de los postulados establecidos en la Ley de Abogados, su reglamento y el Código de Ética. En muchos de los casos, quienes se postulan a estos cargos sólo buscan un reconocimiento público o una palestra política dejando a un lado el rol que como abogados parte integrante del sistema de justicia debemos cumplir. Se realizan postulaciones, se van a elecciones y muchas veces no cumplen en los periodos, o lo que es peor, no cumplen las promesas ofrecidas a sus agremiados. No podemos olvidar que desde las universidades y de los colegios profesionales podemos construir una mejor sociedad. Muchas gracias.

Ana María Ruggeri

Es un verdadero honor que la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo me haya seleccionado para participar con ustedes. Quiero dedicarle mi pequeña exposición al profesor Enrique Pérez Olivares quien fue decano cuando yo era estudiante y a quien le tocó un momento muy difícil que fue el tema de la suspensión de actividades en la Universidad Central de Venezuela siendo decano. Había una convulsión muy grande dentro de la universidad en pro de los que se llamaban los “autonomistas” que eran aquellos estudiantes universitarios que confrontaban a las autoridades que se suponía eran oficialistas y que no están de acuerdo con la autonomía universitaria. Le tocó también a Pérez Olivares una cosa bien importante que fue el haber puesto en marcha la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos de nuestra facultad por el año 1973.

Todo esto obedece a que a mí me toca hablar de las universidades y efectivamente eso me rememora mucho a la época en que yo fui estudiante de la universidad, y como verán ustedes, no va a tratar sobre jurisprudencia venezolana sobre las universidades sino más bien voy a tratar sobre qué son las universidades y un poco sobre qué se ha escrito sobre las universidades y cuál es esa universidad que fue pionera porque se forzaron las primeras elecciones de las universidades públicas después de mucho tiempo sin haber habido procesos democráticos de selección de autoridades en las universidades públicas venezolanas.

Cuando se me asignó el tema de las universidades les confieso que pensé mucho en mi querido y respetado profesor y amigo Manuel Rachadell de quien me habían comentado que había dictado algunos seminarios en el doctorado de nuestra facultad sobre el tema de las universidades, y

el profesor Rachadell tuvo el hermoso gesto de enviarme su libro que no está publicado, que llama al diálogo de las universidades, para que yo de alguna manera tomara algunas ideas para esta charla que vamos a presentar.

Yo no voy a hablar realmente como lo hizo en forma absolutamente excelente la profesora Maibí Rondón Finamore. Ella me recuerda muchísimo a aquellos abogados litigantes que efectivamente se aferran a las ideas tales y como son, cuando la escuché me recordó muchísimo a todas las intervenciones de muchos de nuestros expositores abogados que defienden sus posiciones frente a lo que es el Derecho Administrativo, como debe ser, examinado el Derecho Administrativo, como se deben defender los conceptos de Derecho Administrativo y el control de los actos del Derecho Administrativo como es el caso de los colegios profesionales.

Por supuesto que me hizo recordar que yo fui destituida por una decisión de la Federación de Colegios de Médicos de Venezuela porque a través de su presidente se interpuso un recurso contencioso administrativo de anulación con medida cautelar de amparo que solicitaba la suspensión de los efectos de una decisión del Ejecutivo Nacional, de un reglamento dictado por la Alcaldía del Distrito Capital, el reglamento fue para que los médicos cubanos ingresaran a prestar sus servicios en los ambulatorios del Plan Barrio Adentro creado por Hugo Chávez. En aquel momento se estaban incorporando médicos cubanos a la prestación del servicio de atención médica a los venezolanos.

Lo que hizo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, yo fui su ponente, fue efectivamente declarar procedente el amparo cautelar solicitado y abrir el cuaderno para que se opusiera el gobierno nacional frente a los alegatos de la Federación Médica Venezolana. Esto impactó muchísimo y ahí fue suspendida la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por alrededor de dos años, una cosa absolutamente increíble que la jurisdicción contencioso administrativo quedara paralizada prácticamente, y en el cual efectivamente nosotros quedamos suspendidos.

Esto no se dijo claramente así, pero esa fue la reacción del gobierno nacional frente a la decisión que tomamos respecto al ingreso de médicos cubanos a Venezuela. Nosotros lo que hacíamos era sencillamente seguir la jurisprudencia reiterada hasta este momento que era que para el ejercicio de la profesión de médicos en Venezuela se requería efectivamente hacer una reválida o una equivalencia.

Pues esto que no tiene nada que ver con las universidades me hace pensar en el tema de la descentralización corporativa, ¿es realmente el caso de los colegios profesionales y el caso de las universidades una descentralización corporativa? Yo diría que tanto los colegios profesionales como las universidades, que nacieron con anterioridad incluso a la existencia de los Estados mismos, fueron corporaciones que nacieron mucho

antes de la existencia del Estado moderno. Con lo cual no comparto mucho la tesis de que es una descentralización corporativa porque yo diría que más bien las universidades y los colegios profesionales son organizaciones o estructuras organizacionales más bien sociales que tienen su propio poder distinto a lo que es el poder público como tal; pero sin embargo, sí, en algún sentido, buscando la universalidad del control o de dónde acudir por parte de los ciudadanos frente a las decisiones tomadas por ellos, efectivamente me pregunto yo sí debería ser el contencioso administrativo o por el contrario los tribunales civiles, actos de autoridad vs actos privados (cuando se trate de organizaciones privadas) o actos de autoridad (también cuando se trata de organizaciones privadas por la incidencia social que puedan tener).

Sobre las universidades les confieso que el trabajo de Manuel Rachadell me conmovió mucho porque él es bastante acucioso en su investigación sobre las universidades, porque descubrí ciertas similitudes respecto a la enseñanza básica que recayó también no solamente en Europa sino en los países hispanoparlantes; a mí me llamó la atención muchísimo qué es lo que es la enseñanza básica, cuyo origen se remonta a las escuelas municipales de la época del imperio romano donde se formaban ciudadanos, y después de la caída del imperio romano la tarea de lo que significaba la enseñanza y la ordenación de la enseñanza quedó fundamentalmente en manos de la Iglesia católica que podía efectivamente continuar con esta labor que se había iniciado en la época medieval. Esto no solamente sucedió en Europa, sino que también sucedió en las ciudades venezolanas, por ejemplo, en la época de mi abuelo y mi padre ¿a nombre de quién estaba esa enseñanza previa a la universitaria que era la enseñanza básica? Estaba en manos realmente de los obispos de la Iglesia católica, efectivamente quienes graduaban en enseñanza básica para solicitar su ingreso a la universidad eran los obispos en las distintas ciudades.

Esta enseñanza básica que hubo previa a las universidades podemos decir que se clasificaba en tres tipos de escuelas: las escuelas parroquiales, las escuelas monacales y las escuelas catedralicias; las de mayor nivel académico eran las catedralicias que funcionaban en las sedes episcopales y tenían como apoyo fundamental las bibliotecas de las Iglesias. Las escuelas que se habían formado en las parroquias y en los conventos eran más básicas y servían como auxiliares de las catedralicias o episcopales. Los antecedentes de las escuelas catedralicias se encuentran fundamentalmente en la vocación pedagógica de los obispos quienes reunían a los clérigos en la catedral y desde su silla le daban charlas sobre diversos temas. Es interesante ver que la silla donde se sentaban estos obispos se llamaban “cátedra”, ésta era una silla alta donde se sentaba quién iba a exponer sobre diversos temas a esos clérigos o a esos auxiliares de la Iglesia en su momento, que eran los voceros de lo que fue la enseñanza básica en los pueblos y en las ciudades de la edad medieval.

¿Cuándo surgen las universidades? Quizás aquí es importante señalar que la palabra “universidad” deviene de “universitas” que es un conjunto de personas que se agrupan, que tienen la misma profesión, que tienen su mismo oficio y de ahí las corporaciones. Universitas significa tener el mismo oficio, su agrupación eran las corporaciones que podían ser lo que fue posteriormente los colegios profesionales y corporaciones que también eran el agregado de estudiantes o el agregado de profesores y estudiantes que terminaron siendo las universidades que hoy conocemos como tales. En el medioevo se empiezan a unir estos colegios o estos gremios y se crean las primeras universidades, la más antigua de las universidades de Europa, hay mucha discusión sobre esto, pero la Unión Europea reconoce que es la de Bolonia que data de 1088.

Hay una cosa que es interesante respecto a quienes fueron los primeros que empezaron a estudiar en forma sistemática o a ordenar en forma sistemática el conocimiento, fueron verdaderamente los que se ocupaban de las leyes, los que se ocuparon del derecho, fueron los primeros que empezaron. Las primeras escuelas de nivel superior fueron las escuelas de derecho, no fueron las escuelas de otras disciplinas, así la más antigua de Europa fue la Universidad de Bolonia en 1088 y se menciona a uno de esos jurisconsultos o juristas que se llamaba Irnerio, el más antiguo de los glosadores. Los glosadores para algunos no eran más que una humilde tarea, glosar textos del Derecho Romano es hacer entendible al común de la gente lo que decía el *Corpus Iuris Civilis* y el Digesto, eso fue lo que hizo Irnerio con un conjunto de otras personas que trabajaban con la Iglesia católica, trabajaban con los obispos, con los párrocos, con todo el clero de la Iglesia católica; sin embargo, estaban fuera de los conventos y al estar fuera de los conventos es que se empieza a hablar de universidades. La de Bolonia era por supuesto una escuela de derecho, no era una escuela de todas las disciplinas existentes y mucho menos de las disciplinas de otras universidades donde ya no solamente se hablaba del derecho sino se hablaba de otras disciplinas más liberales entre las cuales estaba la aritmética, la filosofía, la teología y las matemáticas.

Otras antiguas universidades son las de España, la de Salamanca en 1218; la del Reino Unido que es la Universidad de Oxford de 1096; en Francia la Universidad de París; y de América la más antigua de todas las universidades es la de Perú, la Real y Pontificia Universidad Santo Tomás de Aquino; la de los Estados Unidos que es de 1638, la Universidad de Harvard.

A mí me quedan varias reflexiones: Primero, no creo que las universidades sean entes públicos como tales, lo son para las leyes, pero deberíamos al menos pensar que al igual que se les da un cierto reconocimiento social a determinadas organizaciones, esas deberían estar fuera de las manos o fuera de los límites del poder público. Hay una cosa que me llamó la atención de la profesora Maibí respecto a los Colegios de

Abogados, también me llama la atención respecto de las universidades, que efectivamente todos sabemos que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, no tanto en la época en que yo fui magistrado sino con anterioridad, conocía no solamente de algunos actos respecto a las elecciones municipales y también de las elecciones de las universidades, actos de las universidades y la Sala Política Administrativa también, luego cuando yo estuve en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo con la Constitución de 1999, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia asumió la totalidad de las competencias en materia de actos de autoridad o actos dictados en los distintos procesos electorales de la República, estados y municipios; y también de las universidades y de los colegios profesionales.

Habría que pensar nuevamente en fórmulas que permitan que las decisiones de estos entes que son anteriores en fechas a los Estados no sean conocidos tanto por el contencioso administrativo sino por otros tribunales más de contenido independiente. Es una reflexión que hago porque sí me llamó la atención que se haya aceptado el control de las corporaciones por el Derecho Administrativo, por los tribunales.

Hay que reflexionar sobre el hecho de que los Estados sean menos totalitarios con respecto al conocimiento de los asuntos sometidos a los tribunales y que efectivamente sean decisiones que deben ser asumidas por los ciudadanos o por tribunales que no sean de naturaleza pública sino civilistas o de la sociedad civil más bien, porque el poder judicial tenga más tribunales de naturaleza social y civil que pública como es el contencioso administrativo.

Lamento que mi charla haya sido menos administrativista como tal; sin embargo, es lo que pienso que debe insistirse en los momentos actuales en Venezuela, que efectivamente haya menor injerencia regulatoria respecto a las decisiones que toman entes como las universidades que tienen una autonomía y que tiene que ver mucho con lo que significa la autonomía desde el punto de vista de las ideas, de los procesos para la elección de sus autoridades, porque uno de los derechos fundamentales que existen es la libertad de cátedra, no solamente de expresar ideas sino de también actuar bajo formas distintas, que los *pensum* por ejemplo, nuestro nuevo rector de la Universidad Central de Venezuela es un hombre que tiene un enfoque de esa naturaleza, su interés fundamental y lo ha expresado es modificar los *pensum* de estudios de la Universidad Central de Venezuela. Muchísimas gracias.

XXIV ENCUENTRO AVEDA: RETOS JURÍDICOS EN EL SECTOR DE LOS HIDROCARBUROS LÍQUIDOS EN VENEZUELA

Juan Cristóbal Carmona Borjas

Fecha: 15 de septiembre de 2023

El tema que vamos a abordar en la mañana de hoy es uno de gran actualidad e importancia para el país. De hecho, está permanentemente en el tapete de la discusión, tanto técnica como política, a nivel nacional. Se trata del futuro inmediato del sector petrolero al que nos pareció muy oportuno destinar estos minutos, con miras a intercambiar algunas opiniones, propuestas e inquietudes. Es esta una materia en la que he incurrido desde hace muchos años, pero en la que últimamente vengo reflexionando, no sólo en forma individual, sino también como parte de equipos multidisciplinarios, con el objetivo de ayudar a rencauzar al sector energético del país tras más de dos décadas de crisis.

A esos efectos, vamos a efectuar en primera instancia una serie de consideraciones preliminares partiendo de la necesidad de desmitificar el discurso que ha venido enarbolando el gobierno nacional de que finalmente Venezuela ha superado al rentismo petrolero. Si bien ese es un *desiderátum* que, indudablemente, tenemos que seguir procurando alcanzar, en la práctica, en mi opinión, y tomando en consideración los estudios que han efectuado fundamentalmente economistas y periodistas especializados en esta fuente, no es posible sostener que el rentismo petrolero ha sido superado en el país.

Si bien es cierto que desde hace varios años no se cuenta con cifras oficiales serias y creíbles que permitan hacer una medición que desmonte la afirmación hecha por el Poder Público Nacional, todos los indicios conducen a sostener que no es cierta. Al respecto debe señalarse, en primer lugar, que al haberse reducido globalmente la economía venezolana y con ella la renta petrolera, en términos reales esta última no ha perdido la primacía. Es así como, si bien es conocido, por una parte, que actualmente hay una producción que oscila entre los 735 a 800 mil barriles de petróleo por día, lo que está muy lejos de los más de 3 millones a los que llegó en un momento determinado la Industria Petrolera Nacional y, por la otra, que actualmente esa renta petrolera a nivel de exportaciones se traduce en alrededor de 21 mil millones de dólares al año, no cabe duda que ella sigue siendo, la principal fuente de financiamiento en divisas del

presupuesto nacional. A ella le sigue la recaudación del Impuesto al Valor Agregado que, también se ha visto reducida, porque el consumo en el país ha disminuido considerablemente en los últimos años. La tercera fuente tradicional de ingreso público que es la recaudación del Impuesto sobre la Renta también ha sufrido una merma, incluso mayor que la del Impuesto al Valor Agregado, entre otras razones, por el llamado “efecto Tanzi”. Cuando se está en escenarios de inflación o hiperinflación, este tipo de tributos periódicos (anuales) que se paga dentro de los 3 meses siguientes a la finalización del ejercicio económico se ve impactado, puesto que las variables con base en las cuales se liquidan (ingresos, gastos y costos) al haberse causado o registrado durante el año previo a su pago, se ven disminuidas por los efectos inflacionarios que, en el caso venezolano, para este año 2023, se estima cercana al 400%.

Entonces, la primera afirmación que debe hacerse es que en realidad no se ha logrado superar el rentismo petrolero y que, si bien ese es un objetivo por lograr en algún momento en el país, en lo más mínimo, lograr la diversificación de la economía tiene por qué implicar el abandono o desmeritar lo que representa la actividad petrolera y su vital importancia para nuestro país.

En segundo lugar, hay que mencionar que la reactivación integral de la economía venezolana pasa forzosamente por la recuperación de la industria energética, llámese ésta la petrolera, la gasífera o la de las llamadas energías alternativas. Eso no significa que, porque le demos prioridad o relevancia al sector petrolero (porque sabemos es el que de una manera más inmediata y con mayor impacto pueda reactivar la economía venezolana), en paralelo no se atiendan con igual interés e importancia otros sectores relevantes de la economía nacional.

La tercera premisa que hay que tener presente es que el riesgo de que Venezuela sea un país mono productor o que dependa de la renta petrolera no sólo radica en la volatilidad que caracteriza al mercado de los hidrocarburos, sino que de un tiempo a esta parte también ha sido muy pernicioso y peligroso el vínculo que se ha establecido entre el ejercicio de la actividad petrolera y el funcionamiento del Estado (PetroEstado), pero, incluso, yendo más allá, al financiamiento de proyectos políticos.

Se ha oído hablar en numerosas oportunidades y, durante años, de la potencialidad que tiene Venezuela en materia energética y ello es cierto, pero nada ganamos con seguir haciendo alarde de esa potencialidad si ella no se traduce en hechos concretos. Esa potencialidad se fundamenta indudablemente en factores o elementos como el de que, ciertamente, Venezuela cuenta con reservas certificadas, no sólo en hidrocarburos líquidos sino también en hidrocarburos gaseosos, que la colocan en los primeros niveles del mundo. Por otra parte, Venezuela sigue contando con una infraestructura que, si bien está deteriorada y hay que hacerle una

inversión importante en mantenimiento y actualización, en ese ámbito no tenemos que arrancar de cero. También contamos con un recurso humano que, si bien ha emigrado en importantes cantidades, no ha estado al margen del ejercicio activo en los últimos tiempos de sus oficios, sólo que, ejecutándolo en el exterior, por lo que fácilmente puede reinsertarse en el ambicioso, pero factible, proyecto de relanzar la actividad petrolera nacional bajo una visión moderna y global.

En materia de recurso humano, siempre me ha parecido necesario fortalecer las iniciativas académicas con miras a contribuir en la formación técnica del recurso humano que ha de nutrir a la industria petrolera nacional. Si bien en nuestras universidades y demás centros de estudios, existen algunas opciones en ese sentido, hay que potenciarlas y multiplicarlas.

Finalmente, vale señalar que hay que imprimirle velocidad a este proyecto de reactivación del sector energético y muy especialmente al petrolero y gasífero, para que no se pierdan las oportunidades de mercado que aún existen. Cualquier plan de acción que pretenda llevarse a cabo en materia del sector energético debe ser un plan integral que abarque no sólo a los hidrocarburos líquidos que son a los que tradicionalmente les damos mayor preponderancia, sino que también debe atender al sector de los hidrocarburos gaseosos y a las fuentes alternativas de energía sean éstas: eólicas, hidráulicas, solares, geotérmicas, en donde también Venezuela tiene grandes potencialidades y que además ameritan ser atendidas por los compromisos que la República ha asumido en lo que es la agenda de la ONU, específicamente, en el Acuerdo de París que busca que se reduzcan lo que son los efectos negativos que estas fuentes petroleras o gasíferas tienen en cuanto a la liberación de CO₂.

Cualquier plan de acción que pretenda llevarse a cabo dentro del sector petrolero tiene que ser concebido en tres momentos distintos, especialmente, por el factor político que en estos momentos tiene un peso muy importante en el país. En esta presentación me voy a concentrar únicamente a la primera etapa que pudiera suponer ese proyecto, la de un escenario regido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y por la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2006. A esa primera etapa, deberían seguir otras en las que se plantee mantener la Constitución de 1999, pero se produzca una reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2006, y otra, más ambiciosa aún, que involucre una enmienda de la Constitución de la República y una nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Todos estos planes, todas estas iniciativas, tienen que pasar forzosamente por un proceso de reinstitucionalización del país que se traduzca en seguridad jurídica capaz de atraer inversión extranjera, pero también, al inversionista nacional, todos deben sentir que existen condiciones para

hacer este tipo de esfuerzos que sabemos son a largo plazo e involucran grandes cantidades de dinero.

A veces, se afirma que para recuperar la institucionalidad y la actividad económica en el país prácticamente tenemos que partir de cero, porque estamos en un escenario de tierra arrasada. Yo diría que la situación pudiera ser peor, puesto que hay que tener en cuenta factores que van más allá de lo estrictamente económico, esos que por ser intangibles a veces se pasan por alto. Lo cultural y los valores, tanto del pueblo venezolano en general como de su liderazgo político han de ser recuperados y en ello pudiera especularse estamos en muchos casos en menos que cero.

Tenemos muchos años viendo al petróleo bajo una concepción totalmente populista y en los últimos años, además, se ha exacerbado lo que es la politización de la actividad energética. Cuando analizamos las leyes que se han dictado, cuando vemos lo que es la cultura que existe tanto en el venezolano como en el político venezolano encontramos una serie de obstáculos y dificultades que hay que vencer en el momento en que se hagan planteamientos del tipo de los que voy a mencionar más adelante.

Lo cierto es que ya Venezuela tiene una historia de aproximadamente 110 años de experiencia en el sector petrolero, y si algo ha quedado evidenciado es que el intervencionismo y los controles estatales están muy lejos de ser las fórmulas a aplicar, más aún, cuando este tipo de actividad demanda recursos financieros enormes, de tecnología de punta y un recurso humano que no sólo puede tener el Estado sino que tiene que complementar con el sector privado, tanto nacional como extranjero, y mientras no hayan condiciones de competitividad que hagan atractivas y seguras esas inversiones en el país pues será imposible lograr dar los pasos con efectividad, por ello siempre se ha hecho alusión, en los últimos tiempos, al impacto de las sanciones que han impuesto los Estados Unidos de América y la Unión Europea, pero yo diría que no hay peor sanción que las autoimpuestas. Cuando un gobierno o un Estado se aferra a un modelo que no ha dado resultados pues se está autolimitando, se está auto sancionando y, con ello, al pueblo venezolano completo.

Cualquier plan que se pretenda concebir en materia del sector energético, pero específicamente, en este caso, al de los hidrocarburos líquidos tiene que ser el resultado de un esfuerzo multidisciplinario en donde se tomen en consideración los aspectos técnicos, financieros y comerciales y se hagan en consecuencia las propuestas jurídicas teniendo en cuenta, además, que éste es un sector que no puede verse exclusivamente en el contexto venezolano sino a nivel mundial, porque es una actividad con grandes implicaciones e impactos en el ámbito de la geopolítica internacional.

Entrando al tema que realmente nos compete, dada nuestra profesión y experticia, vamos a efectuar a continuación algunas

consideraciones jurídicas bajo esta concepción que les he mencionado de referirnos exclusivamente al corto plazo, y ese corto plazo lo vamos a definir en función de escenarios regidos por la Constitución de 1999 y la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2006 ¿por qué nos planteamos esto, así? por razones evidentes de la realidad política venezolana que hacen poco viable en el corto plazo modificar la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Fíjense, lo que ha sido la experiencia en los distintos esfuerzos que se han hecho por reformar dicha ley, sin éxito alguno. No sólo ha sido posible reformar la Ley Orgánica de Hidrocarburos, sino que tampoco se han logrado avances en la gobernanza o funcionamiento interno de lo que es el esquema de empresas mixtas.

El objetivo fundamental dentro de cualquier plan que se conciba a corto plazo es generar seguridad jurídica, atractivos y competitividad dentro de nuestro país y, para ello, hay que tomar en cuenta al ordenamiento jurídico vigente que, más allá de estos dos instrumentos que mencioné (la Constitución y la Ley Orgánica de Hidrocarburos), también lo integran la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, la Ley Orgánica que Reserva al Estado los Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos y la Ley Orgánica que Reserva al Estado el Mercado Interno de Productos Derivados de Hidrocarburos Líquidos.

En tercer lugar, hay que establecer una serie de lineamientos y esfuerzos dirigidos a la reorganización de la Administración Pública con competencia en el sector de los hidrocarburos que la haga más dinámica, competente, efectiva y transparente. Deben evitarse todas las irregularidades que se han venido denunciando en los últimos tiempos, que abarque tanto al Ministerio del Poder Popular de Petróleo, como a PDVSA y a sus distintas filiales, y se contemple esa posibilidad que se ha venido manejando en los últimos tiempos de crear una oficina o agencia nacional de hidrocarburos.

Aprovechando que estamos precisamente en este foro de AVEDA, que es el idóneo para discutir este tipo de asuntos, una de las inquietudes que siempre me ha generado esta propuesta de la creación de esta oficina o agencia nacional es ¿cómo conciliar su inserción dentro de lo que es el aparato gubernamental o la estructura de la Administración Pública con esa autonomía o independencia que pareciera quererle dar para que ella sea más ágil, dinámica y autónoma? El objeto de la agencia difícilmente puede escindirse o separarse de lo que es el funcionamiento ordinario del Estado, sin perjuicio de que, por supuesto, se tomen medidas para hacerla más eficiente y eficaz. Bueno, dejo ese punto ahí sobre la mesa.

Otro de los objetivos que hay que alcanzar es lograr un apropiado diseño de todo lo que es la política patrimonial y tributaria aplicable al sector sin atentar contra la eficiencia y competitividad del negocio. Es

necesario determinar si los tributos que se están cobrando, si todos los ingresos patrimoniales que involucran a la actividad petrolera como, por ejemplo, las regalías y las ventajas especiales, están bien diseñados, son competitivos con relación a los exigidos en otros países y si es posible concebir otros mecanismos, lo que correspondería incluir en el escenario de mediano plazo que nos hemos planteado que involucra una reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Adicionalmente, debe garantizarse una adecuada canalización de los ingresos que resultan de la actividad petrolera a través del presupuesto de la nación de manera que se logre su justa distribución, no sólo a nivel de la República, sino también de los estados y municipios, porque, a fin de cuentas, la renta petrolera es parte de los ingresos ordinarios que sirven de base de cálculo a transferencias intergubernamentales como el situado constitucional y las asignaciones económicas especiales. Esos ingresos nutren, además, al Fondo de Estabilización Macroeconómica que, valga destacar, quedó borrado del mapa a pesar de que el artículo 321 de la Constitución lo impone como una obligación y para lo cual se utilizó el subterfugio del FONDEN. Todos esos temas hay que volverlos a normalizar para que podamos efectivamente saber cuáles son los ingresos petroleros en el presupuesto de la nación y qué es lo que les corresponde a los entes menores en esa materia y se logren adoptar medidas que realmente contribuyan a la estabilización macroeconómica del país, porque a fin de cuentas, es el sector petrolero el que genera fundamentalmente divisas en Venezuela y el que marca, por consiguiente, la pauta en lo que es la estabilidad del tipo de cambio.

Por otra parte, debemos atender y resolver de la manera más conveniente y económica posible, los procesos judiciales y arbitrales que se están desarrollando y ventilando, sobre todo en el exterior y que han sido interpuestos o seguidos contra la República y PDVSA. Todos esos reclamos se traducen en el reconocimiento y exigencia de deudas comerciales y financieras de PDVSA que no sólo afectan el estatus financiero de la estatal petrolera, sino también al de la República por las razones que más adelante veremos.

Habiendo hecho estas consideraciones que nos contextualizan y nos ubican en lo que debería tomarse en consideración al concebir un plan de reactivación y saneamiento del sector de los hidrocarburos líquidos, vamos a aterrizar las acciones concretas que pudieran instrumentarse, puesto que en muchas oportunidades oímos discursos de políticos, personeros del gobierno o comunicados de distintas instituciones llenos de buenas ideas y buenas intenciones, pero sin adentrarse en su viabilidad y factibilidad a la luz del ordenamiento jurídico venezolano vigente y de la realidad nacional. Dónde están los obstáculos, cuáles son los temas que hay que terminar de resolver y cuáles son las ventanas, que no son muchas, siempre pueden llegar a abrirse para lograr estos objetivos.

Tenemos que partir en esa materia de lo que establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en la que hay tres artículos fundamentales, uno, es el artículo 12 que establece el régimen dominial; otro, es el artículo 302, relativo a la facultad que tiene el Estado de reservarse determinadas actividades económicas; y en tercer lugar encontramos al artículo 303 que tiene que ver con PDVSA o el ente que la sustituya como la instrumentalidad a través de la cual el Estado ha de llevar a cabo la actividad petrolera y con la posibilidad de que se celebren convenios de asociación con el sector privado.

Comenzando con la primera norma, esta es, el artículo 12, que consagra el régimen dominial que, valga señalar, ha existido en Venezuela desde la Constitución de 1811, herencia de la conquista española, nos encontramos con que los yacimientos de cualquier recurso natural pertenecen a la República. Tal afirmación resulta de gran importancia, porque de ello derivan una serie de limitaciones en cuanto a alternativas de participación del sector privado e incluso del propio sector público en el sector de los hidrocarburos. Este artículo, es el que da pie o justifica que se establezca el mecanismo de las regalías por cuanto al ser esos yacimientos del dominio público y pertenecer a la República, cuando ella permite que un tercero los explote, tiene derecho a que una porción de lo extraído le sea entregado con carácter de regalías, es decir, como una contribución patrimonial.

Dada la calificación que hace ese artículo 12, de los yacimientos como bienes del dominio público de la República, estos se mantienen ajenos al tráfico jurídico, son inalienables e imprescriptibles. Aquí, siempre hago la distinción de que una cosa es el recurso natural que yace en el subsuelo del territorio nacional y otra cosa es el régimen jurídico aplicable a ese recurso natural una vez extraído. Cuando hablamos de que pertenece a la República y que además es un bien del dominio público de la República, nos estamos refiriendo al yacimiento, no al recurso natural que es extraído, a esto volveremos más adelante, pero aquí lo que me interesa destacar es que el artículo 113 de la Constitución establece la posibilidad de establecer concesiones respecto de este tipo de bienes del dominio público de la República, siempre y cuando, exista contraprestación o contrapartidas adecuadas al interés público. En pocas palabras, el artículo 12 al establecer que los yacimientos pertenecen a la República y que son bienes del dominio público, en ningún momento impide el otorgamiento de concesiones porque el propio artículo 113 así lo permite.

Por su parte, el artículo 302 de la Constitución es el que establece la posibilidad de que a través de leyes orgánicas el Poder Público Nacional reserve al Estado determinadas actividades económicas, haciéndolas en ese caso de titularidad pública. Al respecto, es importante tener en cuenta que el artículo 302 de la Constitución delegó o comisionó a la Asamblea Nacional (AN) los términos de esas reservas, incluso, en la que

expresamente allí se contempla que es la reserva de la “actividad petrolera”, es decir, que por más que está reservado a nivel de la Constitución la actividad petrolera es el legislador a quien corresponde establecer los términos precisos (materiales y subjetivos), respetando lo que haya dicho la Carta Magna.

Fíjense que el artículo 302 de la Constitución alude expresamente a la “actividad petrolera”, pero no define lo que por ella ha de entenderse. Ésta, sin embargo, ha sido asumida como la relativa a los hidrocarburos líquidos y ya veremos que es a la Ley Orgánica de Hidrocarburos la que, además, agrega a los hidrocarburos gaseosos asociados a la extracción de los hidrocarburos líquidos, es decir, lo que se llama el gas asociado.

Si bien desde el punto de vista subjetivo de la reserva, el artículo 302 no representa avance alguno, el artículo 303 si nos da luces en cuanto a que la reserva no es absoluta, por cuanto es perfectamente posible celebrar asociaciones estratégicas con participación del sector privado. La propiedad exclusiva del Estado en PDVSA o del ente que la sustituya, no impide que esa entidad puede a su vez crear empresas de su total propiedad o en sociedad con particulares, lo que marca la pauta de que estamos ante una reserva flexible o relativa, desde el punto de vista subjetivo.

Nos preguntamos nuevamente entonces si la figura de las concesiones tiene cabida o no en este contexto a pesar del hecho de que se haya dicho que PDVSA será la instrumentalidad a través de la cual el Estado llevará a cabo la actividad petrolera ¿El otorgar una concesión, a la luz de la Constitución de la República, implica de alguna manera atentar contra lo que establece el artículo 12? Ya vimos que no, pero, acaso ¿contraría lo que prevé el artículo 302?, tampoco, ¿Dónde podría estar, entonces, la traba?, acaso en el artículo 303 o es en la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

La profesora María Amparo Grau, en su excelente libro “Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela. Análisis Normativo”, considera que dados los términos del artículo 303 constitucional, la figura de la concesión quedó excluida del juego. Si mal no recuerdo, ésta es también la posición de José Ignacio Hernández, aunque creo atribuye ese efecto a la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Continuando con la figura de la concesión, ya señalamos que el artículo 12 no es una limitante y el artículo 113 así lo confirma. Además, fíjense que, en el caso del gas, que también son recursos naturales que yacen en el territorio nacional y que son bienes del dominio público de la nación, existe la figura de las licencias y los particulares perfectamente pueden ejercer la actividad, lo que confirma que el artículo 12 no es fuente de limitación de la concesión o licencias. El artículo 302, que en mi opinión consagra la reserva, aunque para otros, ésta es de rango legal, tampoco es un impedimento *per se*, porque él no define sus términos subjetivos, al delegarlo al legislador. Además, debe observarse que cuando el

Estado a través de las filiales de PDVSA, incluso las de su total propiedad como PDVSA Servicios Petroleros (PPSA) o Corporación Venezolana del Petróleo (CVP), permite el ejercicio de la actividad petrolera, allí media lo que se llama un “decreto de transferencia de ese derecho”, pero él sigue siendo la titular de la actividad. Si bien es el artículo 303 constitucional el que pudiera generar la polémica, en tanto PDVSA tiene que ser 100% propiedad del Estado y es a través de las sociedades que ella constituya que pueden intervenir los particulares, por otro lado, la Ley Orgánica de Hidrocarburos señala que es perfectamente posible el ejercicio directo de la actividad petrolera por el Ejecutivo Nacional. La pregunta a formular es si ese ejercicio directo de la actividad por parte del Ejecutivo Nacional abre la posibilidad que, la de las concesiones o licencias. Es este el tema que creo vale la pena seguir estudiando.

A mi modo de ver, la mención a PDVSA en el artículo 303 de la Constitución, que es una norma que para nada tenía que haber estado en un instrumento del rango del Texto Fundamental, evidencia una actuación signada por la ideología o inspirada en una estrategia política seguida por la mayoría de los constituyentes de 1999, de reconocer, no sólo el hecho de que ya existía PDVSA (1975), sino también, de amarrar el ejercicio de la actividad petrolera al Estado.

Respecto de ese tema hay que estudiar: 1. Si el hecho de que PDVSA deba ser siempre de total propiedad estatal al igual que debe serlo el ente que eventualmente la sustituya, ¿impide que PDVSA o ese ente, coexista con otras empresas que cuenten con participación privada, todas ejecutando actividades reservadas?; 2. ¿PDVSA o el ente que la sustituya tiene el monopolio exclusivo del ejercicio de la actividad petrolera?; 3. Si eso fuera así, entonces ¿qué sentido tuvo que el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos en su numeral 1, no sólo contemplara el ejercicio indirecto a través de entes 100% propiedades del Estado como es PDVSA, sino que también permitiera que la actividad petrolera fuera ejercida directamente por el Ejecutivo Nacional? Significa ello, acaso, que sólo el Ministerio del Poder Popular de Petróleo es quien puede ejercer directamente esa actividad o como lo hacen muchos Estados, hoy día, ello no cierra la puerta a que el Estado a través del despacho competente o del ente especialmente creado a esos fines, otorgue concesiones o licencias.

Yo continúo estudiando el tema, admito que es complejo, e invito, especialmente a los administrativistas y constitucionalistas, a que se adentren en el estudio de este punto, para arribar a una conclusión sobre la posibilidad o imposibilidad de seguir modelos como los de México, Brasil, Colombia y Argentina, cada uno con su propia Constitución, con su propio régimen jurídico, claro está, pero en los que hay muchas coincidencias con el nuestro.

En lo que respecta al artículo 303, este deja clara la posibilidad de crear filiales y empresas de diversos tipos en las que resulte posible asociarse con el sector privado, pero fíjense que esa norma en ningún momento es la que impone el régimen de las empresas mixtas con una participación mayor a 50%, es decir, que esa limitante no es de rango constitucional sino de rango legal.

Resulta necesario entonces, descender el análisis al nivel legal y preguntarnos, ¿cómo el legislador reguló esta materia? Si bien la Constitución se refiere a la actividad petrolera y remitió a la Ley Orgánica de Hidrocarburos el alcance material y subjetivo de la reserva, el legislador concibió a la actividad petrolera como aquella que abarca a los hidrocarburos líquidos y al gas asociado. Adicionalmente, en el ámbito material de la reserva, la Ley la limita a lo que es la exploración, explotación, transporte y almacenamiento iniciales. De manera implícita se reserva a las operadoras 100% propiedad de PDVSA el comercio externo (artículo 57), es decir, la exportación de crudo en estado natural y de aquellos derivados que haya indicado por decreto el Ejecutivo Nacional. Este punto va a ser muy relevante y ya lo vamos a ver porque se ha discutido si cuando la Ley Orgánica de Hidrocarburos obliga a las empresas mixtas a vender el crudo a PDVSA o a las filiales 100% propiedad de PDVSA, se está refiriendo únicamente al crudo en estado natural o si también abarca lo que son los llamados crudos mejorados o sintéticos.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Hidrocarburos no reservó la actividad de refinación como si estaba reservada bajo la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria del Comercio de los Hidrocarburos, tampoco está reservada la industrialización y la comercialización, pero, resulta que después vinieron dos leyes que ampliaron el ámbito de la reserva en el sector de los hidrocarburos líquidos que son la Ley del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos y la Ley de Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos, es decir, hoy día, el alcance de lo que está reservado en este sector no se limita a lo que establece el artículo 9 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Por otra parte, es importante señalar que las refinerías construidas antes del año 2001 que es cuando se dicta la primera versión de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, también son bienes del Estado y están a él reservados. Cualquier refinería que se construya con posterioridad al 2001, sí puede ser de propiedad privada y es por eso que los esfuerzos que se han llevado a cabo últimamente por tratar de recuperar a las refinerías venezolanas se han traducido, simplemente, en contratos de servicios para repotenciarlas y mejorarlas o, en último caso podría plantearse una figura de un arrendamiento u operación.

Como señalamos cuando hablamos del alcance subjetivo de la reserva, el artículo 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos alude al ejercicio

de actividades reservadas directamente por el Ejecutivo Nacional, pero también contempla a empresas de la exclusiva propiedad del Estado (que sería el caso de PDVSA o de las filiales de PDVSA), y a las empresas mixtas con una participación estatal mayor a 50% como condición para su existencia.

Cuando evaluamos alternativas para mejorar el tratamiento del sector de los hidrocarburos y darle mayor cabida al sector privado, nos encontramos con una duda que amerita también ser aclarada. Fíjense que se dictaron en aquel momento de la migración del año 2007 de lo que eran los convenios de asociación estratégica y convenios operativos al sistema de empresas mixtas, dos decretos: uno, del 31 de marzo de 2006 que alude al modelo de conversión y remite a la Ley Orgánica de Hidrocarburos, es decir, que simplemente ponía como condición para la creación de esas empresas mixtas que el Estado tuviera una participación superior a 50%; otro, posterior, el decreto N° 5.200 que tiene que ver con lo que era la conversión de los convenios de asociación y convenios operativos de la faja petrolífera del Orinoco y allí se estableció que la participación del Estado tenía que ser de al menos 60%. Entonces pareciera que existe la posibilidad de configurar dos grupos de empresas mixtas, unas, en donde conforme a la Ley Orgánica de Hidrocarburos la participación tiene que ser superior al 50%, otra, que son las que tenían que ver con la Faja Petrolífera del Orinoco en donde el Estado debe tener al menos el 60%.

Dados esos porcentajes, uno se plantea si los mismos podrían variar en el futuro inmediato con el propósito de impulsar la participación privada en el sector de los hidrocarburos líquidos, que es lo que todos comentamos y deseamos. Al respecto, una de las primeras alternativas que pudiera instrumentarse, sin necesidad de reformas legales, es que como la Ley Orgánica de Hidrocarburos sólo exige más del 50% entonces esas empresas que tienen 60 % de participación estatal y 40% de participación privada, ofrecen un margen de hasta 9,9% para transferir acciones del socio tipo A al socio tipo B o de que se emitan nuevas acciones y el socio tipo B las adquiera capitalizando sus acreencias contra la empresa mixta. Las cosas, sin embargo, no son tan sencillas como parecen. Cuando revisamos los decretos y acuerdos de la AN, nos encontramos con que únicamente está contemplada en el modelo estatutario de las empresas mixtas la posibilidad de que el socio A compre acciones al socio B, pero no está prevista la operación en sentido inverso. Y, por otra parte, nos preguntamos ¿esto se podría instrumentar a la luz del Código de Comercio como un simple mecanismo estatutario y de toma de decisiones en una asamblea de accionistas o, necesariamente por tratarse de un contrato de interés nacional, conforme al artículo 150 debe ser aprobado por la AN, incluso si simplemente lo que se está cambiando es la distribución accionarial en la empresa mixta entre los mismos socios?

Si aclaramos esos dos puntos entonces tendríamos que tener en cuenta que esto podría convertirse, si se venden acciones del socio tipo A al socio tipo B, en una fuente de ingreso para la CVP, que es la accionista actual de esas acciones tipo A, que pudiera ser un mecanismo de disminución de la deuda financiera que tiene la empresa mixta con el socio tipo B a través de una especie de *debt equity swap*. Además, si se aumenta la participación del socio tipo B quien deja de tener el 40% y pasa, por ejemplo, a ser titular del 48%, pues los compromisos financieros a futuro se distribuirán de una manera más adecuada porque el socio tipo B tendrá una carga mayor que la que tiene hoy día y se alivia un poco al socio tipo A. Estos mecanismos, sin embargo, por el escaso margen que hay, no son una solución del todo efectiva, puesto que siempre habrá que respetar la exigencia del más de 50% estatal, que mantendría a la empresa mixta bajo el control de la CVP. No obstante, esa medida complementada con una mejora en lo que son las políticas de gobernanza interna de la empresa mixta, pudiera hacerla un poco más atractiva y eficiente.

Es importantísimo y muchos de los socios tipo B lo han señalado, que bastaría con que se cumplieran las condiciones y términos que fueron aprobados por la AN en el año 2007 y cuando se ha ido aprobando a cada una de las nuevas empresas mixtas, para que la situación mejore. Además, en la medida en que haya un trato respetuoso y adecuado entre los socios y con los contratistas, esto también facilitará las cosas. Adicionalmente, debe efectuarse con la mayor urgencia posible, un proceso de auditoría exhaustivo de las empresas mixtas con miras a arribar a un diagnóstico legal, contable, financiero y operacional que permita, con los hallazgos que se logren, diseñar e instrumentar medidas concretas que contribuyan a remediar las fallas y a fortalecer las bondades o aspectos positivos que tiene el esquema.

Es importantísimo saldar las deudas que tiene PDVSA con empresas mixtas por las ventas del crudo producto, de lo que establece el artículo 57 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, pero también las deudas que se han generado a lo largo de los años, porque muchas veces el socio tipo B ha financiado los gastos de funcionamiento de la empresa mixta más allá del 40% que le correspondía por su participación accionarial.

En lo que respecta a las deudas comerciales, existen numerosos procesos judiciales y arbitrales, especialmente, en los Estados Unidos, que arrojan un estimado de 20 mil millones de dólares en deudas derivadas de decisiones que ya han sido tomadas, entre las que se encuentran las derivadas de decisiones adoptadas por parte de tribunales judiciales y arbitrales que han acogido la tesis del *alter ego* de PDVSA respecto de la República.

Respecto de esas y otras deudas, podría instrumentarse un plan de pago fraccionado a través de un mecanismo de reestructuración y de

opciones como la que mencionamos de *debt equity swaps*. Pudiera explorarse, además, la posibilidad de que a los socios tipo B se les pague en petróleo bajo una modalidad similar a la que se presume se adoptó con la empresa Chevron.

La verdad es que sería especular con relación a qué fue lo que exactamente se convino con la empresa americana, pero, las inquietudes que a uno le surgen son las siguientes: en primer lugar, ya les he mencionado que el artículo 57 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos señala que todo el crudo extraído por las empresas mixtas tiene que ser vendido a las operadoras 100% propiedad de PDVSA y que se ha dicho que esa obligación sólo recae respecto del crudo en estado natural pero no sobre el crudo mejorado o sobre el crudo sintético. En el caso específico de Chevron, en las empresas mixtas en las que ella participa, hay un solo caso, el de PETROPIAR, en el que se facultó a esa empresa mixta a exportar el crudo mejorado porque ésta involucraba la operación de un mejorador. Entonces, si partimos de que es cosa distinta el crudo en estado natural del crudo mejorado y que el crudo mejorado sí es susceptible de ser exportado, pues, sería susceptible de ser exportado por la empresa mixta, lo que, sin embargo, no es lo mismo que decir que lo puede exportar el socio tipo B.

Ahora bien, nada impide en que se llegue a un acuerdo en donde la empresa mixta dé un mandato al socio tipo B para que sea él quien comercialice y que cuando se comercialice ese crudo mejorado, el comprador sea instruido de depositar ese dinero en un fideicomiso y que entonces el fiduciario, previa designación del socio tipo B como beneficiario vaya entregando parte del precio de venta y con ello se vaya saldando la deuda que la empresa mixta tiene con el socio tipo B. Un esquema de este tipo podría también aplicarse al caso de la regalía y que la República en lugar de exigir la regalía a la empresa mixta en dinero la exija en especie (33.33%). En ese caso, habría que instrumentar un mecanismo similar al explicado, en donde la República designe a PDVSA o a la CVP para que comercialice en su nombre ese crudo que le ha sido entregado por concepto de regalía, pero, en donde la venta de ese crudo se canalice vía fideicomiso a favor de los acreedores de la República. En este caso, sin embargo, habría que tomar en cuenta una serie de factores presupuestarios porque, en mi opinión, la regalía pagada o entregada en especie forma parte del Tesoro Nacional y, como sabemos, no puede efectuarse ningún gasto que no esté previsto en la Ley de Presupuesto, ni afectarse previamente a un gasto en concreto algún ramo de ingreso.

También debería estudiarse la posibilidad de celebrar convenios de servicios para la recuperación de los llamados pozos marginales, cosa que pasaría por una depuración o mejora del modelo contractual, para evitar así los contratiempos que se registraron durante la década de los 90's con los convenios de la Apertura Petrolera, en donde algunos denunciaron

que no era un contrato de servicios sino una desnaturalización de esa figura para supuestamente permitirle al contratista el ejercicio de actividades reservadas sin la previa aprobación de la AN. Este tema sigue siendo polémico, pero lo que debe es trabajarse en el mejoramiento del modelo de contrato de manera que se ajuste plenamente a la ley, sin perder el atractivo comercial para el contratista.

Finalmente, es importante tener presente que, en materia de servicios operativos al sector petrolero, media el gravamen con el impuesto municipal a las actividades económicas y que, por consiguiente, debería idearse un mecanismo de beneficios fiscales para que los prestadores de servicios tengan incentivos reales de participar en el sector contribuyendo a su recuperación. Los mensajes recientes que se han recibido de la AN van en sentido totalmente contrario, cuando nos encontramos, por ejemplo, con la recientemente promulgada Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de Potestades Tributarias de los Estados y Municipios, en la que precisamente respecto del sector de construcciones y servicios a la industria petrolera se ha fijado un tope de alícuota del impuesto sobre actividades económicas de 6,5%, en contraste con lo que ocurre con el resto de los sectores en los que ese techo se fijó en un 3%.

Como puede apreciarse es mucho lo que hay que aclarar y sobre lo que hay que trabajar para contar con un régimen jurídico apropiado, moderno y competitivo que contribuya a impulsar al sector petrolero venezolano, en el que la participación privada representa, sin duda alguna, un factor clave. Muchas gracias.

XXV ENCUESTRO AVEDA: CONSTITUCIONES Y LOS PODERES DE LA ADMINISTRACIÓN

Antonio Canova

Fecha: 17 de noviembre de 2023

Antonio Canova

Yo vengo hoy con preguntas y que he buscado mis respuestas, más que con conclusiones fijas o definitivas. Voy a compartir pantalla porque quiero que vean este gráfico, aquí hay un grupo de 88 países de todos los continentes, están todos los latinoamericanos, fíjense que es un gráfico de dispersión y tiene el eje Y que serían las ordenadas que es el de 0; 20; 40 y 60 vertical; y las abscisas que es el X que es el horizontal y va también de 0,4; 0,6; 0,8 y 10. Los países que más estén cercanos a 100 son países que han sido valorados por diferentes criterios, algunos objetivos, otros subjetivos (algunos a veces son entrevistas, otros son datos concretos), están valorados así por el Índice de Desarrollo Humano, que es un indicador internacional.

Los países mejor calificados en este indicador son Noruega, Suiza, Alemania, Dinamarca, Finlandia, Estonia, Canadá, Nueva Zelanda, entre otros, en 0.8 está Albania, Costa Rica; en 0,6 está China, Líbano, Turkmenistán, Paraguay, Cuba, México, Venezuela, Bolivia, Vietnam; 0,4 está Angola, Guinea, Kenia, Zimbabue, Siria, Afganistán, Somalia, Etiopía, Costa de Marfil, Burkina Faso, entre otros.

Ahora tienen este gráfico que ordena en este eje a estos países, y que Noruega, Finlandia y Suiza están de primero; y Níger, el Chad, Etiopía, están de últimos en ese índice, se dan cuenta que en el eje Y en el vertical también hay una ordenación de los países en donde con cero están Ecuador, Singapur, Kenia; con 20 Etiopía, Níger, Angola, Venezuela; y cuando vamos a los que tienen entre 40 y 60 fíjese que se concentran Noruega, Finlandia, Dinamarca. Entonces fíjense cómo estos países ordenados también van produciendo un orden en esos países, Finlandia y Noruega por un lado y Ecuador y Madagascar por el otro. Cuando cruzamos esos dos indicadores, desarrollo humano con este que está aquí en vertical y ordenamos a esos países en este gráfico, es decir, Ecuador tiene cero y en el Índice de Desarrollo Humano tiene 0,72, entonces va aquí; Noruega tiene 100 en el índice de desarrollo humano con lo que va aquí y tiene 60; y se ordenan de esta forma.

Se da una imagen o un patrón que yo lo distingo claramente y es distinguible claramente porque es un patrón positivo de 0,70, en una cosa muy simple que son correlaciones de Pearson que lo que hace es comparar un patrón con otro y te da un índice que va de -1 a +1. Prometo que estoy terminando porque lo que quiero es escuchar los comentarios.

Si tiene -1 de índice de coeficiente, fíjate cómo están ordenados perfectamente de manera decreciente estos hechos que tienen que ver con las dos variables, o sea no sé qué cosa tan perfecta puede hacer que cambie una variable de la misma forma y en el mismo sentido y la misma magnitud que en la otra. Por lo menos aquí hay otra que ya es menos de -1, si es 0 no se ve ningún patrón. Aquí hay un patrón relacionado, aquí hay uno positivo de 1 con que es algo perfecto, pero si por ejemplo uno quiere saber, bueno: mira este es mi peso y estos son los días que yo voy al gimnasio, entonces anoto durante un año el peso que tenía y pongo cuántos días fui al gimnasio y seguramente que ahí se puede ver una correlación de que adelgaza a lo mejor no de esta manera perfecta por cada vez que vas al gimnasio, a lo mejor fuiste al gimnasio y no le hiciste mucho caso, no trabajaste fuerte, pero fíjense como aquí se hacen diferentes patrones. La variable que no les he dicho hasta ahora y que organiza este patrón es la latitud hacia el norte o hacia el sur, de las capitales de esos países, es decir su distancia con el Ecuador terrestre.

Entonces aquí tenemos un patrón que dice que mientras los países tienen sus capitales más lejos del Ecuador tienden a ser mejores valorados en el Índice de Desarrollo Humano, que verifica la calidad de vida y que poco tiene que ver con la latitud, entonces esta correlación alta de 0,70 dice que mientras los países estén más cerca del Ecuador tienen un peor desarrollo humano con todas esas excepciones, entonces uno tendría que, viendo un patrón, hacerse preguntas y la pregunta es ¿qué tiene que ver la latitud con el desarrollo humano y la calidad de vida de las personas? Aquí, cada rama, cada disciplina, cada área de conocimiento relacionado con esto tiene sus propias teorías y van haciendo investigaciones y estudios para explicar qué relación hay entre una cosa u otra, y lo que está atrás de esto obviamente son muchísimos factores, pero uno de los factores sin duda es el clima, en la medida en que los países tienen un clima más cálido, sin estaciones, sin inviernos, tropicales son países con un menor desarrollo social que aquellos países que tienen inviernos, incluso que tienen inviernos fuertes como Finlandia o Noruega.

¿Y cómo el clima puede cambiar o afectar el desarrollo de los países? Hay áreas de conocimiento que se encargan, por ejemplo, los agrónomos tienen una explicación que es que en estos países hay plaga todo el año y no hay algo como el invierno que es un insecticida natural, acaba con las plagas, entonces la agricultura de estos países sale beneficiada frente a la agricultura y a los desiertos de estos países, esa puede ser una explicación. Hay otras explicaciones, unas explicaciones desde el punto de vista

cultural-social es que estos países que tienen inviernos fuertes tienen que ahorrar porque en la época de invierno consumirán y vivirán de lo que se pudo producir durante la época de primavera, verano y otoño; eso genera una cultura de ahorro mientras que los países más tropicales, y eso lo vemos en Venezuela y es una de las críticas que nos hacemos los venezolanos que como además tenemos petróleo, aquí vive y come todo el año en la misma estación, con estirar la mano ya tienen un aguacate o una naranja, es relativamente fácil entonces tenemos una preferencia temporal mucho más baja, vivimos al día, no tenemos la tradición de ahorrar o no cumplimos con las leyes. Hay diferentes explicaciones, conjeturas que si llegaran a probarse serían teorías.

De la mano del profesor Klaus Jaffe, que es un científico reconocido que me invitó a participar en un grupo de investigación que midiera los efectos empíricos de las leyes y yo curioso como soy que le dije que sí, comenzamos a trabajar, montamos un equipo con algunos profesores, comenzamos a ver cómo podríamos investigar sobre esto y aquí hay un gráfico que yo les quiero también mostrar. Este es un gráfico un poquito más complicado porque tiene tres componentes. En la X, en las abscisas está el indicador de Estado de derecho que hace el Banco Mundial, de buena gobernanza del Banco Mundial que toma en cuenta una serie de aspectos institucionales, económicos, Independencia judicial, corrupción, mientras más está cercano a 100 son mejor valorados por ese indicador y los que están más lejos son los países peor valorados; Venezuela hasta al final.

Entre los países mejor valorados están Nueva Zelanda, Finlandia, Noruega, Dinamarca, entre otros están en este primer cuadrado; en el segundo están República Checa, Lituania, España, Corea, Portugal; si nos vamos a los últimos valorados, aquí está Venezuela de última, Siria, Afganistán, entre otros. Lo claro y grande del círculo que recubre las iniciales de cada país es el Índice de Desarrollo Humano que es el que les había enseñado antes al hablarles de la latitud, los países que tienen los círculos más grandes y claros son los países que están por encima de 0,9, mientras más pequeña y oscura la esfera son países que están muy mal valorados en ese indicador de desarrollo humano.

Se ve el patrón, que obviamente no es un patrón perfecto, pero es un patrón que indica que mientras más alto estén en este indicador, esa variable hay una tendencia a que los países estén no entre los primeros sino entre los últimos y no entre los grandes y claros sino entre los oscuros y pequeños, es decir los peores valorados en estos indicadores internacionales de buena gobernanza, Estado de derecho por un lado y de desarrollo humano y calidad de vida por el otro. Aquí se ve que hay una correlación de hecho es una correlación moderada-alta de 052 o 053.

Cuando aparecen patrones uno entonces se hace preguntas, este indicador 0,1, 2 o 3 es lo que nosotros llamamos “disfuncional” ¿qué son? es el número de veces en que las constituciones de esos 193 países –que trabajamos combinados en el texto– repiten determinadas palabras, esas palabras no fueron escogidas por nosotros sino que los arrojó los diferentes estudios, cálculos; se trata de 15 palabras en la medida en que se repiten en mayor proporción en las constituciones de los países y ordena a los países según el patrón que les mostraba antes. Las palabras son: unidad, integridad, desarrollo, política, social, seguridad, económico, recursos, natural, nacional, funcionamiento, sistema, respeto, vida. Esas son las 15 palabras que por diferentes razones llamamos “disfuncionales” porque los países que más las tienen más estarían en lo que sería un síndrome de funcionalidad, mal funcionamiento en todos los aspectos, cuando un país le va mal en Estado de derecho, le va mal en economía, le va mal en corrupción, le va mal en las expectativas de vida y le va mal en la calidad de vida, hay una proporción, hay una estrecha relación, entonces allí tenemos esa peculiaridad, tenemos ese patrón que a mí me pone a pensar: ¿por qué esas palabras inciden de esta forma como se está mostrando acá?

Moderadora. María Amparo Grau

Veo que el trabajo se refiere a este estudio supremamente interesante de ubicar determinadas palabras cuya mayor repetición implican unas determinadas consecuencias, y como tú acabas de señalar en ese esquema, nos enseñas las palabras que finalmente se seleccionaron y que la gran repetición de estas palabras en esas constituciones se asemejan o tienen como patrón el que pertenecen a países con un grado muy pobre de desarrollo del Estado de derecho y del Índice de Desarrollo Humano.

A mí me llamó la atención y esa es una pregunta que yo te haría porque en las palabras que estamos viendo aquí, hay palabras que para mí aisladas no significa nada (cuando digo “significa nada” es por ejemplo la palabra “política” o “político”) y desde el punto de vista del uso científico de este método yo quisiera preguntarte ¿cómo se puede vincular esto –la palabra “político”, por ejemplo– a algo que en definitiva incide negativamente en el funcionamiento del Estado de derecho para que este a su vez incida negativamente en ese desarrollo de la calidad de vida? Porque la palabra, así como que aislada no dice nada y de hecho puede ser simplemente, incluso, para negarla porque no sabemos si está contenida en sentido positivo, por ejemplo. Entonces te pregunto ¿cómo logran ustedes establecer una relación? porque yo hubiera podido seleccionar otras palabras y a lo mejor el resultado es el mismo, o sea, cuál es verdaderamente la influencia de esas palabras en el sistema constitucional de estos países y cómo esos sistemas constitucionales con esas palabras inciden negativamente en el desarrollo del Estado de derecho.

Antonio Canova

Fíjate lo que yo veo y lo que he venido haciendo. Desde el 2020 estamos trabajando en todo esto y ya hemos ido avanzando, primero empezamos con 42 países, luego fuimos 88, hicimos análisis en el tiempo, hicimos varios grupos de palabras –estoy hablando de setenta y tantos grupos de palabras– y cuando llegamos a estas es porque da unos resultados que con las demás o con ningún otro grupo obtuvimos. De manera que, normalmente lo que ocurre cuando uno hace esto con cualquier palabra es que en una correlación los índices son cercanos a cero, es decir, no hay ninguna relación palpable, no hay ningún patrón, entonces estas palabras son las que generan o producen ese patrón, ese efecto, las otras no o por lo menos no con esta intensidad.

Moderadora

Una pregunta, Antonio ¿no te parecería a ti mejor un ejercicio interesante el ver cuáles son las palabras que aparecen en esas constituciones con más frecuencia de esos países que tienen mejores índices de desarrollo? o sea, el ejercicio a la inversa ¿no se lo plantearon o no te parece a ti que pudiera eventualmente tener algún interés?

Antonio Canova

Sí, claro, y de hecho en algún momento lo hemos hecho y lo estamos haciendo ahorita que identificamos la palabra, de hecho, con mis alumnos ahorita de la Universidad Metropolitana estamos investigando el significado de cada una de estas palabras, tú me preguntabas por “político”, fíjate que con “político” no lo tengo tan claro, pero, por ejemplo, con “unidad” sí. Fíjate, “unidad” es la que genera por sí sola un coeficiente negativo mayor, es decir, podríamos decir que es la palabra más dañina o que refleja a los peores países, y ¿qué hemos conseguido con “unidad”? que “unidad” está en esas constituciones de países que intentan apelar a nacionalismos, que se repite mucha “unidad” y uno se lee la Constitución y ve el país y lo analiza, son nacionalistas, tienen enemigos internos y externos, no son democracias, están con esa intención de mantenernos todos juntos, bueno, Venezuela usa bastante la palabra “unidad”.

O sea, si se utiliza mucho “unidad” es muy posible que sea porque ese país está muy desunido. Son países que están en guerra, son países que buscan guerra, entonces eso podría explicar perfectamente que una mala valoración y por indicadores internacionales y mala calidad de vida, se vea reflejada en constituciones que los mismos gobiernos intentan poner términos como “unidad”, “integridad”. También tiene bastante que ver con la integridad territorial, integridad del pueblo. Esas constituciones son el reflejo de un sistema, ahí estamos viendo claramente que son

sistemas populistas –sea de derecha o de izquierda– porque tienen ese enemigo externo o interno, son países que están divididos, entonces si uno va viendo palabra por palabra, uno va identificando qué tipo de constitucionalismo hay.

Todas estas palabras que uno ve acá, tienen por lo menos tres o cuatro referencias que yo creo que son importantes, que están hablando desde el punto de vista del constitucionalismo, en aquellos países que se inscriben en el Estado social o autoritario o en lo que se conoce como el “nuevo constitucionalismo” (neoconstitucionalismo), ni siquiera incluyendo el constitucionalismo del siglo XXI que en buena medida ha impulsado Venezuela con algunos autores españoles, que con constituciones que más bien siguen el constitucionalismo original de limitar el poder, de separar el poder, de limitarlo para dar espacio, para dar ámbitos de acción libre, cooperativa, voluntaria de las personas.

Entonces, por ejemplo, estas palabras: “sistema”, “funcionamiento”, tienen que ver con una planificación, si es planificación tiene que ser centralizada, donde se está organizando el sistema. O palabras como “económicos”, “recursos”, “natural”, incluso “seguridad”, esto tiene que ver con constitución económica, de “recursos” se habla normalmente de los recursos nacionales, recursos de la nación, el uso por el Estado, por los gobiernos de los recursos naturales, los recursos naturales económicos. “Seguridad” se utiliza desde un término siempre muy amplio, seguridad económica, seguridad sanitaria, seguridad alimentaria, seguridad frente a otros países. “Social”, bueno las constituciones del constitucionalismo original no utilizan esa palabra que normalmente está atada a derechos sociales.

Moderadora

Antes de que vayas a otro gráfico, Marco Aurelio Hernández dice “pareciera sugerir entonces que las constituciones de estos países, al incluir estas palabras, en realidad confiesan –si puede decirse– sus propias carencias” ¿sería así? O sea, y también esto me lleva a preguntarte: ¿tiene esto un poco que ver con el tema de la neolengua del poder? que tú escribiste un libro en compañía con otros autores absolutamente interesantes sobre la neolengua del poder, o sea, ¿está vinculada todas estas expresiones a una forma de ejercer poder?

Antonio Canova

Saludos a Marco Aurelio. Mira, yo creo que sí hay algo, o sea, ¿qué se intenta normalmente con una constitución? Los que somos constitucionalistas sabemos que muchas veces las constituciones son verdaderamente un instrumento para iniciar un proceso de estabilidad jurídica, de

seguridad y otras veces las constituciones son más bien fruto de momentos difíciles que atraviesa un país por diferentes motivos (políticos, económicos...), y que se recurre a las constituciones sea cuando un grupo del poder gana, así es como ha pasado en Venezuela a lo largo de nuestra historia, cada caudillo hacía su propia constitución a su medida (todavía). Entonces, las constituciones se utilizan mucho también para mentir, para someter, para limitar, para controlar, es la Ley Suprema del ganador que se le impone al vencido. Entonces las constituciones tienen que verse que sirve para una cosa o para otra, entonces muchas veces sí es para engañar o someter, algunas otras veces son constituciones que buscan realmente de buena fe el florecimiento de la gente, el desarrollo, la libertad, el crecimiento.

Voy a ponerte este gráfico. Estos son un grupo de países, en este gráfico que se ve acá, en el centro hubo un cambio de constitución, fíjate como los cambios de constitución normalmente vienen después de que en esos países hay cambios, ya sea en positivo o en negativo, los años anteriores. Y que luego del cambio de la constitución se estabiliza el país, o sea, hay mejoras y la constitución viene a confirmarlo o países que van en franco deterioro más bien entonces las constituciones impulsan esa imposición.

Entonces, en buena medida hay encubrimiento, mentira, manipulación, pero también hay mala fe en muchas de estas palabras, son palabras además amplias, ambiguas.

Moderadora

Pero cuando tú utilizas la palabra fuera de contexto –claro que la palabra da para mucho porque una palabra sola no dice nada– entonces tienes que ver dónde la insertas porque la palabra “seguridad” puede dar para lo que tú dices, pero puede dar para muchas otras cosas. Me llama la atención, no llego a entender muy bien cómo logran ustedes con el solo aislamiento de la palabra llegar a esas conclusiones tan definitivas.

Antonio Canova

Es que yo no tengo conclusiones definitivas, primero que todavía estamos investigando qué quieren decir las palabras, o sea, eso es lo primero, no sabemos exactamente qué quieren decir las palabras, por ejemplo, fíjate, uno de mis alumnos de la Universidad Metropolitana tuvo esta idea: agarrar los países que utilizan algunas de estas palabras, supóngase “unidad”, escoger cinco países que están entre los primeros en los indicadores, cinco países que están entre los últimos y ver si interpretan “unidad” de la misma manera, allí tendremos unos datos, tendremos unas evidencias que nos ayudarán a ver cuál es la diferencia.

Pero lo que yo veo e intuyo y el gráfico que te quería poner, es que hicimos lo mismo con, por ejemplo, grupos de palabras que tenían que ver con populismo, ¿por qué tenía que ver con populismo? fíjate en este gráfico, son palabras que nosotros calificamos populistas, pero tú las puedes ver y las palabras son “patria”, “líder”, “soberanía”, y aquí se ve un claro patrón, esto es con otro índice que es un Índice de Libertad y Estado de derecho: mientras más acá están los países, mejor que estos que están por acá que son Sudán, Egipto, Chad, Irán, Venezuela, son constituciones distintas en un caso u otro.

Moderadora

Aquí un comentario de Carlos Gustavo Briceño Moreno que tiene que ver con esto que estás diciendo dice: “¿el estudio les ha permitido identificar el uso de la constitución para incluir lenguaje populista como cláusulas abiertas e indeterminadas para asignar potestades a la Administración?”.

Antonio Canova

Sí, esa es una de las cosas que hemos verificado y que nos lo arroja. Incluso conseguimos que los países que tienen más palabras relacionadas a derechos sociales también generan este patrón –en menor proporción– de que a más de esas palabras de derechos sociales peor están los países valorados en los diferentes indicadores. Hemos utilizado cerca de 300 indicadores internacionales y hemos hecho 70-80 grupos de palabras, incluyendo el número total de artículos que es el tamaño de la constitución, yendo más allá del mero tamaño, con el tamaño la correlación es más pequeña, hay algo de eso.

Nosotros por ejemplo, en Venezuela, en el tema educativo que tú sabes que yo le he estado dedicando bastante tiempo porque me parece que es un tema crucial para entender cómo puede ser un modelo educativo dirigido, programado, organizado, incluso prestado por el Estado frente a un modelo educativo que sea espontáneo, fruto del mercado libre; en la Constitución venezolana, en la parte de derecho, de educación, hay varios artículos que lo mencionan como: “la educación es un servicio público”, “es obligación del Estado”, “el Estado tiene que hacerlo de esta forma y tiene que hacerlo de la otra y tiene que cuidarse de esto y tiene que ser transparente no puede ser partidista”, le da una serie de órdenes en esos 6 artículos y 1000 palabras. Hay países que en materia de educación tienen un artículo con 8 o 10 palabras: “la educación es un asunto que le corresponde a la familia, el Estado no puede meterse”, se hace un modelo totalmente distinto.

Moderadora

Ricardo Baroni dice –y viene a colación con lo que tú estás señalando– si, por ejemplo, exponiendo la palabra “político”: “¿en las constituciones significa esto poner acento en confiar más en los políticos gobernantes que en el mercado?” o sea, un poco como lo que tú dices “educación”, que se nombra la palabra “educación” mil veces o muchas normas con “educación” cuando hay otras que sencillamente mencionan en muy pocas palabras la educación y él lo plantea con la palabra “político”.

Antonio Canova

Ese es el trabajo que estamos haciendo, que tendríamos que hacer, ver qué es lo de “político” fíjate aquí yo no sé si ves esto que está acá: en este grupo están Suiza, Alemania, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Singapur, Luxemburgo, Canadá; en este otro está países latinoamericanos junto con Zimbabue, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Bolivia. En artículos constitucionales sobre educación en el primer grupo, son poquitas palabras, 86-72 que se repiten en estos países, y mira en este gráfico, en esta nube de palabras que es algo muy sencillo, mientras más se repite más grande es la palabra, fíjate lo que uno ve: “ciudadanos”, “hijos”, “escuelas”, “padres”, “cultura”, “desarrollo”, cuando tú te vas a los otros países, fíjate más bien las palabras más grandes son “desarrollo”, “sistema”, “público”, “nacional”, “enseñanza”, “formación”, “superior”. O sea, aquí se aprecia de un solo vistazo que son dos modelos distintos y tú metes esos datos y ves la constitución y tú ves los dos grupos de países que están acá, ¿en qué país hay un mejor sistema educativo? ¿en Singapur y Suiza o en Honduras, Guatemala, Nicaragua, Zimbabue? Aquí hay algo y nos corresponde entenderlo.

Moderadora

Antonio Baroni te dice: “su estudio parece sugerir que países con constituciones más largas y donde se repiten más las palabras con más frecuencia unas con respecto a otras son países que están peores en una serie de indicadores con respecto a países con constituciones más cortas y que empleen en menor medida o ninguna esas palabras” ¿es así?

Antonio Canova

Es así, aunque lo importante no es tanto la extensión porque allí las correlaciones son pequeñas sino lo que dicen algunas palabras, mira aquí en este gráfico, muchas palabras pareciera que no es el mejor constitucionalismo o por lo menos no es un constitucionalismo propio de países con éxito. Pero hay que tomar en cuenta la cantidad de factores que inciden

en el desarrollo de un país, obviamente que las palabras en las constituciones no es algo tan importante como podría ser el clima, pero alguna importancia tiene porque aquí se está mostrando que hay un cierto patrón.

Pero fíjense no es tanto el número de palabras sino qué es lo que dicen esas palabras, incluso, aquí está en Estado de Derecho el número de palabras que llamamos “populistas”, que ahí están indicadas cuáles son las palabras, fíjate que es mucho mayor el patrón: a más palabras de estas, está peor; puede haber excepciones, pero es una tendencia. Al nosotros ver y eso un constitucionalista lo puede notar, uno lee estas constituciones de acá y ve estas constituciones de acá y uno ve unas diferencias totales entre una forma de constitución y otra.

Normalmente en las grandes, en las que tienen mucha intervención estatal, muchos derechos sociales o muchas palabras populistas, se confía mucho en el Estado, se limita mucho al sector privado, las otras constituciones son normalmente más viejas lo que es un elemento importante, el tiempo que dure la constitución posiblemente sea hasta más importante que el número de palabras; o que tengan un constitucionalismo distinto que es el constitucionalismo más bien de separar los poderes, de limitar al Estado y de dejar la economía y otra serie de sectores en manos de las personas y en donde la constitución no lo regula, entonces allí uno ve que hay dos tendencias del Derecho Constitucional, vamos a decir: el constitucionalismo clásico, tradicional, liberal y el constitucionalismo social o el constitucionalismo propio de los países populistas de derecha o de izquierda; y hay una correlación interesante con el desempeño de esos países.

Entonces, son unos datos, son unos hechos, la causa o los efectos es lo que surge las dudas y es donde yo creo que los constitucionalistas tenemos que investigar. Por eso que yo te decía en una ocasión, María Amparo, que yo lo que quiero más que un centro de investigación jurídica es un laboratorio de derecho, entonces podremos saber si aquellos países que utilizan “desarrollo” y les va mal es porque dan una acepción a desarrollo, tiene mucho que ver con la neolengua en el poder.

De hecho, fíjate cómo a fin de cuentas uno se interesa en 4 o 5 cosas y después va durante toda la vida desarrollándolo. El tema del lenguaje, el impacto que tiene en la sociedad, en las personas, es importantísimo, no es lo mismo una persona que no lea a una persona que lea porque la persona que lee tiene una cantidad de lenguaje para poder explicar, o sea, si una persona es culta y lee y tú le preguntas cómo estás no tienes solamente “bien”, “mal” o “regular” para responder, te puede responder con 50 gradaciones.

Moderadora

Vamos a darle la palabra al profesor Gustavo Urdaneta Troconis, el presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo que ha estado oyendo con mucha atención tu ponencia y que esperemos que nos intervenga y nos hable. Él hizo aquí una pregunta, pero yo voy a dejar que él mismo te la haga.

Gustavo Urdaneta Troconis

Yo te quería plantear algo, que yo comparto un poco el ruido que me hace, un poco este planteamiento que María Amparo ha señalado, un poco el tema de las palabras cuando ella te dijo de las palabras, o sea, no es la palabra, es la frase donde va inserta la palabra, ya eso me genera cierto problema porque hay una pretensión de estar manejando algo de una manera muy científica, muy precisa, objetiva, con números, pero luego resulta que la base que se está utilizando es absolutamente *marshmallow*, es algo que se puede utilizar en un sentido u otro. Entonces depende del sentido que yo le quiera dar a eso, para poderle dar algún sentido yo tendría que insertarla en una frase entonces a lo mejor lo que habría que buscar son frases, ah claro ya lo que yo estoy buscando en la constitución son disposiciones o declaraciones porque es lo “político” vinculado a algo o la “seguridad” vinculado a algo, bueno eso ya me está dando un patrón de tipo de constitución.

Aparte de esta duda que me genera está esta otra: todo esto está partiendo de la idea de que es el texto constitucional en sí mismo es el que produce el efecto perverso o el efecto favorable en un país, “un país es así porque su constitución es así” independientemente que esa constitución se aplique o no, no sabemos si se aplica o no, yo supongo que la americana se aplica mucho, la francesa también, la islandesa, pero la venezolana no se aplica, en eso todo el mundo está de acuerdo, en que no se aplica, entonces si alguien tiene la culpa de lo que estamos sufriendo nosotros no es la constitución porque no es ella la que está siendo aplicada es otra cosa lo que está produciendo el efecto negativo; esa distinción entre el texto en sí mismo y su aplicación ¿no tendría que ser tomado en cuenta también para establecer estas correlaciones?

Antonio Canova

Bueno, fíjate, yo he tenido y tengo las mismas dudas y las mismas preguntas que tienes tú. La primera parte del estudio concluyó (solo con 42 países) que el número de artículos era un componente importante y a mí eso me dio unas ideas pero también me generó un ruido, que tiene que ser que hay ciertos artículos que hace que crezca, y fíjate que nos pusimos a analizar sobre eso e identificamos el tipo de artículo que más aumenta

en aquellas constituciones que tienen más artículos y que por lo tanto le va peor en los indicadores, y llegamos a la conclusión al sacar las cuentas y verlo con solo 42 países que eran artículos que daban poderes estatales, artículos que generaban prerrogativas estatales sea de manera directa o también de manera indirecta a través de derechos sociales, que eran luego una habilitación a que el Estado actuara. Ahí conseguimos un indicio de que la cosa podía ir hacia allá, que por lo demás como tú y todo el mundo sabe, que un sistema no estatal es mejor para la sociedad que un sistema basado en el Estado. Con lo que ese indicio además se acomodaba con la comprensión que yo tengo del universo, de la realidad y en especial del derecho.

Seguí investigando porque yo quiero tener los datos, yo no me quiero quedar con una opinión, entonces cuando por ejemplo en el 2005 había críticas sobre el sistema judicial venezolano, yo lo que me puse fue a contar todas las sentencias de la Sala Constitucional, de la Sala Político Administrativa, conté 45.000 a ver si el gobierno perdía y nunca pierde, entonces ya yo puedo decir: no hay un sistema judicial independiente en Venezuela, e incluso en instancias internacionales en la Comisión Interamericana yo me acuerdo diciéndole como a 25 expertos del Estado que “es muy fácil, ustedes enséñenme una sentencia donde el gobierno ha perdido y ya todo mi estudio carece de valor”.

Te comento esto porque creo que es verdad, cuando empezamos con 42 países vimos el tema de la extensión, después vimos que tenía que ver más con prerrogativas estatales, después lo subimos a 88, vimos que la extensión tenía todavía menos importancia, que el número de artículos se perdía, había países que estaban muy mal teniendo pocos artículos en especial los africanos; vimos que por ahí no era o por lo menos no todos. Entonces fuimos avanzando y llegando a otras nuevas evidencias, nuevas conclusiones, y de allí seguimos partiendo a hacer nuevas investigaciones.

Lo que estoy haciendo ahorita con mis alumnos de la Universidad Metropolitana es viendo los contextos, las frases enteras de las palabras que ya identificamos gracias a estos métodos de minado de texto, de agrupamientos, que son métodos estadísticos sencillos, que para mí son complicadísimo, yo entiendo poco, pero los otros miembros del equipo son más expertos en otras áreas y justamente en ese tema de estadística y de manejo de data que es lo que hay acá, imagínate 193 países, las constituciones son miles y miles de palabras, cada país tiene unas 20.000 palabras en sus constituciones, entonces vamos a concretar y vamos a ver realmente por qué “unidad” como palabra es tan dañina o está tanto en constituciones de países con mal desempeño. Hoy no sé qué significan esas 15 palabras, tengo conjeturas, pero yo te prometo más adelante decirte qué significa “unidad” y en qué momentos o países son peores, y así con cada uno de estos términos.

Ahora, tú me decías Gustavo y a mí eso también me generó muchas dudas y en una conversación con Cecilia Sosa hablamos sobre eso y es que no puede ser que las constituciones sean las que produzcan un mal funcionamiento de los países y nos pusimos a investigar buscando datos. Fíjate lo que hicimos, buscamos los países que habían cambiado constituciones y vimos en diferentes indicadores (como en doscientos y tantos indicadores internacionales) cómo estaba el país y cómo iba el país entre 5 y 10 años antes de que cambiara la constitución y cómo después de cambiar la constitución en esos indicadores, por ejemplo, en PIB, mortalidad infantil, Estado de Derecho, respeto de los derechos de propiedad, independencia judicial, corrupción, etc., todo antes y después del cambio, y lo que nos conseguimos es que las constituciones más que ser la causa de lo que pasa en los países es un efecto de lo que venía ocurriendo años antes en los países.

Te pongo el ejemplo de Chile que es una democracia que parecía sólida hasta hace poco, en el 2018 o 2019 comienzan una serie de protestas, inestabilidad, el presidente termina, se nombra la Constituyente y se hace una propuesta de Constitución. Ahora tú ves todos los indicadores generales de Chile y va en un deterioro, que si este país aprueba la Constitución ahorita cuando nosotros veamos eso en los números venía en un deterioro en muchos aspectos y después es que se hizo la Constitución y se sigue normalmente la tendencia que venía de antes, es decir, la Constitución parece que no hace mucho, en todo caso como que normaliza el proceso anterior. En algunos países en cambio se ve distinto, un país va mal, comienza mejorar y ya mejor dicta una nueva constitución, de hecho en un caso muy peculiar nos conseguimos con constituciones en países que empezaron más o menos con los mismos indicadores, constituciones muy distintas, unas con mucho populismo y otra sin populismo, y los países siguieron en un proceso, uno creciendo y el populista decreciendo.

Con lo que la constitución pareciera como disimular el problema que ya está previamente, o sea, que la constitución es más un efecto aunque una vez dictada se convierte en un refuerzo de lo que venía ocurriendo como nos pasó en Venezuela, nosotros veníamos en crisis antes de la Constitución del 1999, entonces eso es algo que hemos podido identificar y que yo con estos datos me aventuraría no a una conclusión definitiva ni mucho menos para todos los casos pero sí a darte esa conclusión preliminar, las constituciones son efecto más que causa. Muchas gracias.

SEMINARIOS Y CONFERENCIAS

SEMINARIO: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN CONSULAR DE LOS CIUDADANOS QUE RESIDEN EN EL EXTRANJERO

Ponentes:

Héctor Faúndez Ledesma, José Valentín González, Claudia Nikken

Fecha: 17 de febrero de 2023

Moderadora. María Amparo Grau

Muy buenos días. En el día de hoy vamos a ver el seminario que se refiere al derecho a la protección consular de los ciudadanos que residen en el extranjero. Tenemos tres excelentes ponentes y vamos a comenzar con la ponencia de la doctora Claudia Nikken cuya conferencia será sobre el derecho al voto.

Claudia Nikken: “El derecho al voto de los venezolanos en el extranjero”

El derecho al voto en el extranjero es un tema al cual no se ha dedicado un especial espacio de investigación jurídica en el país. Tiene particular relevancia en nuestros días, por cuanto, según cifras de la ACNUR, habría más de siete millones de venezolanos en condición de migrantes⁹, de los cuales un número seguramente muy significativo ostenta la condición de *ciudadano venezolano* y, por ende, de titular de derechos políticos, con derecho a votar.

A pesar de eso, el que sigue es un análisis que se pretende sencillo de una situación que no lo es tanto, a partir de la revisión de normas y de cierta jurisprudencia. Nada más. No hay referencia a los proyectos de ley y reglamento que se sabe están en estudio (no hemos tenido acceso). Ni siquiera se ofrece, por el momento, un estudio de derecho comparado. Es una *aproximación* a un problema, que está vinculado con otros (como financiamiento y campaña electoral), de los cuales no se hablará.

Tampoco se harán reflexiones acerca de la justificación *filosófica* –o no– del ejercicio del voto en el extranjero. Este es un trabajo muy concreto, casi de mera exégesis.

⁹ Ver UNHCR – ACNUR, *Situación en Venezuela*, en <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html> (consultado el 12/2/2023).

A pesar de que, desde hace mucho, en otras latitudes se permite votar a los ciudadanos residenciados o domiciliados en países distintos a los de su nacionalidad e, incluso en algunos casos, a quienes están de paso, los venezolanos solo pudimos votar en el extranjero con base en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1997¹⁰, reformada parcialmente en 1998, cuyo artículo 99 definió como centros de votación las sedes diplomáticas o consulares de Venezuela. *[Habría que decir que desde la Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sufragio de 1977 (G.O. N° Ext. 2.076 de 18.08.1977) se previó la posibilidad de que los venezolanos residenciados en el exterior pudieran inscribirse en el registro electoral en sedes diplomáticas o consulares, señalándose que el Consejo Supremo Electoral determinaría el lugar de votación. Sin embargo, esa posibilidad nunca se materializó sino hasta 1997-1998, cuando la propia ley designó como centros de votación a las embajadas y consulados].*

En todo caso, así se garantizó el derecho al voto a los venezolanos en el extranjero, en cumplimiento del artículo 111 de la Constitución de 1961, que señalaba que eran electores todos los venezolanos que hubieran cumplido dieciocho años de edad y no estuvieran sujetos a interdicción civil ni a inhabilitación política.

Claro que el voto, desde entonces, está limitado a procesos electorales con una única circunscripción: la nacional (hoy elecciones presidenciales, Parlamento Latinoamericano y referendos nacionales).

En cualquier caso, es un avance en materia de derechos políticos, derivado de la aplicación progresiva de las normas constitucionales, que la legislación hubiera previsto mecanismos de registro electoral y voto en el extranjero para los venezolanos; tomando en cuenta que la Constitución de 1961, en su artículo 64, recogía el derecho de toda persona a ausentarse de la República, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, entre las cuales no estaba la pérdida de los derechos políticos.

Desde que los venezolanos podemos votar en el extranjero, se han convocado seis elecciones presidenciales (contando la de 2018), tres referendos constitucionales, un referendo consultivo llamado sindical y un referendo revocatorio presidencial. En los primeros años, la abstención masiva fue la norma. Aunque no es posible acceder a todos los datos en el sitio web del Consejo Nacional Electoral, puede decirse que a partir de 2004 se nota el aumento de la participación electoral de venezolanos en el extranjero en procesos presidenciales (que sobrepasa el 60%), en los cuales gana con holgura la opción opositora.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 5.200 extraordinario del 30/12/1997. Reformada parcialmente, como se ve de la gaceta Oficial N° 5.233 extraordinario del 28/05/1998.

Según el último dato accesible de electores inscritos en el extranjero (2013), la cifra total apenas sobrepasa los 100.000. En la situación actual, quién sabe cuántos podrían inscribirse y votar.

Aunque la Ley Orgánica de Procesos Electorales es bastante anterior al fenómeno migratorio venezolano, esa tendencia podría explicar el régimen jurídico del voto en el extranjero; el cual no solo es irregular, sino que apareja complicaciones prácticas que lo afectan de manera directa.

Partiendo de la idea de que el voto de los venezolanos en el extranjero no es solo un avance, sino especialmente una conquista, que en todo caso es una muestra más de la progresividad de los derechos humanos, seguidamente haré una aproximación a su régimen jurídico, siguiendo un esquema muy simple: lo que dispone la Constitución de 1999 y su desarrollo legislativo y reglamentario.

Comencemos con la Constitución que como la de 1961, no distingue entre venezolanos que estén residenciados (o ubicados) dentro o fuera del país para reconocerlos como ciudadanos, titulares de derechos políticos y, por ende, del derecho al voto.

De acuerdo con el artículo 39, *los venezolanos que no estén sujetos a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en la Constitución, ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos.*

En ese orden, el artículo 62 –que encabeza la sección referida a los derechos políticos– expresa que *todos los ciudadanos tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos.* Además, se señala que *es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica*

En lo que nos concierne, interesa la participación de los ciudadanos venezolanos en los asuntos públicos por medio de sus representantes elegidos. Con relación a eso, el artículo 63 de la Constitución recoge el sufragio como *derecho*, que ha de ejercerse mediante votaciones libres, *universales*, directas y secretas. Seguido, el artículo 64 define como *elector a todo venezolano que haya cumplido dieciocho años de edad y que no esté sujeto a interdicción civil o inhabilitación política.*

Claro que ser venezolano y haber alcanzado la mayoría de edad no es suficiente para ejercer el derecho al voto. Como condición formal indispensable y natural, el ciudadano que quiera ejercerlo debe inscribirse en el registro electoral.

En todo caso, como bajo el régimen de 1961, especialmente a partir de 1997-1998, todo ciudadano venezolano, en Venezuela o fuera de su territorio, tiene derecho al voto y, por ende, a inscribirse en el registro

electoral para poder ejercerlo. Además, el voto es *universal*, siendo el voto en el extranjero un mecanismo que tiende a asegurar esa universalidad.

La Constitución de 1999 entró en vigor el 30 de diciembre de ese año, pero no fue sino hasta 2009 que se completó la legislación sustitutiva de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Esa legislación consistió en la Ley Orgánica del Poder Electoral (2002)¹¹ y la Ley Orgánica de Procesos Electorales (2009)¹².

Como consecuencia de eso, los procesos electorales entre 2000 y 2009 se rigieron, en lo que nos interesa, por la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; de modo que todo ciudadano venezolano que no estuviera sujeto a interdicción civil o inhabilitación política podía inscribirse en el registro electoral organizado por representaciones diplomáticas o consulares y votar.

La nueva legislación y su reglamentación introdujeron algunos cambios, que son los que justifican –por mucho– esta intervención.

Efectivamente, a pesar de que el artículo 29.1 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales establece que pueden ser inscritos en el registro electoral los venezolanos mayores de dieciocho años, sin distinción y, que el único documento requerido para proceder al registro es la cédula de identidad, el artículo 124 de la misma ley dispone que solo pueden sufragar en el extranjero *los electores que posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela*. La norma dispone también que corresponde al Consejo Nacional Electoral, mediante Reglamento, determinar el procedimiento para votar en el exterior.

En ese orden, el artículo 26 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Procesos Electorales de 2013, establece que los electores venezolanos *“que se encuentren legalmente residenciados en el extranjero podrán actualizar sus datos a través de la representación diplomática ubicada en el país de residencia”*.

De ese modo, a los ciudadanos venezolanos que se encuentran en el extranjero, para inscribirse o actualizar sus datos en el registro electoral, además de la cédula de identidad, se les exige estar legalmente residenciados en el país donde se encuentren, y probarlo. En consecuencia, solo pueden votar en el extranjero los venezolanos que estén legalmente residenciados en el país donde se encuentren y puedan demostrarlo.

¹¹ Ver Gaceta Oficial N° 37.573 de 19/11/2002.

¹² Ver Gaceta Oficial N° 5.928 extraordinario de 12/08/2009.

El desarrollo legislativo y reglamentario del derecho al voto en el extranjero es inconstitucional; pero aun si estuviera apegado al texto constitucional, su ejercicio es muy complejo, por circunstancias que veremos.

La irregularidad constitucional del régimen jurídico aplicable al voto de los venezolanos en el extranjero deriva, directamente, de la exigencia de tener residencia legal en el país donde se encuentren. Deriva, indirectamente, de la violación del derecho a la identificación, inherente al derecho a la identidad, de los venezolanos que habitan en el extranjero, al no poder obtener su cédula de identidad en el extranjero. El problema ha sido tratado ya por mis predecesores, por lo que no volveremos sobre el mismo.

En cuanto a la *exigencia de tener residencia legal en el país donde se encuentre el elector*, habría que comenzar subrayando que, como la Constitución de 1961, la de 1999 recoge el derecho al libre tránsito de los ciudadanos venezolanos, lo que incluye, en los términos del artículo 50, el derecho de ausentarse de la República, sin distinción alguna entre la ausencia temporal o la definitiva, sin más limitaciones que las que establezca la ley. Eso, obviamente, reconoce el derecho de los venezolanos a instalarse en el extranjero temporal o definitivamente, sin que ello suponga renunciar a la ciudadanía y, por ende, a los derechos políticos. Más aún, la pena de extrañamiento, que implica la expulsión del condenado del espacio geográfico de la República, y que en todo caso está expresamente prohibida con respecto a los venezolanos desde 1999¹³, ni siquiera cuando nos era aplicable aparejaba como pena accesoria la inhabilitación política¹⁴.

Lo anterior quiere decir que, anticipando excusas por la cacofonía, a efectos de las autoridades venezolanas, los ciudadanos venezolanos deben cumplir con los requisitos de la ley venezolana para salir de Venezuela. No es responsabilidad de las autoridades venezolanas, ni podría serlo, que los ciudadanos venezolanos entren (o salgan) de otro Estado, según la legislación de ese Estado; mucho menos que permanezcan en su territorio según esa legislación. El desplazamiento de la residencia, domicilio o lugar de habitación de una persona fuera del territorio de la República, en todo caso, no acarrea la pérdida de la ciudadanía ni, en concreto, del derecho al voto.

Esto así, constituye una irregularidad constitucional que la Ley Orgánica de Procesos Electorales exija a los ciudadanos venezolanos que, para ejercer su derecho al sufragio en el extranjero, *posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela*.

¹³ Artículo 50 de la Constitución, último aparte.

¹⁴ Artículo 21 del Código Penal.

En primer lugar, se desconoce el *principio de progresividad* en materia de derechos humanos, expresamente recogido en el artículo 19 de la Constitución, pues en lugar de que se facilite el ejercicio del derecho al voto en el extranjero, se lo restringe añadiendo una limitación que antes no existía: poseer residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela.

En segundo lugar, se atenta contra el *derecho a la igualdad*, recogido en el artículo 21 de la Constitución, siendo que, en el caso, se imponen condiciones distintas a las que se aplican a los venezolanos que habitan en el país, con la consecuencia de impedir el derecho al voto a muchos de los que están en el extranjero. Peor aún, se desconoce la obligación expresada en la misma norma, de garantizar condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva, al imponer condiciones que lejos de asegurar la igualdad, establecen un trato discriminatorio.

En tercer lugar, se vulnera el derecho a la participación en los asuntos públicos, no solo porque no se permite a los venezolanos sin estatus *legal* en el extranjero ejercer el derecho al voto, sino porque se desconoce la expresa obligación concerniente al Estado de facilitar su ejercicio.

Por último, lo esencial: es clara y evidente la *negación del derecho al sufragio* de los ciudadanos venezolanos que, por las razones que sea, carezcan de estatus legal en el país donde se encuentren, en tanto que se le impide el acceso al registro electoral y, por ende, se les niega el ejercicio del derecho al voto.

Dicho esto, hay que subrayar que la Ley Orgánica de Proceso Electorales se refiere a *electores que posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela*. No se trata de la situación que comúnmente se denomina en materia migratoria “residencia” y que se entiende como situación permanente, en el sentido de “definitiva”, sino que se extiende a cualquier forma de estancia o permanencia en el país de que se trate, siempre que sea *legal* en ese país.

Eso hace que la disposición legislativa en análisis sea inconstitucional como ya se vio; pero la inconstitucionalidad se agrava en virtud de su regulación reglamentaria.

Efectivamente, el artículo 26 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Procesos Electorales establece que los electores venezolanos “*que se encuentren legalmente residenciados en el extranjero podrán actualizar sus datos a través de la representación diplomática ubicada en el país de residencia*”. Obviamente, en la norma se materializa una interpretación restrictiva de la ley, en tanto que se limita la posibilidad de acceder al registro electoral y, por ende, de ejercer el derecho al voto, a los venezolanos “*que estén legalmente residenciados en el extranjero*”, excluyendo, sin justificación, toda otra forma de relación entre ese venezolano y el país

donde se encuentre, incluso siendo legal. Eso no es lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales que, de todas maneras, es inconstitucional.

En una búsqueda rápida, solo se encontró una decisión del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) referida a las normas en cuestión, dictada por la Sala Electoral¹⁵, en el caso de *DEVENEX*¹⁶ (sentencia de la Sala Electoral del TSJ N° 50 del 28/3/2012). Aunque la acción no estaba directamente dirigida contra la ley ni su reglamento, sino contra una circular emitida por la Comisión de Registro Civil y Electoral del Consejo Nacional Electoral, la Sala tuvo la ocasión de pronunciarse en cuanto a la constitucionalidad del artículo 124 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, en su relación con el derecho a la igualdad y no discriminación.

En la sentencia, la Sala Electoral comienza por reconocer la existencia de un régimen especial *“con fundamento en el lugar donde se pretende ejercer el derecho al sufragio”*, que parte de la base de que *“el derecho al voto en el exterior no ha sido previsto para quienes se encuentren solo de tránsito en otro país, sino para quienes se encuentren establecidos de manera permanente en él”*; para luego afirmar que la residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad son *“manifestaciones inequívocas del referido establecimiento con intención de permanencia”*.

Desde allí comienza a errar la Sala en su interpretación de la propia ley, que no contiene esa limitación. El artículo 124 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales dispone que solo pueden sufragar en el extranjero *los electores que posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela*. *“Cualquier otro régimen”* es *“cualquier otro régimen”*, incluso el de turista –que también es una forma de permanecer–, por ejemplo, siempre que sea *legal*.

De ese modo, la Sala Electoral asume la interpretación restrictiva que termina reflejándose en el Reglamento General de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, que sí se refiere expresa y exclusivamente a la residencia permanente y legal en el extranjero, como requisito para inscribirse en el registro electoral y votar.

Luego, con relación a la exigencia de algún documento que acredite esa *residencia legal* como tratamiento discriminatorio con respecto a los electores residenciados en Venezuela, a quienes solo se les pide la cédula de identidad, la Sala Electoral termina diciendo que como se presume que los venezolanos vivimos en Venezuela, no se nos pide prueba de

¹⁵ La Sala Constitucional admitió dos acciones de inconstitucionalidad contra el artículo 124 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, las cuales fueron acumuladas (ver sentencia N° 1765 del 22/11/2022 y sentencia N° 827 del 26/6/2013. Según aparece del portal del Tribunal Supremo de Justicia, se habría declarado la perención de la instancia, pero no hay acceso a la decisión (ver sentencia N° 943 del 21/7/2015).

¹⁶ Ver sentencia N° 50 de la Sala Electoral del TSJ del 28/3/2012.

residencia; y que como vivir en el extranjero es una excepción, se justifica la solicitud de esa prueba.

Pretendiendo hacer un silogismo que carece en realidad de toda lógica, no solo se desconoce el principio de buena fe, recogido expresamente en la legislación, sino que se obvia la importancia de la determinación del lugar, dentro de Venezuela, donde se ejercerá el derecho al voto a efectos del registro electoral; al tiempo que se sobreestima el “valor” del voto en el extranjero.

Sin que de ninguna manera pueda entenderse que aquí se propone añadir requisitos al registro electoral o su actualización en Venezuela, la Sala obvia el hecho demostrado de las migraciones fraudulentas de electores, dentro de Venezuela, para favorecer tal o cual opción en elecciones donde hay circunscripciones estatales y municipales, precisamente porque a nadie se le exige demostrar su lugar de residencia en el país. ¿Cómo puede afectar el registro “fraudulento” de electores en el extranjero los resultados de una elección nacional? Solo sería posible si, como ocurre por ejemplo en Colombia o en Francia, los emigrantes tuvieran una representación en el parlamento, que no es el caso venezolano.

La consecuencia es, como se dijo, que a pesar de que la Constitución no permite hacer ninguna distinción en ese sentido, los únicos venezolanos que pueden votar en el extranjero, son aquellos que tengan el estatus de residentes permanentes, porque ni siquiera parecen válidas al efecto las residencias temporales, como la de los estudiantes y trabajadores temporales, por ejemplo.

Pero esa no es la única inconstitucionalidad a la que se enfrentan los venezolanos que quieren votar en el extranjero. Sin profundizar, como se anunció, también deben enfrentarse al hecho de la imposibilidad de obtener en el extranjero su cédula de identidad, único documento válido para inscribirse en el registro electoral y votar

Dicho lo anterior, supongamos que la Ley Orgánica de Procesos Electorales y su Reglamento General no condicionan a tener un estatus de residencia legal a los ciudadanos venezolanos para que ejerzan su derecho al voto en el país donde se encuentran y que, además, pueden obtener en el extranjero su cédula de identidad. Aun así, el ejercicio de su derecho está sometido a complejidades; unas derivan de la política exterior del Estado venezolano y, otras, del sistema de votación.

La política exterior venezolana incide en el ejercicio del derecho al voto en el extranjero, pues los centros de registro electoral y de votación son las sedes diplomáticas o consulares. Eso supone, en primer término, que Venezuela tenga relaciones diplomáticas o consulares con el Estado en cuestión. En segundo lugar, que existan en el territorio de ese Estado representación diplomática o consular. Por último, que el ciudadano

venezolano que quiere ejercer su derecho al voto pueda acceder a la representación diplomática o consular.

Sin entrar en detalles, sí quiero subrayar la dificultad que pueden tener los venezolanos para acceder a sedes diplomáticas o consulares, en cualquiera de los casos, para inscribirse en el registro electoral y votar. Ese es un problema que tendría que ser tomado en consideración por el Estado, por mandato del artículo 62 de la Constitución, que podría encontrar una solución –y que no la encuentra– en el sistema electoral, que es el del voto *personal* o, en términos de la nueva normalidad, *presencial*.

En la parte introductoria se hizo referencia al hecho de que, en otros países, sus nacionales han tenido garantizado el derecho al voto para ejercerlo desde el exterior. Una de las formas más antiguas para hacerlo es el correo, el correo postal, no el electrónico. También se han establecido como centros de votación sedes diplomáticas y consulares y, más recientemente sistemas automatizados, fórmulas para el voto anticipado, etc.

En Venezuela, al menos en los últimos 60 años, no se ha establecido ningún mecanismo de voto a distancia. El voto siempre ha sido presencial, cuando era manual (y donde sigue siéndolo) y, en sus distintas modalidades, desde que es automatizado. Lo mismo con el registro electoral. Esto, a pesar de que en Venezuela existen sistemas de inscripción y actualización automatizada en otros registros, como el del SAIME, por ejemplo.

Esa forma de gestionar el registro electoral y el acto de votación no tendría problema, si los electores que residen en el extranjero tuvieran un acceso razonable a los centros de votación; si se garantiza el carácter permanente del registro electoral y; si se establecen, por ejemplo, centros de votación *ad-hoc*. Son opciones viables, no descartables y, aunque su implementación puede resultar costosa, pueden trabajarse de la manera más eficiente posible. Sin embargo, a mi juicio, habría que hacer más.

La garantía del derecho al voto de los venezolanos en el extranjero es, en esencia, una cuestión de voluntad política, reconociendo la incidencia económica que implica.

La Ley Orgánica de Procesos Electorales –y más aún su Reglamento General– exige condiciones para el ejercicio del derecho al voto en el extranjero que son violatorias del derecho al sufragio. Por ello, en consideración de las consecuencias que, según el artículo 25 constitucional, aparea la violación de los derechos humanos –entre los cuales los políticos–, la pura y simple aplicación de los principios de supremacía constitucional (artículo 7 del texto fundamental) y de buena fe (artículos 23 y 27 de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos) obliga al CNE y a los funcionarios diplomáticos y consulares a registrar a los venezolanos en sus sedes y permitirles ejercer el derecho al voto, debiendo aceptar como válida la dirección que señale el elector, sin necesidad de demostrar

su estatus u otras condiciones. Esto no tiene costos y solo requiere una instrucción concreta.

En cuanto se refiere a la cédula de identidad como requisito indispensable para proceder al registro electoral y al voto, la cuestión no es tan sencilla, aunque no irresoluble. Una solución clara es autorizar reglamentariamente a las sedes diplomáticas y consulares para emitir cédulas de identidad y, habilitar el sistema ya existente para que ello sea materialmente posible. Entretanto, podría autorizarse a los venezolanos previamente cedulados a identificarse con su pasaporte venezolano, vigente o no, pues allí consta el número de su cédula de identidad.

En lo que concierne al asunto del acceso a sedes diplomáticas y consulares, sin pretender incidir en la política exterior venezolana, lo que corresponde es que se mantenga de manera permanente el registro electoral en las sedes diplomáticas o consulares existentes, para inscripción y actualización y, a falta de otras soluciones, para el día de la votación establecer centros *ad-hoc*, siguiendo los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Por último, en cuanto al sistema de votación en el exterior, mientras se crea uno especial, automatizado, una combinación entre el establecimiento de centros *ad-hoc* y el voto por correspondencia (siendo los centros de emisión de correos, recepción de votos y escrutinio, las representaciones diplomáticas o consulares que corresponda) sería una fórmula no demasiado costosa para garantizar el voto en el exterior a los ciudadanos venezolanos.

Obviamente, además de la voluntad política, se impone una reforma legislativa y reglamentaria que efectivamente garantice el ejercicio del derecho al sufragio de los venezolanos en el extranjero, con todas las características que le son inherentes; lo que supone incluir en la regulación los temas de campaña y financiamiento electoral entre otros.

El asunto está en saber si, como se evocó en la parte introductoria, la apelada voluntad política es esperable, cuando el voto en el extranjero puede ser decisivo en elecciones nacionales, especialmente en las presidenciales.

A fin de cuentas, ¿qué importa, a efectos del derecho al voto, si una persona reside legalmente o no en territorio de otro país? ¿Qué importa si un ciudadano venezolano de paso en otro país decide cambiar temporalmente su domicilio electoral? Las implicaciones y complicaciones que derivan de esas decisiones conciernen a la persona en cuestión, no al Estado venezolano.

Moderadora

Muy bien, después de esta interesante ponencia de la profesora Claudia Nikken sobre el derecho al voto, vamos a dar la palabra al profesor Héctor Faúndez Ledesma, quien va a darnos esta conferencia sobre protección consular y el derecho a la identidad.

El profesor Ledesma no requiere presentación, sólo voy a decir, es un profesor reconocido de Derecho Internacional Público. Profesor titular de la Universidad Central; es profesor de los estudios de pregrado, posgrado y doctorado; ha sido profesor por más de 40 años en múltiples universidades, tanto nacionales como extranjeras; y es individuo de número de la academia de Ciencias Políticas y Sociales. Tiene usted la palabra.

Héctor Faúndez Ledesma: “Protección consular y el derecho a la identidad”

En este evento me propongo examinar el derecho a la identidad, su relación con la libertad de circulación o el derecho de ir y de venir, y el derecho a la protección consular.

En cuanto al derecho a la identidad, el artículo 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niño dispone que el niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento, y tiene derecho, desde su nacimiento, a un nombre, a una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer y hacer cuidado por sus padres. A continuación, el artículo 8 agrega que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre, las relaciones familiares, de conformidad con la ley, y sin injerencias ilícitas.

Por su parte, el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, indica que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. El texto del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es idéntico al anterior; y el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es esencialmente el mismo.

Históricamente, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica significa mucho más que el mero derecho a contraer obligaciones jurídicas o a comparecer en juicio. Durante el nazismo, el individuo fue privado arbitrariamente de su personalidad jurídica, convirtiéndolo en un objeto, despojándolo de su nombre, y sustituyéndolo por un número antes de destruir su integridad física.

Por eso, para René Cassin, mientras la prohibición de la esclavitud estaba dirigida a evitar la degradación del ser humano desde un punto de vista físico, con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo se le protegía de la degradación legal.

Debe recordarse que el derecho a la identidad fue impulsado después de la dictadura militar argentina, para evitar la suplantación de identidad de los niños, pero este derecho es fundamental para asegurar el ejercicio de otros derechos civiles incluyendo la libertad de ir o de venir.

El derecho a la identidad es una consecuencia necesaria del reconocimiento a la personalidad jurídica, que implica la capacidad de ser titular de derechos y deberes. El derecho a la identidad incluye el derecho a un nombre, el derecho a una nacionalidad, y la indicación de los demás datos que nos diferencian de otros seres humanos, incluyendo, si es posible, aquello que determina nuestra herencia genética, y que hacen que cada individuo sea un ser único e irrepetible.

Nuestra identidad es lo que establece un nexo con el Estado del cual somos nacionales y es lo que nos identifica frente a las autoridades de cualquier Estado.

Podrán cambiar las circunstancias y podrían cambiar nuestras ideas, nuestras perspectivas para el mundo, y nuestra manera de relacionarnos con él, pero el derecho a la identidad es un derecho que no caduca. Nuestra identidad es la clave para acceder a otros derechos.

Respecto de la nacionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que esta no sólo es el fundamento mismo de la capacidad política del individuo sino también de parte de su capacidad civil.

Veamos algunos elementos de la regulación internacional del derecho a la identidad. El párrafo 2 del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. En el mismo sentido, el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nombre propio, además, el párrafo 3 del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que: *todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad*; al igual que el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que: *1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.*

De manera que el derecho a la identidad incluye el derecho a una nacionalidad, esa nacionalidad la adquirimos al nacer y no se pierde por el paso del tiempo o porque dejemos de ser niños, además, el artículo 8 de la Convención Americana, para reducir los casos de apatridia, dispone que no se puede privar a una persona de su nacionalidad si tal acto lo convierte en apátrida.

En el caso de las Yean y Bosico, nacidas en República Dominicana, hijas de madres dominicanas, pero de padres haitianos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que, al negarle su registro de nacimiento y su nacionalidad, se les estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico-político que liga una persona con un Estado determinado, por medio del cual se obliga con él, con relaciones de lealtad y fidelidad, y se hace acreedor a su protección diplomática.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la determinación de quienes son nacionales de un Estado sigue siendo competencia de cada Estado. Sin embargo, el Derecho Internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad del Estado. La competencia de los Estados para reglamentar el acceso a su nacionalidad debe ser compatible con las exigencias de la protección integral de los derechos humanos. La Corte rechaza la privación arbitraria de la nacionalidad o la atribución de una nacionalidad que no es efectiva.

Como contrapartida del derecho a la identidad, el Estado tiene la obligación correlativa de llevar registros de toda persona que nazca en su territorio o que tenga derecho a su nacionalidad. El Estado tiene la obligación de realizar documentos de identidad a todas las personas que estén sometidas a su jurisdicción, adicionalmente, el Estado tiene que proteger a todos sus nacionales en el exterior.

En el caso Gelman contra Uruguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la supresión y sustitución de la identidad de niños que nacieron en cautiverio y que fueron registrados como hijos de otras personas, impidiéndoles conocer a su familia biológica y mantener contacto con ella.

Es importante subrayar que en los términos del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los derechos al nombre y a la nacionalidad no se pueden suspender ni aun en circunstancias extraordinarias que amenacen la independencia o seguridad del Estado. Se trata de derechos inderogables, y se trata, además, quiero recordarlo, de una convención, de un tratado internacional, que está expresamente mencionado en dos oportunidades por la Constitución de Venezuela.

Ya hemos dicho que el derecho a la identidad es un elemento indispensable para ejercer otros derechos, tales como el derecho a circular libremente por el territorio del Estado en el que la persona se haya legalmente. Como parte de la libertad de movimiento, que es inherente a la libertad personal, el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que *toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio*. Según el párrafo 4 del

artículo 12 del mismo pacto, *nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país*. El artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es idéntico al párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, pero según el numeral 5 del Artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

Por su parte, el artículo 50 de la Constitución de Venezuela, dispone que toda persona puede transitar libremente por el territorio nacional, cambiar de domicilio y residencia, ausentarse de la República y volver sin más limitaciones que las establecidas por la ley. El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona.

Respecto a la libertad de salir del territorio del Estado, esta no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país, en consecuencia, dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida, en caso de migración permanente. Igualmente, el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica.

Como para los viajes internacionales, normalmente es necesario contar con documentos adecuados (en particular un pasaporte), el derecho a salir del Estado debe incluir el derecho de obtener los documentos de viaje necesarios. La emisión del pasaporte corresponde normalmente al Estado de la nacionalidad de la persona; la negativa de un Estado a emitir un pasaporte o prorrogar su validez a un nacional que reside en el extranjero, puede privar a esa persona del derecho a salir del país de residencia y de viajar a otra parte. No constituye justificación el que un Estado alegue que ese nacional tendría derecho a volver a su territorio sin pasaporte. Por eso, no se puede restringir el derecho de salir del país, por vías o medios indirectos, como sería la negativa a entregar un pasaporte, la demora en entregarlo, el costo excesivo del mismo, o los requisitos excesivos para obtenerlo.

La aplicación de las restricciones permitidas por los mismos instrumentos internacionales a los que hemos hecho referencia anteriormente, deben ser compatibles con los principios fundamentales de igualdad y no discriminación. Restringir los derechos consagrados en el artículo 12, haciendo distinciones de cualquier clase, incluyendo opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, o cualquier otra condición social, constituiría una violación del Pacto.

El derecho de toda persona a entrar en su país reconoce los especiales vínculos de una persona con ese país. El derecho a volver reviste la máxima importancia, en el caso de los refugiados que desean la

repatriación voluntaria. El derecho al retorno supone el derecho a permanecer en el propio país.

En cuanto a los mecanismos de protección, debo decir que es particularmente con el ejercicio del derecho a salir del propio país, que surge la necesidad de protección de los nacionales en el extranjero. El amparo diplomático o la protección de sus nacionales extranjeros es una de las funciones del Estado. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 codificó o desarrolló las normas de derecho sobre esta materia. El artículo 5 de esta convención señala entre las funciones consulares *el proteger, en el Estado receptor, los intereses del Estado que envía y de sus nacionales*; y letra D: *extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía*.

El artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, dispone así mismo, que los funcionarios consulares: *A. Podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlo; B. Si el interesado lo solicita, las autoridades del Estado receptor deberán informar, sin retraso alguno, a la oficina consular cuando un nacional del Estado que envía sea arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva; cualquier complicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada será transmitida, sin demora, y se deberá de informar, sin dilación, a la persona interesada, acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; C. Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía y se haya arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales, así mismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía, que en su circunscripción se haya arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia*.

En 1999, en su opinión consultiva sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, creaba derechos individuales, lo que constituía una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente Estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en el resto de la convención.

En 2001, en el caso LaGrand, entre Alemania y Estados Unidos, teniendo en cuenta la violación de los derechos consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte Internacional de Justicia determinó que al violar el artículo 36 de la misma, Estados Unidos debía permitir la revisión, la reconsideración de la sentencia.

En 2004, en el caso Avena entre México y Estados Unidos, la Corte Internacional de Justicia determinó que, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, había una interdependencia entre los derechos individuales y los del Estado, por lo que la violación de los

derechos reconocidos a los individuos en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares podía constituir una violación de los derechos del Estado que envía al cónsul. Según la Corte Internacional de Justicia eso suponía una relación de los derechos de la persona.

Nada de lo anterior significa que gobiernos tiránicos no persigan a sus ciudadanos en el exterior. En 1940 León Trotski fue asesinado en México por agentes de Rusia. La dictadura militar chilena asesinó a Orlando Letelier en Washington y a Carlos Prats en Buenos Aires; y casi mató a Bernardo Leighton (ex vicepresidente de la República y ministro de Estado en Chile) mientras se encontraba en Roma.

En 1979, el disidente búlgaro, Gueorgui Márkov, fue asesinado en un puente de Londres con la punta envenenada de un paraguas. Putin mandó asesinar a Aleksandr Litvinenko, Serguéi Skripal, y otros opositores políticos rusos encontrados en Londres y otras ciudades europeas; Alexei Navalny también fue envenenado estando en el exterior y hoy se encuentra preso en Rusia.

Durante la dictadura militar en Uruguay se hizo frecuente imponer restricciones a la concesión de pasaportes a todos los ciudadanos uruguayos que vivían en el extranjero. En 1974 entró en vigor un decreto que dispuso que la expedición de un pasaporte estaba sometida a la aprobación del Ministerio de Defensa y del Ministerio del Interior de Uruguay, en ese contexto Guillermo Waksman, un periodista uruguayo residente en Suiza en donde gozaba el estatus de refugiado, en septiembre de 1977 solicitó, en el Consulado de Uruguay, en Ginebra, la renovación de su pasaporte; posteriormente, se le informó que después de consultar con el gobierno de Uruguay, el consulado no estaba autorizado para renovar su pasaporte. Waksman sostenía que el Estado le había negado la renovación de su pasaporte para castigarlo por las opiniones que él sostenía por las violaciones de derechos humanos en Uruguay. Según Waksman, al negarle la renovación de su pasaporte, Uruguay había coartado su posibilidad de cruzar las fronteras internacionales con el propósito de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

En el caso de una periodista uruguaya residente en México, cuando solicitó la renovación de su pasaporte se le informó que el cónsul había recibido una comunicación en la que se le pedía que esperara instrucciones de Montevideo. Ante la ausencia de respuesta, tres años después, Vidal Martins solicitó un nuevo pasaporte, solicitud que dos meses después fue denegada sin explicaciones de ningún tipo, a cambio se le ofreció un documento que le permitiría regresar a Uruguay, pero no volver a salir del país.

A Samuel Lichtensztejn, ex rector de la Universidad del Uruguay, y ex decano de la Facultad de Economía de esa universidad, se le negó un pasaporte supuestamente para castigarlo por las opiniones que había

expresado por la violación de derechos humanos en Uruguay. El Consulado de Uruguay en México, le informó que de conformidad con expresas instrucciones de la Cancillería, la expedición de dicho pasaporte no había sido autorizada. En diciembre 1978 el gobierno de México le otorgó un documento de identidad y de viaje, pero según el Comité de Derechos Humanos, el documento de viaje expedido por el país de residencia, no se podía considerar un sustituto adecuado de un pasaporte válido.

Los casos referidos no difieren de la suerte de muchos venezolanos, entre ellos, el doctor Allan Brewer Carías, Gustavo Tarre y Adolfo Salgueiro, por mencionar solamente unos.

Ahora, informaciones recientes de Juan Pablo Guanipa, indican que le habrían parado puestos de policía migratoria, incluso para viajar dentro del país. Sin una orden judicial que así lo disponga, muchos venezolanos están impedidos de viajar fuera del país, y ahora, parece ser que también dentro del país.

Según el Comité de Derechos Humanos, respecto del portador, lo que certifica el pasaporte es la condición de ciudadano de un país y no la residencia. Que se pueda regresar al propio país sin un pasaporte no es equivalente al derecho a entrar en cualquier país, incluyendo el propio, y a salir de él, como pasaporte válido.

El mismo Comité de Derechos Humanos ha señalado que la expedición de un pasaporte es asunto que corresponde claramente a la jurisdicción de las autoridades del Estado del cual se es nacional, y a esos efectos, dicho ciudadano se haya bajo la jurisdicción del Estado, independientemente del país en el que se encuentre. Además, el pasaporte es un medio que le permite salir libremente de cualquier país, incluso del propio, como lo requiere el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto.

Por lo tanto, de la misma índole del derecho a circular libremente, se desprende que, en el caso de un ciudadano que reside en el extranjero, ese derecho impone obligaciones tanto al Estado de residencia como al Estado de nacionalidad. Cervantes escribió que la libertad es uno de los más preciados dones que a los hombres dieron los cielos, pero más de 400 años después todavía tenemos que luchar para conquistarla, y cuando la tenemos, todavía debemos esforzarnos para que no se nos escurra entre las manos. Muchas gracias.

Moderadora

Muchísimas gracias, profesor. Vamos a continuación a oír la ponencia del profesor José Valentín González, quien nos va a hablar sobre la tramitación de los documentos ante las autoridades consulares. El profesor no necesita presentación, basta decir que es profesor de Derecho

Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, entre otras; y un distinguido miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

José Valentín González: “La tramitación de los documentos ante las autoridades consulares”

Me voy a permitir comenzar con una anécdota porque sobre todo en nuestros países que tenemos alguna tradición autoritaria y estamos vinculados al derecho continental, uno asume que todos estos sistemas de control de identidad de Registro Civil son cosas naturales, pero fíjense, cuando el presidente Cipriano Castro es depuesto y parte de su familia queda acá, y él se encontraba en el exterior –fue removido mientras se encontraba de viaje– uno de sus hijos le informa que tiene que irse de Venezuela porque la situación política no era la más adecuada. En ese tiempo, hasta donde yo sé, no existían pasaportes. Entonces él abandona Venezuela y se va a los Estados Unidos, se va por barco, y cuando llega a los Estados Unidos decide enrolarse en los marines diciendo que era puertorriqueño, y lo admitieron, y sirvió en los Marines durante un poco más de dos años hasta que descubrieron que no era puertorriqueño, entonces lo expulsaron.

Esta anécdota me la cuenta uno de mis socios que es descendiente de este hijo de Cipriano Castro, pero vean todas las cosas, o sea el señor se va de Venezuela sin pasaporte, se monta en un barco, llega a los Estados Unidos, ingresa sin visa, afirma simplemente ser ciudadano americano al ser puertorriqueño, lo admiten en los marines, y estuvo dos años hasta que lo descubrieron.

Entonces, nos hemos acostumbrado a todos estos sistemas de control que, primero, no son iguales en todos los países del mundo, como ustedes saben, en los países anglosajones no existen unos sistemas de control centralizados tan intensos, y hay otras realidades, y uno siempre tiene que tener eso en perspectiva porque estas cosas terminan siendo, en algunos casos, importantes. El sistema de Registro Civil puede ser utilizado como un mecanismo de garantizar derechos sobre todo a los menores, pero en algunos casos terminan siendo utilizados o son una tentación para que los gobiernos lo utilicen para controlar a los ciudadanos, para limitar su libertad.

Como anécdota, mi abuela murió sin tener ni partida de nacimiento ni cédula en Venezuela y sin embargo ella votaba siempre. Aquí poca gente puede recordar eso, pero cuando se creó la tinta, que a uno le mojaban el dedito en la tinta, era porque ese día era el día de la elección; a usted lo agarraba la elección en Caracas, en Maracaibo, en Anzoátegui, en 1958, usted podía votar donde usted quisiera, y simplemente acudía al centro de votación que estuviera abierto, y usted se identificaba como

pudiera identificarse o algunas veces simplemente creían en su palabra, pues mi abuela siempre votó y nunca tuvo cédula, y votaba. Y eso estoy hablando de algo tan reciente, 1958, 1963.

Yo recuerdo que el estreno de lo que nosotros conocemos como el Registro Electoral Permanente, y la asignación a un centro determinado para votar, fue en 1973. Recuerdo acompañar a mi mamá a votar, le quitaron la cédula y ella me decía que era la primera vez que eso pasaba. Entonces, uno siempre tiene que tener eso presente y pensar que pueden existir otras realidades, lamentablemente pareciera difícil pensar en que haya más libertad dentro de estos sistemas, pero a mí siempre me gusta traer esto a colación.

Yo voy a hablar sobre el tema del Registro Civil porque mi ponencia se llama “acceso a documentos personales”, entonces yo me he enfocado en el tema del Registro Civil para los venezolanos que residan fuera de Venezuela o extranjeros que tengan algún interés o alguna obligación de acceder al Registro Civil venezolano.

Nosotros vivimos una realidad muy interesante porque con motivo de la aprobación de la Constitución de 1999, la máxima autoridad en materia de Registro Civil se ha trasladado del Poder Ejecutivo, por disposición constitucional (artículo 292 y 293 numeral 7) al Poder Electoral. Y la Constitución establece que hay un órgano dentro del Poder Electoral, que es la máxima autoridad, que es la Comisión de Registro Civil, entonces la realidad bajo la cual nosotros nacimos y nos registramos, que era un sistema de Registro Civil basado en el Código Civil, y dependiente del Poder Ejecutivo, del Ministerio de Relaciones Interiores, eso ha cambiado.

Eso ha sido una larga transición porque ahora tenemos un sistema combinado en el cual las autoridades municipales siguen teniendo un rol importante en colaboración con el Poder Electoral, aunque son simplemente actores subordinados que están en un proceso de transición. También hay un proceso de transición que, les confieso que no sé hasta qué punto se ha completado, a partir de la Ley Orgánica del Registro Civil del 2009, para pasar todo lo que estuvo a cargo del SAIME al Poder Electoral.

El sistema como tal a mí me parece muy interesante porque el sistema desconcentrado permitió, durante décadas, el acceso al Registro Civil en lugares remotos en Venezuela, pero tiene la dificultad de que al no haber una autoridad central de registro, eso represente graves dificultades para uno acceder, por ejemplo, a copias de actas, si uno está en Caracas y de repente necesita una acta del estado Falcón o incluso, si uno está en el exterior pues es prácticamente imposible acceder desde el exterior a una copia de un acta de Registro Civil. Sin embargo, bajo la ley vigente, el sistema pretende crear un Registro Nacional que recoja todas las actas que se inscriban en las diferentes unidades desconcentradas del Registro Civil, y que las personas puedan acceder a esos registros, por vía

electrónica, desde cualquier lugar del mundo, y poder obtener, por ejemplo, una copia certificada a través de ese sistema; ese sistema todavía no está implementado, más allá de que uno pueda criticar o no la eficiencia con la que se debe implementar, es realmente un reto muy importante.

Uno se consigue con cosas interesantes, o sea, debería haber como una especie de expediente único para cada ciudadano venezolano o para cada extranjero que deba tener un expediente, y ese expediente único debería comenzar con la partida de nacimiento de cada ciudadano, y terminar con la partida de defunción; ese expediente único debería tener acceso uno electrónicamente, a través de medios telemáticos y poder solicitar allí cualquier documento. Además, se crea algo que, hasta donde yo entiendo no se ha implementado, que es un número único de identificación, que al parecer es diferente a la cédula de identidad.

Yo creo que la idea del sistema es realmente interesante y ojalá se logre implementar porque eso solucionaría un problema muy importante para los ciudadanos venezolanos que están en el exterior que es el acceso a documentos que son relevantes para sus procesos de identidad, y que muchas veces no son los de ellos, pueden ser los de sus padres o sus abuelos, que hoy la única manera de obtenerlos es acudir a los Registros Principales o incluso a la propia oficina de registro donde se inscribió originalmente el acta correspondiente, cosa que puede ser increíblemente complicado incluso si uno está en Venezuela. Entonces, la idea de este sistema solucionaría eso.

Yo trato de comparar, para intentar ser justo con la atención que se le puede prestar a los ciudadanos venezolanos, con lo que sucede con otras nacionalidades. Yo, al igual que otras personas que están hoy presentes, tengo otra nacionalidad, soy ciudadano español, y bueno este tema del acceso a los documentos de partidas de nacimiento o matrimonio, uno como ciudadano español también tiene este tipo de dificultades. Hoy es que uno sólo puede acceder en cada uno de las oficinas consulares a los documentos de Registro Civil que hayan sido inscritos en esa oficina. Algo similar sucede, hasta donde entiendo, en España, aunque sí existe desde hace muchos años un registro central en Madrid donde deberían estar todos, pero normalmente no se puede acceder desde la oficina del consulado. Pero eso teóricamente en Venezuela debe superarse porque uno debería poder acceder electrónicamente a todas estas cosas.

Después de que se dicta esta Ley Orgánica de Registro Civil vigente, que es del 2009, el Consejo Nacional Electoral ha dictado algunas resoluciones para regular estos procesos de coordinación, de transferencia, de descentralización, y allí se habla nuevamente del desarrollo de lo que se llama “el sistema automatizado para obtener certificaciones y copias”, el cual debería funcionar otorgando las copias a través de medios

electrónicos en un plazo máximo de tres días hábiles. Ojalá esto realmente funcione y pueda desarrollarse adecuadamente.

Cuando uno ve en la Ley Orgánica de Registro Civil, uno puede identificar algo que estaba en muchas normas legales, aisladas desde principios del siglo XX, pues que las delegaciones consulares, los cónsules y el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, son órganos del Sistema Nacional de Registro Civil, se reconoce el rol a nivel legal, subordinado a la rectoría del Poder Electoral, y se habla de cuál es la competencia, cuáles son las funciones que deben desarrollar. Yo creo que realmente, al menos en el plano legislativo, se ha dado un paso adelante, hay que ver si esto logra realmente avanzar en forma adecuada.

Para darle un sentido un poco práctico a esto, traté de identificar algún consulado que nos sirviera de ejemplo, a ver cómo está funcionando. Tomé el Consulado de Venezuela en Madrid, estuve viendo los trámites y ¿qué uno observa allí? Como saben, quienes están en el exterior, cada oficina consular es un mundo, hay cosas que muchas veces no tienen fundamento legal, hay cosas que ni siquiera están las instrucciones sino que se las tropiezan los ciudadanos venezolanos cuando acuden a los consulados, pero este me pareció relativamente organizado, y me sorprendió gratamente que muchos de los trámites se podían realizar por correo español, es más, muchos de los trámites no pueden realizarse personalmente sino que necesariamente tienen que realizarse a través del correo público español, y bueno, el correo público en España no es el americano, pero realmente funciona bastante bien.

Aquí nos tropezamos con el tema de la cédula. Para muchas de las gestiones se requiere la presentación de la cédula original, bien sea vigente o vencida, pero el grave problema es que, si uno pierde la cédula, no se puede obtener la cédula venezolana en el extranjero. Y aquí hay un problema por lo siguiente, esto no es exclusivo de Venezuela –el que no pueda obtenerse el documento nacional de identidad en el extranjero– uno tampoco puede obtener un DNI español sino en territorio español; pero en España el DNI no es un requisito ni para votar estando en el extranjero, ni para realizar ningún tipo de trámite en el Registro Civil, claramente pues la identificación del ciudadano español en el extranjero se hace a través del pasaporte, mientras que nosotros, a pesar de que cuando uno revisa la legislación aplicable a los pasaportes, dice que es la forma de identificación de los venezolanos que se encuentran en el extranjero, sin embargo, uno se tropieza con que, por ejemplo, para trámites de Registro Civil se requieren, en muchas oportunidades, la presentación de la cédula aunque sea vencida, y hay muchos conciudadanos venezolanos que viven en el exterior que no la han podido renovar, que fue emitida incluso antes de que Venezuela cambiara su denominación oficial por la Constitución de 1999, o algunos simplemente la han perdido, o algo que es muchísimo más grave y genera un serio problema sobre todo para la

obtención de pasaporte, es que son menores de edad que nacieron en territorio extranjero o salieron de Venezuela estando muy pequeños y nunca han tenido cédula de identidad, y llega una determinada edad a partir de la cual no se le permite acceso a trámites de pasaporte o a trámites de Registro Civil sin la cédula.

Entonces, aquí el problema de la cédula yo creo que es el problema más grave de acceso a las gestiones que tienen los ciudadanos venezolanos en el extranjero en las oficinas consulares, y nuevamente vemos cómo el tema de esta concentración de las funciones de Registro Civil en el Poder Electoral no termina de cerrar totalmente el juego porque la emisión de los documentos de identidad no depende del Poder Electoral, eso sigue estando en manos del Poder Ejecutivo, es lo mismo que sucede en otros países, pero los otros países no tienen esta peculiaridad de que hay un Poder Electoral que asume ahora el Registro Civil, entonces aquí tenemos esta dualidad, y en muchas ocasiones esa falta de coordinación normativa entre regulaciones del Poder Electoral, de normas del Registro Civil, o simplemente de prácticas administrativas, hace que los ciudadanos venezolanos, por el tema de la falta de acceso a la cédula, tengan problemas de acceso a trámites electorales o a cualquier trámite de los menores de edad.

Entonces, este tema de la cédula es fundamental. Si alguien, de buena fe, quisiera ocuparse de algunas reformas legislativas o reglamentarias, debería considerar que el documento nacional de identidad no sea un instrumento tan relevante para hacer trámites en el exterior, es más, no debería ser requerido porque teóricamente y en la práctica existen ciudadanos venezolanos que han nacido en el extranjero y que nunca han pisado territorio venezolano, y bueno, no es tan sencillo venir acá a realizar un trámite de esa naturaleza.

Del resto, lo que yo revisé del consulado funciona, en teoría, relativamente bien. Creo que, si no tuviéramos el problema de los documentos de identidad, podría funcionar bastante mejor, pero el tema de la cédula es el problema fundamental que yo veo en el acceso al Registro Civil.

Para finalizar, yo creo que se ha avanzado en términos legislativos, la Ley Orgánica de Registro Civil me parece que tiene cosas positivas, esto de sistema de expediente único, de supuestamente establecer un sistema de acceso electrónico a ese expediente único y a cualquiera de sus documentos, que es un objetivo loable y que ojalá pueda alcanzarse. Pero bueno, por mi tipo de posiciones ante estas cosas, sigo teniendo mi incomodidad, mi desconfianza, hacia lo que es un excesivo control, un excesivo registro de las actividades personales de los ciudadanos, pero a lo mejor eso ya es una etapa a la cual no podemos ir hacia atrás, pero creo que se puede trabajar en muchas cosas si uno las desvincula del elemento electoral se puede avanzar, pues en el elemento electoral sabemos qué es

lo que hay detrás de eso, pero en el tema de Registro Civil debería facilitarse un poco porque no tiene ningún sentido, salvo puesto el eterno tema de la eternización de trámites burocráticos un poco absurdos, o bueno, en algunos casos, un sentido de represalia que pudo haber estado presente cuando al inicio en las últimas décadas quienes se iban de Venezuela tenían algún tipo de conflicto político, pero ahora no es así, ahora hay millones de venezolanos que han emigrado por motivos que no necesariamente son políticos y que, bueno, tenemos que garantizar su acceso como ciudadanos venezolanos, en igualdad de condiciones, a estos temas de Registro Civil y a estos documentos que tienen que ver con el desarrollo de su vida en el extranjero. Muchas gracias.

SEMINARIO: ARBITRAJE Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Ponentes:

Diana Trías Bertorelli, Rafael Chavero, Rafael Badell

Fecha: 14 de abril de 2023

Moderador. Gustavo Urdaneta Troconis

Tengo el gusto de estar aquí recibiendo a los señores en este encuentro de AVEDA. El día de hoy es sobre un tema muy especial, que es el tema del arbitraje, un tema que normalmente no aparece en los programas de Derecho Administrativo impartidos en las universidades, porque se suele pensar que el arbitraje está un poco reñido con la idea de la falta del principio de legalidad, o sea, la Administración no puede actuar si no de conformidad con lo que la ley le diga.

De tal forma que el arbitraje que es una forma alternativa de resolución de conflicto, y que a veces requiere llegar a unas especies de arreglo, que no se ve tan claramente su lugar en el caso de la Administración, que no tiene poder de disposición sobre las cosas que debe, en principio. Esa es un poco la idea general, aun cuando lo conversábamos con el profesor Rafael Badell, que tiene mucho tiempo, muchas áreas en las cuales el arbitraje ha ido penetrando, para bien, en el ámbito del Derecho Administrativo.

Yo pensaba, también, le digo, que esa idea del arbitraje tiene mucho que ver con el Derecho Público. El Derecho Internacional Público ha utilizado el arbitraje siempre como una fórmula de resolución de conflictos, y a Dios gracias que lo utiliza, porque lo malo es que la alternativa puede ser la guerra, entonces es preferible que haya métodos pacíficos de solución de controversia.

Claro, en el mundo internacional es como más comprensible porque el arbitraje deriva, o la legitimidad de sus decisiones, del acuerdo entre las partes que aceptan un arbitraje; en cambio, en el Derecho Público Interno, normalmente la función jurisdiccional es una función atribuida por la Constitución y por las leyes, de tal manera que no se ve tan claro que cuando una de las partes sea la Administración que se pueda generar un mecanismo de aplicación de la función jurisdiccional, porque en definitiva yo pienso que el arbitraje es función jurisdiccional, que tenga su

origen en la voluntad de las partes, sino más bien que siempre sea la ley la que atribuya el ejercicio de la titularidad y el ejercicio de esa función jurisdiccional.

Les voy a presentar a los ponentes de hoy. Tendremos en primer lugar a Diana Trías Bertorelli, en segundo lugar, tendremos a nuestro amigo Rafael Chavero, y en tercer lugar a nuestro otro gran amigo Rafael Badell Madrid. Los tres son miembros de AVEDA, muy valiosos para la asociación.

Entonces, nuestra primera ponente será Diana Trías Bertorelli. Su formación es mezclada entre la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela, donde después de haberse formado tanto en el pregrado como en el posgrado, ha impartido clases y sigue dando clases, así como en otras universidades, como la Universidad Metropolitana; pero además de eso, de esa labor de formación previa, personal, y luego de la transmisión de su conocimiento hacia los estudiantes de derecho, ella se ha dedicado a la actividad concreta del arbitraje, hasta hace poco yo creí que ella seguía siendo la directora ejecutiva del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, que es un centro muy connotado, muy conocido y utilizado en el mundo del arbitraje, y ella estuvo allí durante cinco años, hasta hace poco estuvo ahí, de tal forma que no podíamos encontrar otra persona que viniera a hablar del arbitraje que Diana. Ella nos va a hablar, precisamente, de la actividad administrativa, desplegada, por eso, sería un poco como el centro de arbitraje visto como si fuera una Administración.

Diana Trías Bertorelli: “La actividad administrativa de los centros de arbitraje”

Muchísimas gracias. En efecto, nos toca desarrollar el tema relativo a la actividad administrativa de los centros de arbitraje. Aun cuando, por supuesto, no por básico, resulta que no lo podemos obviar, siempre hacer una mención al origen de esa actividad arbitral, y por supuesto encuentra su anclaje constitucional en los artículos 258 y 253 que establecen los medios alternativos de resolución de conflicto como parte del sistema de justicia y no del Poder Judicial, pero forman parte del sistema de justicia, de manera que, conforme a la Constitución, no solamente le da existencia sino hay un deber de promoción de la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos.

En nuestro país, el arbitraje está regulado por una ley de muy vieja data, la ley del 98 la Ley de Arbitraje Comercial, y en particular, de alguna manera este es el ordenamiento jurídico que le da existencia al denominado “arbitraje institucional” que es precisamente el que se desarrolla ante los centros de arbitraje. De allí la necesaria referencia al fundamento legal.

Esta ley distingue dos tipos de arbitraje: el arbitraje independiente y el arbitraje institucional. El arbitraje institucional conforme a la ley, es el que se realiza a través de los centros de arbitraje. ¿Cuáles pueden ser centros de arbitraje? Conforme al artículo 11 de la ley, pueden ser o constituir centros de arbitraje:

1. Las cámaras de comercio. Lógicamente que las cámaras de comercio son un medio natural de desarrollo de centros de arbitraje porque se establecen de parte de los afiliados a esas organizaciones, desarrollan vínculos y relaciones comerciales que, por supuesto, lamentablemente siempre generan conflicto, y es usual y es lo que la ley de alguna manera previó, ese arbitraje en ese ambiente comercial, de intercambio y de relación comercial, de allí que las cámaras de comercio aparezcan como instituciones en las cuales pueden desarrollarse centros de arbitraje.
2. Las asociaciones internacionales.
3. Las universidades pueden crear centros de arbitraje.
4. Las demás asociaciones y organizaciones que se crearon con posterioridad a la vigencia de esta ley, y que establezcan el arbitraje como uno de los medios de solución de las controversias, pueden organizar sus propios centros de arbitraje.

De manera que, fíjense cómo la ley, en esa oportunidad y a futuro probablemente, yo creo que sería necesario quizás alguna precisión sobre cómo es esa vinculación que esa organización o asociación tendría que tener para crear un centro de arbitraje ¿es que lo prevea ella dentro de su actividad desde el punto de vista estatutario? ¿como parte de su actividad? Son aspectos que yo creo que deberían ser objeto, y esperemos que así se requiera, para el desarrollo del arbitraje en nuestro país, y que sean unas precisiones que, a futuro, en una eventual reforma legislativa, pudiera considerarse.

La Ley de Arbitraje no regula muchos aspectos, no es especialmente rigurosa en cuanto a la creación de los centros de arbitraje más allá de establecer unos requisitos de existencia, y dentro de esos requisitos de existencia hace unas precisiones y unas exigencias particulares.

Quiero señalarles que, por ejemplo, a diferencia de lo que ocurre en Colombia o en Ecuador, en nuestro país no se requiere, para la creación de un centro de arbitraje, de la autorización de algún órgano del Estado, como es por ejemplo en el caso de Colombia que se requiere la autorización del Ministerio de Justicia y Derecho, y en el caso de Ecuador que se requiere la autorización del Consejo de la Judicatura. En nuestro país no es necesario, la ley no regula ningún otro requerimiento, de manera que, hasta el momento, estamos en presencia de instituciones privadas que usualmente se trata de asociaciones civiles que forman parte de otra asociación civil o de un órgano de esa asociación civil, por ejemplo, como es el caso del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, que es un órgano

que pertenece a la estructura de la Cámara, en consecuencia, carece de personalidad jurídica propia (la tiene la Cámara).

¿Cuáles son esos requisitos de los centros de arbitraje? Conforme a la ley, y en particular el artículo 13 de la ley establece 3 requisitos:

En primer lugar, exige que los centros de arbitrajes deben tener un reglamento propio. Por supuesto, un reglamento propio que rija su actuación, no solamente desde el punto de vista administrativo (estatutariamente), sino, además, para desarrollar su principal función que es organizar y administrar los arbitrajes.

En segundo lugar, establece que deben tener una sede permanente porque es necesaria para servir de apoyo a los tribunales arbitrales, y ahora pudiéramos plantearnos eventualmente –ante la virtualidad de muchos aspectos del procedimiento y de la sustanciación de procedimientos arbitrales– una sede no necesariamente física, yo pienso que sí es necesario, entre otras cosas porque todavía muchos centros de arbitrajes establecen el respaldo, por ejemplo, del resguardo de los expedientes en físico. De tal manera, y adicionalmente una tendencia, que pensábamos que no, pero se están retomando y se retoman cada vez con más frecuencia, las audiencias de manera presencial, entonces, digamos que hay hoy en día una naturaleza mixta, y, en consecuencia, por supuesto, la ley en todo caso exige la sede permanente.

En tercer lugar, la ley exige una lista de árbitros. Esa lista de árbitros debe ser de, por lo menos, veinte árbitros.

Quiero hacer una salvedad y es que, en el caso de la mediación, por supuesto nosotros no contamos con una ley de mediación, pero en ausencia de esa ley, en los centros se verifican o se realizan procedimientos de mediación. El reglamento también incorpora normativa respecto de la mediación, que obviamente no encuentra sentido sino en la necesidad de darle un cierto grado de procedimiento a las mediaciones que se sustancian, sin embargo, no existe una ley de mediación, pero debemos entender que necesariamente, en la medida en que aplique, hay que hacer lo propio respecto de la mediación.

La ley, seguidamente, ordena cuáles son los aspectos que deben ser regulados por el reglamento. Eso desde ya comporta, dentro de la actividad que desarrolla el centro de arbitraje, el desarrollo de una actividad de contenido normativo. Ese reglamento, conforme a la ley, debe regular:

En primer lugar, la ley exige un procedimiento para la designación del director del centro, por supuesto está de una manera muy escueta, pero se atañe a las regulaciones estatutarias del centro de arbitraje, las funciones, facultades, de los distintos órganos que tienen competencia en el desarrollo del centro de arbitraje de qué se trata.

En segundo lugar, la ley establece que el reglamento debe indicar las reglas del procedimiento arbitral. Solamente menciona esto “las reglas del procedimiento arbitral”, no especifica ningún tipo, ni hace referencia a ningún acto en concreto, ni algunas tramitaciones específicas, solamente indica o exige la necesidad de que el centro arbitraje en el reglamento prevea el procedimiento arbitral. De tal manera que pudiéramos decir que existe bastante libertad para que los centros de arbitraje ordenen el desarrollo, y regulen, los procedimientos que van a estar a cargo de su Administración.

En tercer lugar, la ley alude al procedimiento de elaboración de lista de árbitros, que debe ser revisada y renovada anualmente. Aquí sí exige la ley que deben establecerse los requisitos de trámites de inscripción, exclusión y el procedimiento de designación. Aquí fíjense cómo en la lista de árbitros se habla de un procedimiento de designación que no es propio de la lista de árbitros, esto es una designación que ocurre cuando ya es designado dentro de un procedimiento del cual se está administrando, sin embargo, a todo evento, pues obviamente se entiende que en el caso de las listas de árbitros es una actividad muy particular y muy importante que los centros de arbitrajes sean especialmente rigurosos porque, no en vano, se dice que los centros de arbitraje son lo que son sus árbitros.

Ciertamente se trata de una lista que debe ser integrada por profesionales de alto nivel, que aquí en Venezuela, en ambos centros, tenemos profesionales de muy excelente nivel, y, sobre todo, en distintas especialidades que el devenir de alguna manera va exigiendo, y en la medida que el arbitraje va siendo aplicado en distintas áreas pues se van incorporando profesionales con especialidad en distintas materias. De tal manera que es tarea de los centros de arbitraje mantener esa lista de árbitros de una manera muy actualizada y muy nutrida porque en definitiva son las opciones que van a manejar las partes.

En cuarto lugar, las tarifas de honorarios de árbitros y tarifas de gastos administrativos, es decir, tiene que regular los costos del arbitraje, esto es parte de la actividad normativa que deben desarrollar los centros de arbitraje, tienen que ser revisados para no quedar disociados de la realidad, pero obviamente sí tienen que ser aspectos que deben ser revisados por el centro de arbitraje, e incorporado para que las partes, de antemano, pueden conocer el costo del procedimiento, entonces es importante que sea especialmente claro y preciso, y en el momento de solicitud por algún interesado en alguna información respecto del costo de un eventual procedimiento, el centro de arbitraje, con la debida diligencia, le informe en detalle cuál sería el costo del procedimiento, desde el punto de vista del costo administrativo que es lo que pagan al centro de arbitraje por el servicio de prestación de la administración del procedimiento, y las tarifas de los honorarios de los árbitros.

Quinto, las normas administrativas aplicables al centro, lo exige la ley. Y cualquiera otra necesaria para su consentimiento, digamos, de categoría residual, pero que le da cabida a la posibilidad de regular cualquier otro aspecto.

Vamos a concretar ahora las actividades desarrolladas por los centros de arbitraje, derivada de esos requisitos de ley, y aquí necesariamente partimos de la principal función de los centros de arbitraje, que es administrar los procedimientos que se lleven ante el centro de arbitraje. Es decir, esa organización, esa administración, constituye la función principal del centro de arbitraje. Ningún centro de arbitraje puede decidir si acepta o no acepta un arbitraje, cumplidos los requisitos del reglamento, se impone la aceptación del arbitraje, de tal manera que el centro de arbitraje, en esa principal labor (que no única) de administración del procedimiento debe ser especialmente riguroso en la aplicación de la normativa que lo rija o la normativa que eventualmente las partes puedan acordar en relación con un procedimiento en concreto, que, como sabemos, es una posibilidad dentro del arbitraje.

Dentro de esta función de administrar el procedimiento, los centros de arbitraje deben actuar con una especial celeridad que además es propia del procedimiento arbitral, es decir, que debe darse trámite oportuno a todas las solicitudes que se realicen con ocasión del desarrollo de un arbitraje en concreto, por supuesto, con el cumplimiento de todas las eventuales formalidades, tanto del reglamento como las que las partes hayan acordado, pero el centro de arbitraje debe ser especialmente riguroso en cumplir a cabalidad con esa función de celeridad, de ser eficiente, de ser efectivo en el desarrollo de su actividad; pues no es nada más contrario a que dentro de un medio alternativo cuya celeridad es parte de sus virtudes, que un centro de arbitraje de manera absolutamente injustificada lo retrase, de tal manera que sería una contradicción absolutamente en contra del centro de arbitraje.

También los centros de arbitrajes deben realizar una actividad muy importante, y es, por ejemplo, cuando intervienen algunos expertos en un procedimiento en concreto, en los cuales el centro de arbitraje debe instruir porque, obviamente, sin muchos profesionales, quizás, porque no estén muy vinculados con el arbitraje, pues quienes no sean abogados tienen menos conocimiento, entonces es necesario recordarle a los expertos que no se pueden reunir directamente con las partes, que todas las comunicaciones se van a tramitar a través del centro de arbitraje, que no puede haber comunicación directa de las partes con el tribunal arbitral o el tribunal arbitral con las partes, y es para evitar situaciones de conflicto que, como sabemos, además están reguladas en la ley. Entonces, todo se canaliza a través del centro de arbitraje. En consecuencia, es importante que quienes conocen la dinámica de un arbitraje, y de quienes no, es tarea del centro de arbitraje dar la debida instrucción para evitar complicaciones

respecto de eventuales impugnaciones, etc. De tal manera que esa actividad es parte también de la dinámica de los centros de arbitraje.

Por supuesto, otra actividad dentro de ese gran complejo de actividad administrativa, es brindar apoyo administrativo, secretarial, de archivo, e incluso logístico, del procedimiento al tribunal arbitral y a las partes, es así como, con frecuencia se sabe de la necesidad de muchas partes que se coordinen las diferentes audiencias, en ocasiones pueden ser virtuales o no, pero en todo caso la labor de coordinación se realiza a través del centro de arbitraje, de tal manera que la idea es descargar al tribunal arbitral de esas funciones de tipo administrativo, y permitirles que se dediquen exclusivamente y plenamente a su función cognitiva y decisoria en ejercicio de esa jurisdicción arbitral. El trámite administrativo y de soporte, y de coordinación, debe realizarlo el centro de arbitraje.

Debe aportar una infraestructura física y tecnológica y esto es parte de la eficiencia propia que debe acompañar a cada centro. La infraestructura física, aquí la ley lo reitera nuevamente, que es necesario contar, conforme a la ley del 98, con esa infraestructura física, y actualmente sabemos que siempre el arbitraje ha estado muy relacionado y proclive a la realización de actividades de carácter de manera virtual, pero post pandemia por supuesto se incentivó y tuvimos que migrar a la administración del procedimiento de manera absolutamente virtual. De tal forma que los centros de arbitraje tienen que estar dotados, tecnológicamente, de esa posibilidad de desarrollarlo, además, resguardando y garantizando los distintos principios (entre ellos el de confidencialidad), para verificar los distintos procedimientos, pero con una plataforma tecnológica que así lo permita.

Deben garantizar la confidencialidad. La ley le exige que, dentro del desarrollo de su actividad, garantice la confidencialidad, que es un atributo y una ventaja propia de los arbitrajes, y, por supuesto, además, esa actividad de contenido normativo que se verifica en el reglamento de que se trata, yo le quería agregar un poco que esa normativa, el centro de arbitraje tiene que estar muy encima de la normativa que lo rige, de manera que sea una normativa clara, que sea una normativa que además esté actualizada con los avances propios del arbitraje, bien sea de adaptación a una eventual reforma legislativa, a los avances jurisprudenciales, o incluso, por ejemplo, recientemente salió una sentencia que tenía un exhorto a los centros de arbitraje a que incorporaran, en su normativa, el plazo para oponerse a las medidas de emergencia, las medidas cautelares que no había. De tal manera, que los centros de arbitraje, en el desarrollo de su actividad normativa, tienen que estar atentos a esa actividad jurisprudencial que, eventualmente, comporta un exhorto pero que cuando son justificadas es necesario su incorporación normativa.

Debe mantener esa lista de árbitros, en definitiva, como les decía anteriormente, y eso implica una actividad rigurosa y permanente de actualización de los distintos profesionales que se van a incorporar, y, además, en las distintas materias que están siendo objeto de arbitraje.

Otra actividad necesaria es la promoción y divulgación de los medios alternativos de resolución de conflictos, creo que eso es parte aun cuando la ley no lo establece, pero es parte porque, en definitiva, el éxito o el uso del arbitraje, depende de su promoción, no solamente dentro del ámbito profesional porque son los abogados los que le van a sugerir a las partes o a sus clientes que incorporen una cláusula arbitral, sino que, por ejemplo, en los distintos centros se desarrollan programas académicos, competencias entre los estudiantes, para incentivar el conocimiento, y eventualmente se dedican a esta área de los medios alternativos de resolución de conflictos, y por supuesto, también yo incorporaría el reconocimiento internacional. Es importante mantener vínculos, convenios, alianzas, con distintas organizaciones.

Concretándonos a las actividades de los centros de arbitraje, respecto de los procedimientos, vamos a recordar que su naturaleza jurídica es de carácter privado, en consecuencia, están sometidos a un régimen de carácter privado, no tienen naturaleza pública, de manera que no constituyen para nada actos administrativos, su actuación o esa naturaleza jurisdiccional la tiene la función que desarrolla los árbitros, la función, como les dije, principal de los centros arbitrajes, es la organización y administración de los arbitrajes que les son sometidos.

Vamos a ver cuáles son las relaciones contractuales presentes con ocasión de un arbitraje: En primer lugar, hay un contrato entre partes que celebran un negocio jurídico; puede haber una controversia extracontractual que las partes acuerden su solución a través de un acuerdo arbitral; puede haber el acuerdo arbitral como tal, lo cual da lugar a la existencia de un eventual arbitraje institucional; y existen lo que se llaman “contratos aledaños”, que son contratos que carecen de formalidad, que se perfeccionan con el sólo consentimiento, y que dan lugar a las actuaciones del centro de arbitraje que es particular a lo que me voy a referir en este caso.

De forma tal que la actuación de los centros de arbitraje, de alguna manera, deriva de relaciones jurídico-privada que podríamos hablar que se trata de relaciones contractuales interpartes ¿Cuáles son esas relaciones? En primer lugar, hay una relación contractual entre los árbitros y las partes, es lo que se denomina por la doctrina, “contrato de árbitro”, carecen de formalidad, pero es una relación que los vincula, en definitiva, quienes pagan los honorarios de los árbitros son las partes, a cambio de proferir un laudo en un caso concreto. En segundo lugar, la relación contractual entre el centro de arbitraje y los árbitros. Es un contrato de

colaboración arbitral. En tercer lugar, el contrato entre las partes y el centro de arbitraje, que es un contrato que determina la organización y administración de ese procedimiento en contrato de arbitraje, y que da lugar al pago de la tarifa por servicio administrativo que pagan las partes a los centros de arbitraje. De allí que se descarta cualquier consideración respecto a la naturaleza jurisdiccional de los centros de arbitraje, su función, reitero, es administrar el procedimiento de qué se trate.

En cuanto al régimen de responsabilidad de los centros arbitraje, quisiera señalarles que si bien los centros de arbitraje su actuación se limita a la administración del procedimiento, y la decisión de la controversia es tarea de los árbitros, lo cierto es que los centros de arbitraje desarrollan actividades de mucha importancia que, eventualmente, pueden comprometer la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa, cuando se viola la normativa que rige el procedimiento, entonces, por ejemplo, pudiéramos hablar incluso de una fase pre-arbitral, donde todavía no está constituido el tribunal arbitral, en la que se verifican actuaciones de mucha importancia y trascendencia, relevancia jurídica dentro del procedimiento, y que pueden impactar o incluir sobre eventualmente esa suerte del procedimiento, por ejemplo, la aceptación de la solicitud de la demanda arbitral. Hay que analizar unos aspectos relativos, recordemos siempre, y esto es transversal a todo lo que estoy diciendo, que siempre van a ser aspectos que pudieran ser revisados por el tribunal arbitral.

La notificación del demandado, que se haga con estricto apego a la normativa que rige el centro de arbitraje. La notificación, por ejemplo, a la Procuraduría General de la República, cuando hay un interés patrimonial de la República en juego, eso es un aspecto que es de la tarea y de la responsabilidad del centro de arbitraje, porque todavía ni siquiera está constituido el tribunal arbitral; la fijación de los costos y de los honorarios y la tarifa administrativa, decirlos adecuadamente a las partes. Eventualmente decidir sobre la acumulación de procedimiento; la notificación de constitución del tribunal arbitral. Y eventualmente, incluso, aun cuando ya supone que está constituido el tribunal, y por supuesto también constituido puede haber un proceso de recusación que, indudablemente, su decisión es competencia exclusiva del centro de arbitraje.

De manera que si se quiere controlar aspectos vinculados con la violación del derecho a la defensa, derivada del incumplimiento de alguna de las normas que vemos cómo se verifica una actuación de la absoluta responsabilidad del centro, siempre esto va a encontrar protección a través del amparo, de no ser esta vía pudiera ser la demanda por incumplimiento del contrato derivado de esos contratos aledaños a los que hicimos referencia, pero que afortunadamente en pocas veces se verifica porque siempre son aspectos que, si bien existe alguna oscuridad en relación con un aspecto, una vez constituido el tribunal arbitral lo revisa o incluso

de oficio puede ordenar que se reponga para que se cumpla un trámite que se haya omitido, etcétera.

Por supuesto, y vemos la importancia que tiene el desarrollo del apego en el procedimiento, que la ley, por supuesto, en el artículo 44, literales b y c, cuando regula cuáles son las causales para solicitar la nulidad del laudo, establece en el literal b “cuando no hubiere sido notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones que lo ameriten”, por ejemplo, la designación de un árbitro si no se le notifica a la parte, eso es un acto que es de la competencia y de responsabilidad exclusiva del centro de arbitraje, y que puede comportar una violación del procedimiento; y el literal c “cuando el procedimiento no se realice ajustado a la ley”, por supuesto, ya aquí bajo la coordinación del tribunal arbitral, pero obviamente vemos cómo es necesario que se verifiquen con estricto apego todas las actuaciones, bien sea antes o después de constituido el tribunal arbitral.

Y finalmente, y a manera de conclusiones, yo diría que los centros de arbitrajes deben desarrollar su actividad para evitar situaciones que pudieran ir en contra de la celeridad, y evitar dilaciones absolutamente innecesarias. Los centros de arbitrajes deben actuar con estricto apego a la normativa, y con la debida celeridad y eficiencia. Yo le añadiría que cuando se expresa con frecuencia que un centro son lo que son sus árbitros, un centro es lo que son sus árbitros y lo que es la eficiencia del centro; de nada sirve tener unos árbitros estrellas con un centro ineficiente y viceversa. En todo caso, lo que comporta es la necesidad de que ambos, en conjunción, exista una respuesta a esa administración del arbitraje acorde con los requerimientos y las ventajas propias de esos medios de resolución de conflictos.

En segundo lugar, los centros de arbitrajes son responsables de las actuaciones que deban desarrollar conforme a su normativa, y en mi opinión, no sería aceptable, por supuesto, una norma de exoneración de responsabilidad. Los árbitros son responsables de las actuaciones u omisiones de los árbitros, y no el centro de arbitraje, y aquí es una norma que comúnmente se inserta en los reglamentos, en los cuales el centro de arbitraje no se hace responsable por las actuaciones u omisiones de los árbitros.

De alguna manera, creo que esto es un panorama que nos lleva a reiterar la importancia de esa actividad que generan los centros de arbitraje. Muchísimas gracias.

Moderador

Vamos ahora a oír al segundo ponente, el profesor Rafael Chavero. Nos va a hablar de ¿La Administración puede ser sujeto de arbitraje? Tienes la palabra.

Rafael Chavero: “¿La Administración puede ser sujeto de arbitraje?”

El propósito de mi disertación es tratar de ver –con cierta coherencia– los distintos tipos de arbitrajes en que pueden estar vinculados la Administración, para entonces, bajo esa perspectiva o bajo esa óptica, una vez revisadas todas esas actividades arbitrales de la Administración, ver o buscar cierta coherencia en el uso del arbitraje frente a la Administración Pública, y analizar, sobre todo, lo que considero es el meollo de este asunto, cuál es el criterio de la arbitrabilidad, o qué es lo que pudiera ser arbitrable frente a la Administración Pública.

Quisiera muy brevemente resaltar cuáles son las distintas formas de participación de la Administración en los distintos tipos de procesos arbitrales. Lo primero que hay que señalar es que existen arbitrajes entre Estados, recientemente acabamos de ver una decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre el conflicto de Guyana en Venezuela. Este es un ejemplo de cómo estamos o cómo existe un arbitraje para resolver problemas entre dos naciones, que tiene uñas bastante gruesas. Lo mismo pudiéramos decir, otro gran rubro del arbitraje frente a la Administración o que involucra a la Administración, son los arbitrajes de inversión.

De igual manera, otro gran campo del arbitraje relacionado con la Administración Pública, tiene que ver con la actividad contractual de la Administración, tanto a nivel internacional como a nivel nacional. Luego vamos a revisar hasta qué punto es posible la utilización del arbitraje y otros mecanismos de resolución de conflictos frente a las distintas pretensiones que se ventilan contra la Administración Pública. Y, finalmente voy a referirme muy brevemente a la posibilidad o no de que la Administración pueda ser árbitro, y por tanto dicte laudos arbitrales y no actos administrativos.

Como premisa, o muy brevemente recordar las normas principales del marco legal del arbitraje vinculado a la Administración Pública. Creo que es importante resaltar o comenzar señalando el artículo 151 de la Constitución que establece esa inmunidad relativa que, de alguna otra manera, abre la posibilidad de que la República, a través de sus entes públicos, pueda ser sometida a arbitrajes, o de alguna otra manera pueda ventilar sus diferencias a través de mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Luego, el artículo 253 de la Constitución incorpora, a los mecanismos de resolución de conflictos al sistema de justicia. Y luego, el artículo 258 de la Constitución, habla de la promoción del arbitraje, ha

sido más bien entendida esta norma, o ha venido siendo exprimida por parte de la Sala Constitucional, al punto de derivar de ella un verdadero derecho al arbitraje. Más adelante me voy a referir muy brevemente a la sentencia de octubre del 2008 mediante la cual se interpretó esta norma y trajo algunos aspectos muy importantes, sobre todo para el tema de la arbitrabilidad.

Luego tenemos unas normas preconstitucionales, concretamente los artículos 3 y 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, creo que estas normas (sobre todo la del artículo 3) hay que entenderlas ahora bajo la luz del derecho de arbitraje consagrado en el artículo 258 de la Constitución.

También es importante resaltar o que tengamos presente el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que expresamente señala que los contratos a ser suscritos por la República, que establezcan cláusulas de arbitraje, tanto nacionales como internacionales, deben ser sometidos a la opinión previa y expresa de la Procuraduría General de la República. Esta norma refleja que, en efecto, son admisibles los arbitrajes en la contratación nacional e internacional por parte de la República, lo único es que sujetos a la opinión previa de la Procuraduría General de la República.

Y, finalmente, hacer referencia al artículo 6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que expresamente señala que los tribunales de esta jurisdicción promoverán la utilización de medios alternativos de solución de conflictos en cualquier grado de estado del proceso.

Con relación a los arbitrajes internacionales de inversión, lo que busco sencillamente es tratar de que comprendamos o tratar de fijar qué es realmente lo que se ventila en este tipo de arbitraje. Como ustedes saben, no pretendo aquí referirme a eso, en materia de protección internacional de inversiones ha habido una enorme evolución desde que arrancó desde la década de los 60's, luego vino la creación del CIADI, luego, sobre todo durante los años 80's y 90's, una proliferación de los tratados bilaterales de inversión donde, de alguna otra manera, la comunidad internacional se dio cuenta de la necesidad de proteger la inversión extranjera a través de mecanismos de resolución de conflictos imparciales, anclado en la idea de que, por lo general, un inversionista busca huir de la justicia local que eventualmente pudiera tender a favorecer al país que recibe la inversión, y por tanto, buscando algún tipo de garantía de imparcialidad surgieron estos mecanismos de protección de inversión, que derivaron en un Centro Internacional de Arbitraje, al cual Venezuela perteneció hasta el año 2012, momento en el que denunció el tratado.

Básicamente todo el régimen de inversión lo que busca es tratar de generar unas condiciones especiales para atraer a los inversionistas. Muchos inversionistas buscan jurisdicciones en las cuales puedan tener

mejores garantías para invertir su dinero, y en la medida en la que encuentran países receptores con los cuales han suscrito tratados bilaterales de inversión, y donde, entre otras cosas, se establece que cualquier diferencia que surja a raíz del contenido de esa inversión, va a ser resuelta a través del CIADI o a través de un mecanismo que genere algo de imparcialidad.

Pero, lo que busco referirme en este tipo de tratados, que evidentemente implica que la Administración está involucrada, nada más y nada menos que implica la existencia de un tratado bilateral, implica que la República se somete a un sistema de protección del inversionista, y donde acepta ceder su jurisdicción frente a estos inversionistas para que las disputas sean resueltas a través de un centro especializado de arbitraje.

Ahora bien, por lo general ¿qué es lo que establecen estos tratados bilaterales de inversión? y ¿a qué se refieren los conflictos que se generan con los inversionistas? Básicamente, la mayoría de estos casos gira alrededor de tratos discriminatorios que pueden presentarse en el país receptor de la inversión, o en conductas arbitrarias, o tratos injustos o no equitativos que de alguna otra manera perjudican al inversionista, y de alguna otra manera implica una ruptura a las garantías de recepción que había pactado el país.

Entonces, para realizar una revisión de esos tratos discriminatorios o esas conductas arbitrarias, en definitiva, ese conflicto gira alrededor de analizar actuaciones y omisiones de cualquier naturaleza del Estado; medidas económicas, bien sean dictadas a través de leyes, que sean dictadas a través de actos administrativos, decretos, reglamentos, o a través de vías de hecho, cualquier tipo de conducta del Estado en general, de la Administración Pública que pueda considerarse como un trato discriminatorio.

Sólo quiero notar o dejar claro en este punto, que tengamos presente que aquí lo que se va a analizar o la República está consintiendo o ha consentido que sus actuaciones, nada más y nada menos, que, a través de leyes, actos o conductas materiales, sean revisadas por un organismo internacional de arbitraje, para determinar si hubo o no un trato discriminatorio frente a la inversión, si hubo o no un trato arbitrario, si se portó de manera injusta o inequitativa frente a un inversionista.

Luego, lo mismo sucede en el campo de la actividad contractual de la Administración Pública, donde, como ya vimos, no hay duda de que es factible que los entes públicos (la República, los estados, los municipios, los entes públicos descentralizados) puedan celebrar arbitrajes en su actividad contractual, al punto que la Ley de la Procuraduría lo que hace es que en el caso de la República debe contarse con la opinión previa de la Procuraduría General. Por tanto, la República o los entes públicos nacionales, estatales o municipales, pueden celebrar contratos nacionales o

internacionales donde se establezcan cláusulas de arbitraje que pueden implicar arbitraje fuera o dentro del país, dependiendo del tipo de contratación de que se trate, y por eso existe una gran diversidad de casos de contratos de servicio, contratos de adquisición de bienes, concesiones públicas, donde establecen cláusulas de arbitraje.

Y, frente a esa actividad contractual, y frente a los conflictos que pueden surgir a raíz del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, debemos preguntarnos ¿qué se analizan en esos conflictos que se van a ventilar en arbitrajes internacionales o nacionales frente a la actividad contractual de la Administración? Bueno, si hubo o no algún incumplimiento contractual. Si de ello se deriva indemnizaciones de daños y perjuicios, el cálculo de esos daños y perjuicios y la eventual condena de daños y perjuicios, además, ello puede implicar el análisis de actuaciones y omisiones por parte de la Administración contratante, lo que puede implicar, incluso, valorar o juzgar determinados actos administrativos. Por ejemplo, si la Administración dicta un acto unilateral para resolver un contrato administrativo en el cual hay una cláusula de arbitraje, luce evidente que ese acto vaya a ser sometido a revisión por parte del tribunal arbitral al cual libre y voluntariamente la Administración aceptó someterse para resolver sus controversias.

Es bueno tener presente que en este tipo de casos, y quiero que tengan en cuenta, que un tribunal arbitral va a juzgar la existencia de unos daños y perjuicios, va a valorar esos daños y perjuicios, va a adjudicar una indemnización, lo que en principio alguien pudiera entender que está vedado por una interpretación literal del artículo 259 de la Constitución que habla de que la jurisdicción contencioso administrativa es la encargada de juzgar la responsabilidad del Estado, la validez de los actos administrativos, etcétera.

Fíjense que en este campo probablemente pocos discuten, frente a la actividad contractual de la Administración Pública, pueden cuestionar hoy día que una empresa del Estado pueda celebrar un contrato administrativo, establecer en él una cláusula de arbitraje por varias razones, en definitiva, las cláusulas de arbitraje se suscriben, por lo general, para incentivar algunas pretensiones que buscan ambas partes, pero lo cierto del caso es que aquí en este tipo de conflictos contractuales, se va a juzgar asuntos que pudiera alguien pensar que son exclusivos de la jurisdicción contencioso administrativa, y resulta que no, que hemos venido aceptando, ha habido una evolución clara hacia la aceptación de cláusulas de arbitraje y contratos públicos de interés nacional o no, en contratos internacionales o nacionales, donde se pueden establecer cláusulas de arbitraje. Insisto, me interesa resaltar el tipo de conflictos que se presentan y lo que va a analizar el tribunal arbitral en este tipo de controversia.

Y esto nos lleva a donde quisiera concentrar la polémica, y es, bueno, si por un lado vemos que la República, en los arbitrajes de inversión, consciente de que toda su actividad de políticas públicas, que su legislación, que su actuación administrativa pueda juzgarse ante un centro de arbitraje, con lo cual pareciera que, evidentemente, el orden público, el interés general está en juego, pero ello es necesario para determinar si ha habido un trato discriminatorio o no, o arbitrario o no frente a un inversionista; y si además vemos cómo la Administración cuando contrata, ya sea a nivel internacional o nacional, también permite o deja ver la posibilidad de que sea condenada a pagar unos daños y perjuicios por incumplimientos contractuales, entonces, si tenemos presente esto, nos podríamos preguntar ¿cuáles serán las limitaciones o cuáles serán las razones por las cuales no pueda haber un arbitraje para conocer, por ejemplo, de la nulidad de un acto administrativo, o para conocer o para ventilar una demanda de daños y perjuicios, no ante la justicia administrativa sino ante un tribunal arbitral? Estas preguntas, quisiera que las meditáramos teniendo presente los otros tipos de arbitraje donde hay asuntos más complejos o más delicados, que estamos sometiendo a tribunales arbitrales.

Y esto nos lleva entonces este al *quid* de esta disertación: ¿qué es lo que puede arbitrarse o no este frente a la Administración Pública o cuando está involucrada la Administración Pública? Y aquí es donde creo que existen los mayores mitos que hay que revisar, hay que cuestionar, para llegar a puntos más equilibrados. Ha habido esa tendencia a tratar de descartar la figura del arbitraje porque si está involucrada la Administración pública o la revisión de un acto administrativo o la posibilidad de una condena de daños y perjuicios, eso implica tocar el orden público, o implica meterse en temas que no son transables o transigibles por las partes involucradas con lo cual pareciera estar vedado el arbitraje. Y resulta ser que esa supuesta prohibición de arbitrajes cuando está involucrado el orden público, ha sido este superada no solamente por la doctrina en materia de arbitraje sino incluso por nuestra propia jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional.

Y aquí quiero hacer una breve cita (que creo que es muy importante como punto neurálgico de esta intervención) de esa decisión del 17 de octubre del 2008, que fue el caso que decidió un recurso de interpretación del artículo 258 de la Constitución, fíjense lo que dice la Sala Constitucional en esta decisión:

Una materia que debe estar regida por el orden público, no deberá excluirse *per se* a los medios alternativos para la resolución de conflictos, y entre ellos al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia, lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva (...), para conocer si algún tópico de cierta

relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así no habrá duda que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes, esto en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa o al Ejecutivo, en donde no pueden llegar los árbitros como tampoco el juez.

Es decir, nuestra Sala Constitucional a la hora de interpretar el artículo 258 de la Constitución, nos está diciendo que para dilucidar que es arbitrable o no, no hay que quedarse si involucran normas de orden público o no, todo lo contrario, dice “las normas de orden público van a ser valoradas por el juez”, y si hay ámbitos de actuación del juez o si el juez puede resolver esa controversia, también lo puede hacer un árbitro. Entonces, esto nos abre el ámbito del arbitraje considerablemente porque la limitación que pareciera que está poniendo esta sentencia de la Sala Constitucional es que no se toquen las esferas de la discrecionalidad o de la esencia de la Administración Pública, lo que tampoco en principio pudiera ser el juez a la hora de juzgar a la Administración Pública, y ahí entramos todos en esa discusión del alcance de los poderes del juez a la hora de valorar las actuaciones discrecionales o mayormente discrecionales de la Administración Pública.

Pero fíjense, esa es la limitación que está poniendo la Sala Constitucional, es decir, si el juez puede juzgar un acto administrativo, pues eso también lo puede hacer el árbitro. Si el juez puede resolver una controversia para determinar unos daños y perjuicios y la necesidad de indemnización económica, pareciera que eso también lo puede hacer el árbitro. Digamos, de alguna otra manera, esta decisión que se mantiene, que no ha sido derogada por la Sala Constitucional, sí hay que reconocer que desconocida muchas veces sobre todo por tribunales de instancia, a los cuales muchas veces le salen al paso a cláusulas arbitrales con la sola excusa “bueno, aquí está involucrado el orden público y por tanto no es arbitrable”, hemos visto lamentables decisiones con una superficialidad enorme que ignoran esta posición que mantiene nuestra Sala Constitucional.

Ahora, si bien creo que esto debe desmitificar mucho esa supuesta prohibición de arbitraje frente a los asuntos de naturaleza de orden público, no quiero decir tampoco con esto que cualquier acto o cualquier situación jurídico-administrativa pueda ser objeto de arbitraje, sobre todo porque habrá situaciones donde están involucrados intereses generales, intereses colectivos, donde un arbitraje puede excluir el derecho a la defensa o el derecho a la participación judicial de otros afectados por alguna actuación u omisión de la Administración Pública. Por ejemplo, pensemos en un permiso de construcción, que va dirigido a un particular donde a lo mejor le niega alguna condición de desarrollo que quería, unos pisos adicionales, bueno, el único interesado en cuestionar ese acto no necesariamente es ese actor, sino también ante esa situación jurídica

pueden haber muchos otros involucrados; el vecino de atrás, el vecino de adelante, una asociación de vecinos, un consejo comunal, alguien que pasa o transita por allí a diario, en fin, hay un abanico de interesados, y por tanto, frente a esas situaciones de interés general es donde uno pudiera decir que eso no podría ser arbitrable, si ello pudiera de alguna otra manera bloquear el acceso a la justicia de esos posibles interesados.

Entonces, quizás aquí es que pueda haber una mayor resistencia al arbitraje frente a este tipo de actuaciones administrativas, pero el llamado a la reflexión que hago es, por ejemplo, una situación o un caso de responsabilidad administrativa, donde un particular está reclamando unos daños y perjuicios, si eso puede ser arbitrable o no, si deriva de responsabilidad contractual ya estamos claros que puede ser arbitrable, ahora sí deriva de la responsabilidad extracontractual por producto de alguna actuación ilícita o incluso lícita de la Administración, ¿ya está vedado el arbitraje? Bueno ¿dónde está eso? ¿dónde se prohíbe eso? porque las normas que hemos mencionado y el criterio de la Sala Constitucional pareciera no estar conforme con esa posición simple de rechazar el arbitraje en todos los ámbitos o aspectos de la Administración.

La reflexión que siento en la que debemos trabajar, y en la que creo que hace falta mucha tinta, es hasta dónde puede arbitrarse o hasta dónde puede llegar el arbitraje frente a la Administración Pública, no solamente ya en el ámbito de la protección de inversiones, no solamente en el ámbito de la actividad contractual en la Administración Pública, sino en todos los otros aspectos y frente a otras pretensiones del contencioso administrativo. Evidentemente todo esto pasa por tener claro que el arbitraje es voluntario para las partes involucradas, y allí por supuesto es donde puede haber mayor resistencia por parte de la Administración Pública sobre todo en el estado actual de nuestro sistema de justicia.

Podría preguntarse ¿qué incentivo puede tener la Administración Pública para ir a un arbitraje frente a alguna reclamación de daños y perjuicios cuando se puede sentir mucho más cómoda siendo juzgada en los tribunales contenciosos administrativos donde las estadísticas de los últimos 20 años reflejan una posición claramente favorable a los términos de la Administración? Pero esto pudiera ser así o no pudiera ser así en determinados momentos, además, pudiera haber otras razones, otros incentivos para la Administración Pública en tratar de salirse de los ámbitos de la justicia contencioso administrativa, y resolver un asunto en un arbitraje en forma más rápida y expedita.

Finalmente, también para generar algo de polémica en contraposición a un excelente artículo publicado por mi querido amigo, el profesor Rafael Badell sobre el tema de la Administración como árbitro, también creo que esto es algo que debemos pensar y tratar de desmitificar. Lo primero que quiero advertir sobre esto, la actividad jurisdiccional de la

Administración no es arbitraje, es decir, cuando la Administración ejerce funciones jurisdiccionales para resolver conflictos entre particulares porque una ley así lo establece, como sería el caso de las Inspectorías del Trabajo, como sería el caso de la Superintendencia de Protección a la Libre Competencia, en esos casos donde la Administración se erige como un órgano decisor, yo creo que allí no estamos hablando de arbitraje sino que estamos hablando de una función jurisdiccional por parte de la Administración, ella va a decidir y aplicar el derecho, y va a resolver una controversia a través de un acto administrativo que luego puede ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativo.

Eso es distinto a cuando la Administración se pueda comportar como árbitro, y eso nos lleva a las preguntas que se hace el profesor Badell ¿puede ser designado árbitro la Administración Pública? Bueno, yo me inclino por pensar que sí, sí voluntariamente las partes así lo desean por considerar que ese árbitro, bien sea un ente técnico como pudiera ser la Superintendencia de Seguros, y dos operadores de seguros consideran que ese es el órgano confiable, pueden perfectamente pactar un arbitraje como en efecto la Ley de la Actividad Aseguradora lo ha tratado de desarrollar, y eso nos lleva a la gran pregunta de si esa decisión que pueda tomar ese órgano administrativo, en este caso de la Superintendencia de Seguros, para resolver un conflicto entre particulares a través de un arbitraje, si esa decisión es un laudo o un acto administrativo.

Ahí es donde tengo algunas diferencias con la posición de mi querido colega, el profesor Badell. Yo creo que es de la esencia del arbitraje que la decisión sea un laudo y no un acto administrativo que luego pueda ser objeto de nulidad, yo creo que parte del arbitraje o la esencia el arbitraje es la salida del sistema judicial, no concibo que el arbitraje sea una primera instancia dentro del sistema de justicia porque pierde su utilidad, esto no significa que los laudos no sean revisables, los laudos son revisables en nuestro ordenamiento jurídico a través de un recurso de nulidad, pero un recurso de nulidad bajo razones tasadas y por motivos tasados, y no para resolver el fondo de la controversia, sino para determinar si hay algunas situaciones que impidieron que hubiera un arbitraje de manera legítima, pero respetando el fondo de la controversia, eso no sucede cuando estamos cuestionando la legalidad de un acto administrativo.

Entonces yo creo que sí concebimos que la Administración puede ser árbitro, que implica que las partes libre y voluntariamente decidan someterse a la decisión de un órgano de la Administración Pública, yo creo que eso es perfectamente posible, creo que la Administración podría funcionar como árbitro, y su decisión debería ser considerado un laudo arbitral no objeto de recursos contenciosos administrativos, y solamente cuestionables a través del recurso de nulidad que prevé la Ley este de Arbitraje Comercial donde no se va a verificar el fondo o el mérito del asunto

porque entiendo que parte de la esencia del arbitraje es que el fondo del asunto lo resuelven los árbitros y no el juez que va a conocer de la nulidad.

Entonces creo que aquí hay dos tendencias, obviamente yo no soy quién para decir que la que yo sugiero predomina sobre las otras, pero al menos quería traer esta polémica porque, en efecto, siento, que, por ejemplo, en materia de aseguradora se ha hecho un esfuerzo para que la superintendencia pueda realmente ser un árbitro, y creo que carecería de sentido que, luego de que resuelva el asunto, eso sea considerado un acto administrativo que va a ser objeto de impugnación en todo el sistema de justicia administrativa. Muchísimas gracias.

Moderador

Vamos ahora a la tercera ponencia que nos la va a ofrecer Rafael Badell Madrid, una persona que ya conocemos bastante por su trayectoria en la Universidad Católica Andrés Bello, en la Universidad Central de Venezuela, donde ha sido profesor; y ahora, en la academia, donde está cumpliendo una labor, de verdad admirable, a través de la organización de una serie de eventos; y sin olvidar, por supuesto, la cantidad de obra escrita que tiene Rafael, que siempre, en algunos temas, es de revisión obligatoria; y en el tema específico del arbitraje nos hablará sobre los privilegios y las prerrogativas procesales de la Administración Pública en los juicios ordinarios ¿son aplicables en el caso de que el proceso sea un proceso arbitral? dando por sentado de que la Administración pueda ser parte en un proceso arbitral.

Rafael Badell Madrid: “Los privilegios y prerrogativas procesales de la Administración Pública en los juicios ordinarios ¿son aplicables en el caso de que el proceso sea un proceso arbitral?”

Me han pedido que formule algunas consideraciones sobre la aplicabilidad en el arbitraje de las prerrogativas procesales de la Administración. Para introducir el tema tengamos en cuenta que el Derecho Administrativo en sus orígenes desarrolló una posición de supremacía de la administración frente a los particulares en todos los órdenes y, dentro de ello, se estableció la idea de que cuando éstas comparecen en juicio van protegidas con prerrogativas y privilegios.

La noción de interés público servía para justificar las potestades exorbitantes de la Administración Pública: ejecutividad, ejecutoriedad, *ius variandi*, potestad sancionadora, etc., así como las prerrogativas y privilegios procesales y fiscales y hasta una categoría especial de actos inmunos a la revisión judicial: los actos de gobierno.

El interés público ahora se enfoca fundamentalmente en asegurar el pleno y efectivo disfrute y goce de los derechos y libertades de los

administrados. La noción de interés público hoy aparece vinculada a la promoción de los derechos fundamentales de las personas, frente, precisamente, al inmenso poder del Estado.

El Derecho Administrativo, en su presentación moderna y ajustada al Estado constitucional y de derecho, debe ser la herramienta fundamental para frenar la arbitrariedad en beneficio de la dignidad humana y proteger los valores supremos del hombre, dentro de los cuales destaca la libertad *“como categoría de primer orden en la vida civilizada”*.

Para asegurar la materialización de este Derecho Administrativo de la libertad que pretende eliminar la ilegalidad en el ejercicio del poder público y evitar el ejercicio ilimitado del poder, se precisa de un régimen de justicia administrativa –tutela judicial efectiva– que garantice no sólo el derecho de acceso a la justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que suponga también que la Administración, en respeto del Derecho Constitucional a la igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución de Venezuela de 1999, actúe en juicio frente a los particulares como cualquier otra parte, sometida a derecho y en equivalencia de condiciones.

Sabemos que el arbitraje ha sido incluido dentro del sistema de justicia, de manera que en ocasiones la justicia administrativa puede ser concretada a través del arbitraje. De forma que sea cual sea el método de solución de las controversias con la administración, el judicial o el arbitral, dos principios fundamentales deben armonizarse y tenerse en cuenta; de una parte, el derecho a la igualdad frente a la ley, consagrado en el artículo 21 de la Constitución y como derivación de éste el principio de igualdad de las partes en el proceso judicial o arbitral y de la otra el referido a la tutela judicial establecido en el artículo 26 *ejusdem*.

Tengamos en cuenta, además, que la exposición de motivos de la Constitución señala que el derecho a la justicia tiene fundamento *“en los derechos de igualdad y a la tutela judicial efectiva”* y exhorta al legislador, con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, a *“eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio”*.

De forma que nuestra primera afirmación es que no puede haber tutela judicial efectiva si no se cumple el principio de igualdad de las partes en el proceso, aun cuando ella sea una persona jurídica de Derecho Público o un ente de índole privada creado mediante la descentralización funcional del Estado.

No hay tutela judicial efectiva en un proceso judicial en el que se reconozcan beneficios o privilegios procesales y fiscales a una de las partes, y cargas y obligaciones a la otra; tanto más entonces sí se tratan de procedimientos arbitrales, que son un mecanismo alternativo de solución de conflictos en el que la igualdad de las partes es un principio que lo informa.

A pesar de que son incompatibles con el Derecho Administrativo moderno los privilegios y prerrogativas procesales y fiscales que se le otorgaban originariamente la administración, en Venezuela algunas leyes todavía hoy, en contra de lo dispuesto en la Constitución, sitúan a la República y otros entes públicos en una posición de privilegio frente a los particulares, fundamentada erróneamente en el interés público que aquellos están llamados a tutelar y que debe prevalecer.

Los privilegios y prerrogativas procesales de la República, institutos autónomos, estados y municipios, se hallan consagrados principalmente en el Decreto con Valor, Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (DLOPGR), y reiteradas o extendidas por medio de otras leyes, como son: el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP), la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA), la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, y la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM), en lo que concierne a los municipios.

Adicionalmente –y para mayor gravedad– debemos señalar que, como veremos más adelante, la labor jurisprudencial del contencioso administrativo también ha extendido, de forma inconstitucional, estos privilegios a entes públicos para los cuales no está ello expresamente dispuesto por la ley, como por ejemplo el caso de las empresas del Estado.

De manera que, contra de lo dispuesto en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia han ratificado las inmunidades y privilegios en perjuicio del derecho de los particulares a una protección judicial efectiva.

Esas prerrogativas y privilegios procesales y fiscales para la República y otros entes públicos se presentan antes del proceso judicial, durante el proceso judicial y después del proceso, en la fase de ejecución de la decisión.

Antes del proceso. Antejuicio administrativo, establecido en los artículos 68 al 74 del DLOPGR.

Durante el proceso. 1. Normas especiales para la citación del Procurador General de la República para la contestación de la demanda, previstas en los artículos 93 y 94 del DLOPGR. 2. La obligación de todos los funcionarios judiciales de notificar la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República

en aquellos juicios en los que ésta no sea parte, establecida en los artículos 108, 109 y 110 del DLOPGR. 3. La improcedencia de la confesión ficta en los juicios en que la República es demandada, consagrado en el artículo 80 del DLOPGR. 4. Privilegios en el otorgamiento de medidas cautelares, incluso en casos en los que ésta no es parte ni tiene interés, si la materia puede calificarse como de servicio público, regulados en los artículos 103 y 106 del DLOPGR. 5. Posibilidad de efectuar las actuaciones procesales mediante escritos, diligencias u oficios, establecida en el artículo 79 del DLOPGR. 6. Obligación de remisión de información y documentación, consagrada en el artículo 81 del DLOPGR. 7. Prerrogativas en materia probatoria, establecidas en el artículo 90 del DLOPGR.

En la decisión. 1. La consulta obligatoria de todas aquellas sentencias definitivas que sean contrarias a la pretensión, excepción o defensa de la República, establecida en el artículo 84 del DLOPGR. 2. La obligación de todos los funcionarios judiciales de notificar al Procurador General de la República de toda sentencia definitiva o interlocutoria producida en los juicios en que la República sea parte, prevista en el artículo 98 del DLOPGR.

En la ejecución de la sentencia. 1. Notificación sobre ejecución de sentencia, regulada en el artículo 99 del DLOPGR. 2. Limitaciones a la ejecución de sentencias y procedimiento de ejecución, reguladas en los artículos 87, 99 y 100 del DLOPGR.

Privilegios y prerrogativas fiscales de la República. 1. Prohibición de exigir a la República que constituya caución para la procedencia de alguna actuación judicial, establecida en el artículo 83 del DLOPGR. 2. La inembargabilidad de los bienes de la República, establecida en el artículo 87 del DLOPGR, contemplada en los artículos 111 y 112 del DLOPGR. 3. La improcedencia de la condenatoria en costas contra la República, consagrada en los artículos 88 del DLOPGR y 287 del Código de Procedimiento Civil. 4. La inadmisibilidad de la compensación contra la República, regulada en el artículo 89 del DLOPGR.

¿Se aplican los privilegios y prerrogativas procesales de la Administración en los procesos de arbitraje?

La posibilidad de someter a arbitraje controversias relacionadas a contratos suscritos con la Administración Pública, incluso calificados como de interés público (artículo 151 constitucional), es algo admitido por la doctrina y por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Recordemos que el 17/10/2008 la Sala Constitucional señaló que:

(...) la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y

el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “sensibles” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras”.

En esa decisión la Sala Constitucional estableció que:

[E]n el contexto constitucional vigente resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, por el contrario, para determinar la validez y extensión de la[s] respectivas cláusulas arbitrales, se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente.

La Sala Constitucional determinó que el arbitraje es procedente incluso en materias consideradas de orden público cuando afirmó que:

Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse por se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva.

De modo que no sólo es procedente el arbitraje en materias de orden público, sino que, aun cuando en esos casos los árbitros para decidir deben atenerse a las normas sustantivas de orden público; lo mismo no ocurre con las normas de carácter adjetivo que sí pueden ser pactadas en el compromiso arbitral.

De ahí que podamos también decir que las disposiciones de orden público relacionadas con el Derecho Administrativo adjetivo, como son las prerrogativas y privilegios procesales de los entes públicos, no son exigibles en materia de arbitraje.

Uno de los elementos esenciales del arbitraje, en tanto método hetero-compositivo de resolución de litigios, es precisamente el principio de la autonomía de voluntad de las partes, según el cual éstas acuerdan libremente someter su controversia a un árbitro, como tercero imparcial, “[...] para que éste lo resuelva a través de un procedimiento que es materialmente jurisdiccional, ***pero que formalmente se encuentra fuera del ámbito de la jurisdicción estatal***” (resaltado nuestro).

Por ello, la Ley de Arbitraje Comercial, establece que “[...] el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.” (artículo 5).

Cuando se acude voluntariamente a la vía del arbitraje, nacional o internacional, se renuncia a la jurisdicción de carácter judicial, especialmente a la jurisdicción contencioso administrativa y a todas las normas

que regulan esa jurisdicción, entre ellas, las referidas a las prerrogativas procesales.

La naturaleza del arbitraje hace que estos procedimientos arbitrales estén exceptuados de los condicionamientos, obligaciones o deberes propios de la jurisdicción ordinaria (en sentido amplio incluyendo la competencia contencioso administrativa) y de sus funcionarios. Esa es parte de la finalidad que está detrás de la intención de los particulares de excluir la jurisdicción estatal de la controversia de que se trate, cuando voluntariamente se someten a un arbitraje.

Precisamente, con el arbitraje los inversionistas internacionales y contratistas de todo tipo con el Estado y sus distintas manifestaciones de derecho público o privado (empresas públicas, fundaciones), buscan evitar las condiciones de desigualdad e inclusive de arbitrariedad que usualmente pueden esperarse de las jurisdicciones o de los tribunales de la rama judicial del poder público, pertenecientes a esos mismos Estados.

En materia de arbitraje de inversiones usualmente se predicen una serie de determinadas condiciones de protección mínimas en los respectivos tratados bilaterales de protección de inversión (TBI), tales como evitar tratos discriminatorios, tratos o conductas arbitrarias, y en cambio garantizar un trato justo y equitativo a los inversionistas.

Si en el trámite de procedimientos arbitrales, se llegase a considerar procedente la aplicación de prerrogativas procesales o privilegios de otra índole basados en el derecho interno de cada Estado, se estaría vulnerando el principio de protección de un trato justo y equitativo.

De forma que no procede que los casos de arbitraje sean exigibles las mismas condiciones que desigualan y mantienen en una posición de superioridad al Estado frente a los particulares, como son prerrogativas como el antejuicio administrativo.

En muchos ordenamientos jurídicos se ha establecido expresamente la total independencia de la figura del arbitraje respecto de las prerrogativas y privilegios que el derecho interno generalmente le otorga a los Estados y sus administraciones públicas.

En España, la Ley de Arbitraje de 2003 coincide con el criterio preponderante en la doctrina en esa materia, acerca de la condición o cualidad de los Estados en lo que a los procesos de arbitraje internacional se refiere, al establecer en su artículo 2.2 lo siguiente:

Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las *prerrogativas de su propio Derecho* para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral (resaltado nuestro).

Lo dispuesto por la Ley de Arbitraje de España es producto de una lucha en contra de las prerrogativas de los Estados y sus agencias públicas –refiriéndose a las empresas públicas o estatales y otros entes del tipo descentralizado funcionalmente– en el ámbito del arbitraje internacional.

Ello incluye también a las empresas públicas o estatales y otros entes del tipo descentralizado funcionalmente (fundaciones, asociaciones civiles). En otras palabras, el fin de esta disposición es que los entes públicos pertenecientes a cualquier Estado no puedan ampararse en las prerrogativas y privilegios que les consagran sus propias legislaciones, luego de haberse sometido voluntariamente a un arbitraje.

Lo mismo ocurre en Perú donde el Decreto Legislativo No. 1071, vigente desde el 1/9/2008, que regula el arbitraje establece en el artículo 2.2. una casi idéntica disposición que la citada de la Ley de España:

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje (...)

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Un aspecto fundamental que resalta la doctrina –Merino Merchán– es que las partes que se hayan sometido válidamente a un arbitraje, lógicamente deben encontrarse bajo un régimen de igualdad ante el árbitro o tercero decisor, y en este sentido afirma que:

[...] la intervención del Estado en estas lides se presta a la necesidad de adecuación a los esquemas propios del arbitraje y particularmente en la esfera internacional, en que el Estado y sus “emanaciones” se presentan –deben hacerlo– en un plano de igualdad, con los particulares.

Con el desarrollo y complejidad de las administraciones públicas que demandan los tiempos actuales, éstas se han visto en la necesidad de celebrar contrataciones de un muy marcado carácter comercial que podríamos decir que tienden a despojar a las agencias o empresas públicas de esa imperante condición de autoridad; aunado al hecho de que si se trata de contrataciones en el ámbito internacional, a falta de un derecho común para la resolución de conflictos el arbitraje resulta muy útil, pero por supuesto, este por su propia esencia no puede admitir unas condiciones de desigualdad o de privilegios entre las partes, como sí sucede no pocas veces en el caso de los Estados frente a los particulares dentro de sus propias jurisdicciones.

En cuanto al tema de la igualdad, el mismo autor –Merino Merchán– se refiere al arbitraje como una suerte de figura o institución igualadora entre los particulares y los Estados, indicando que la apariencia de los últimos de *potentior personae* “solo puede neutralizarse por medio del arbitraje.”

En el momento en que el Estado acuerda someterse al arbitraje, está renunciando a cualquier prerrogativa, privilegio, ventaja o condición de supremacía que provenga de su ordenamiento jurídico interno.

La doctrina –Merino Merchán– apunta a esta conclusión en los mismos términos que la ley, al señalar que:

[...] el sometimiento de un Estado a arbitraje -o el de una entidad gubernamental- implica una previa renuncia expresa o tácita a la prerrogativa inmunitaria, por mucho que, en algunas ocasiones, cada vez menos, el Estado alegue dicho privilegio ante un tribunal arbitral.

Otro sector de la doctrina –Álvaro Soriano Hinojosa –, ha descrito esta condición del Estado como un particular más al someterse al arbitraje, como la matización de la inmunidad de jurisdicción, lo que implica la realización de actos en los cuales “(...) el Estado ha acudido al mercado internacional como un particular más –iure gestionis– en los que el Estado debe verse despojado de sus prerrogativas por no haber actuado con un carácter soberano”.

Adicionalmente, téngase en cuenta que el Estado –sobre todo en el ámbito de las inversiones internacionales– acude a estos particulares con los que termina suscribiendo o consintiendo procedimientos arbitrales, como un operador comercial más, entablando así una relación comercial con personas del Derecho Privado.

A su vez, los operadores comerciales privados, han preferido la vía del arbitraje antes que la jurisdicción estatal de los Estados o los agentes públicos (empresas públicas, fundaciones, asociaciones de Derecho Privado) con los que contrata, ya que de esa manera procuran que se les garantice más neutralidad que la que podría ofrecerles un juez del Estado.

De lo anterior, se deduce que el arbitraje impone irresistiblemente una condición de igualdad entre las partes. De ahí que se interprete como totalmente ajeno o incompatible en su máxima expresión, el hecho de que los Estados pretendan seguir haciendo valer su condición de superioridad y de privilegio en materia procesal, en los procedimientos arbitrales.

La idea de que dicho régimen aún fuese exigible en procedimientos arbitrales haría que fuese inoperante o sin razón de ser la intención de un particular que contrate con el Estado de acogerse a dicha jurisdicción distinta a la estatal, si en definitiva tendrían que verse sometido de todas formas a las mismas formalidades y condiciones procesales que la jurisdicción ordinaria ya les impone. Resalta así lo absurdo de una exigencia de esta categoría.

En los procedimientos arbitrales, tanto locales como internacionales, un elemento de su configuración y que generalmente es de libre

disposición por las partes, es el derecho aplicable, el cual en la mayoría de los casos es fijado previamente por las partes de forma expresa en los respectivos contratos.

Ahora bien, independientemente del derecho en particular que haya sido elegido por las partes, en el supuesto de un arbitraje:

[...] se persigue mantener el equilibrio del contrato entre las partes *desactivándose las tradicionales prerrogativas del Estado*; en definitiva, el objeto consiste en reducir cuando no eliminar las potestades vinculadas al *ius variandi* o de actuación exorbitante del Estado y de sus “emanaciones públicas” en los contratos en los que son parte, para establecer y garantizar la igualdad cuando esas entidades públicas actúan en relaciones comerciales internacionales con sometimiento al arbitraje. (resaltado nuestro).

De manera que las potestades exorbitantes del Estado son reducidas necesariamente en los arbitrajes internacionales con la finalidad de garantizar la igualdad entre las partes en el proceso arbitral.

No puede un Estado, a través de su derecho interno, alegar prerrogativas y privilegios a su favor o al de sus entes para los procesos arbitrales internacionales, aun cuando se haya previsto la aplicación de ese derecho interno para la solución de las controversias.

No es procedente que un Estado pudiera mediante sus normas internas disminuir su condición de justiciable, cuando dicha condición haya sido admitida expresamente mediante una cláusula arbitral en un contrato en garantía de su contraparte, que precisamente contrató con éste bajo esta premisa.

Además, hay que tener en cuenta que, en el caso del arbitraje institucional, la escogencia del derecho aplicable sólo se refiere al derecho sustantivo, pues el aspecto procesal será regido por las normas aplicables al centro de arbitraje que se haya señalado para la resolución de la controversia.

La idea anteriormente expuesta debe interpretarse como abarcadora no sólo de la cuestión fundamental de la inoponibilidad del derecho interno –en su faceta sustancial o general– a la jurisdicción arbitral, sino también de la imposibilidad de oponer cualquier otra disposición adjetiva o procesal del mismo derecho interno que pretenda ser invocada o exigida por los Estados o entidades públicas, con miras no sólo a pretender la falta de jurisdicción arbitral, sino también la inadmisión de solicitudes de arbitraje e inclusive la nulidad de laudos, basándose en una errónea interpretación de las disposiciones que consagran prerrogativas estatales, en el sentido de pretender que sean exigibles fuera del ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Bajo esa misma perspectiva, no podría el Estado venezolano –por ejemplo– intentar suspender o paralizar un procedimiento arbitral con base a un compromiso previamente adquirido, alegando la falta del cumplimiento de alguna prerrogativa procesal de la que pretenda seguir gozando aún en instancias arbitrales internacionales, comportándose como si aún estuviese actuando con la misma condición privilegiada que le confiere el ordenamiento jurídico venezolano; lejos de ello, las prerrogativas estatales consagradas en el ordenamiento venezolano, de acuerdo a una interpretación correcta y congruente con la institución del arbitraje, deben ser tenidas como totalmente ajenas al procedimiento arbitral.

Procederé ahora a analizar, de forma específica, algunos de estos privilegios y prerrogativas procesales y fiscales, evaluando su aplicabilidad y los efectos de su posible invocación en los procedimientos arbitrales en el marco del ordenamiento jurídico venezolano.

Voy a referirme, en primer lugar, al antejuicio administrativo, que es una de los privilegios clásicos que reclama el Estado antes de ser sometido a juicio, para concluir en su inaplicabilidad en los procesos arbitrales. Esta prerrogativa procesal, considerada como potestades del Estado que exceden a las de los particulares y que por ende vulneran el equilibrio, equivalencia o igualdad de las partes en el proceso, no son procedentes en los arbitrajes.

Desde el momento que prosperó la idea de que el Estado podía ser sometido a juicio, comenzaron los esfuerzos por protegerse de ellos y, precisamente, el antejuicio fue una técnica a estos efectos. Teniendo como fundamento la idea heredada del Derecho Administrativo francés respecto de la necesidad de tener una decisión previa para que la administración pueda ser sometida a juicio, en muchos países se estableció un procedimiento administrativo obligatorio previo a las reclamaciones judiciales. Pero esta idea es contraria a la noción moderna de la tutela judicial efectiva.

En Venezuela, el DLOPGR, en los artículos 68 al 74 regula el antejuicio administrativo, conforme al cual antes de instaurar cualquier demanda contra la *República* debe iniciarse un procedimiento administrativo previo para exponer concretamente las pretensiones del caso.

El artículo 68 del DLOPGR dispone que:

Quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República deben manifestarlo previamente por escrito al órgano al cual corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso. De la presentación de este escrito debe dar recibo el interesado y su recepción debe constar en el mismo.

Y el artículo 74 *ejusdem* prevé este requisito como presupuesto de admisibilidad en las demandas intentadas contra la República, al

establecer que “los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intenten contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo...”.

El antejuicio administrativo tiene un alcance o ámbito de aplicación determinado y muy concreto y es precisamente el regulado por el artículo 68 del DLOPGR, que cuando establece el procedimiento previo se refiere a quienes pretendan instaurar una “*demanda*” ante un funcionario judicial de contenido patrimonial contra la República y luego hasta el artículo 74 del DLOPGR, se regula el procedimiento administrativo previo a las “*demandas*” contra la República.

A los procedimientos arbitrales en contra de la República que se inicien y sustancien, bien con motivo de una cláusula compromisoria contenida en un contrato administrativo o con fundamento en un tratado de protección internacional de inversiones, no se les aplica la obligación exigida en el DLOPGR de tramitar el antejuicio administrativo.

Con base a lo anterior, no podría alegar el Estado venezolano el cumplimiento del antejuicio administrativo en procedimiento arbitral por una aplicación analógica y en el caso del arbitraje internacional insistimos no lo podría hacer, inclusive si el derecho aplicable escogido hubiese sido el venezolano, esto en virtud de ese principio tan esencial al arbitraje de garantizar la igualdad de las partes en sus procedimientos, más aún cuando una de las partes es una persona de carácter público o estatal.

Por tanto, siendo el arbitraje un mecanismo de resolución de conflictos que propugna en su forma más plena la autonomía de la voluntad de las partes que se comprometen previamente a renunciar a la jurisdicción ordinaria estatal (con todo lo que ello implica desde un punto de vista formal), así como el principio de la igualdad y la consecuente inaplicación de cualquier privilegio o prerrogativa de los cuales pueda gozar alguna de las partes en virtud de su respectivo ordenamiento jurídico interno, resulta lógico afirmar que el arbitraje se configura como una evidente excepción al requisito o prerrogativa procesal del antejuicio administrativo.

De hecho, si se aceptase que el antejuicio administrativo y demás prerrogativas y privilegios procesales que consagra el ordenamiento jurídico venezolano para determinados entes públicos, son exigibles también en los procedimientos arbitrales a los que éstos se hayan voluntaria y efectivamente sometidos, ello iría en total contravención de una serie de principios que regulan el arbitraje, como lo es por ejemplo el carácter de celeridad frente a la lenta y compleja actividad de los tribunales pertenecientes al sistema de justicia estatal; aún más si se trata de tribunales contenciosos-administrativos, que al estar sujetos a la exigencia de prerrogativas y privilegios de las que gozan los entes públicos, hacen de sus procedimientos unos aún más rígidos que los del resto de los tribunales

estatales, lo que resultaría en algo totalmente opuesto al arbitraje y lo anularía en su esencia.

Más grave aún sería pretender aplicar el antejuicio administrativo en el caso de arbitraje contra entes públicos diferentes a la República, como es el caso de las empresas del Estado e institutos autónomos, que no están dentro del ámbito de aplicación de la norma que prevé el antejuicio administrativo.

Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia, había considerado, y creemos que así debe ser, que el requisito del antejuicio administrativo es una prerrogativa aplicable de manera exclusiva a la República por cuanto las diferentes leyes de la Procuraduría General de la República siempre han establecido que quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial *contra la República*, deberán manifestarlo al órgano correspondiente. De manera que es claro que la ley no incluye los casos de demandas intentadas contra Institutos Autónomos y empresas del Estado.

El Tribunal Supremo de Justicia había establecido que el antejuicio administrativo, como principio general, no se aplicaba a los Institutos Autónomos, salvo cuando una previsión legal expresa reconociera tal prerrogativa a un Instituto Autónomo en concreto.

Sin embargo, posteriormente el Tribunal Supremo de Justicia modificó su criterio y estableció que a los Institutos Autónomos y luego a las empresas del Estado les resultaba aplicable el antejuicio administrativo y luego lo extendió a los municipios.

De forma que los privilegios y prerrogativas previstos por el legislador para la República fueron interpretados extensivamente por la jurisprudencia y aplicados indebidamente a las empresas del Estado.

Pero lo cierto es que no cabe la aplicación analógica de los privilegios y prerrogativas previstas en las normas procesales ordinarias para ciertos entes públicos cuando estos son parte de un procedimiento arbitral cuyas normas no las prevén.

No puede haber aplicación analógica en caso de normas excepcionales y de interpretación restrictiva, tanto más cuanto que el proceso arbitral tiene sus propias normas procesales, las que determinen las partes y las que dicten los centros de arbitraje, y no se rige, en principio, por las disposiciones procesales ordinarias.

La aplicación analógica de otras normas estará sujeta a los límites que impone la Ley de Arbitraje Comercial, y de allí no serán extensibles a supuestos distintos aquellas disposiciones que establezcan cargas o limitaciones, como es el caso de las prerrogativas y privilegios de los entes públicos.

De otra parte, el artículo 111 del DLOPGR, establece un privilegio adicional más a favor de los entes públicos, e inclusive este caso del interés público o actividad de utilidad pública que pueda estar siendo llevada a cabo por un particular. Dicho artículo dispone que:

Artículo 111. Cuando se decrete medida procesal, de embargo, secuestro, ejecución interdictal y, en general, alguna medida de ejecución preventiva o definitiva sobre bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que éste tenga participación; de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio de interés público, a una actividad de utilidad pública nacional o a un servicio privado de interés público, antes de su ejecución, el juez debe notificar al Procurador o Procuradora General de la República (...)

Con base a la disposición anteriormente citada, la Sala Constitucional ha confirmado una sentencia que anuló el laudo arbitral cautelar al no notificar a la Procuraduría General de la República, por estar involucrado el orden público, y no haberse dado cumplimiento a esta prerrogativa prevista en el artículo 111 de la Ley del referido órgano constitucional.

En efecto, mediante sentencia N° 882 del 1/11/2022, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 4/5/2021, dictada por el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en el marco de una acción autónoma de amparo constitucional.

El Juzgado Superior Séptimo, en sede constitucional, resolvió la acción de amparo constitucional interpuesta contra un laudo de contenido cautelar dictado por un Tribunal Arbitral de Urgencia constituido en el marco del arbitraje institucional administrado por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), y estableció en su sentencia que la indeterminación respecto a la revisión de las actuaciones arbitrales de urgencia y la falta de criterios procesales estables para el procedimiento cautelar, afecta la seguridad jurídica de las partes, el derecho a la defensa, el debido proceso y en general la tutela judicial efectiva de los usuarios del referido Centro Arbitral (CEDCA).

El Juzgado Superior Séptimo advirtió, además, la “poca prudencia” con la que actuó el árbitro de urgencia al no realizar la notificación de la Procuraduría General de la República, quien debe manifestar si el Estado tiene o no interés o si la medida cautelar afecta los intereses de la República.

En ese sentido, la Sala Constitucional estableció que en el proceso arbitral cautelar no fueron garantizados el derecho a la defensa y debido proceso:

[A]l no haberse notificado a la Procuraduría General de la República de las medidas preventivas que afectan una actividad de interés público relacionada con la estabilidad financiera del sector bancario que fue así certificado en comunicación contenida en un oficio proferido por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.

La Sala Constitucional precisó que se lesionó el debido proceso por:

[L]a falta de notificación a la Procuraduría General de la República debido a que constó en el material probatorio debidamente evacuado el señalamiento por parte de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario que la actividad desplegada por la empresa Carrofería Media Group, C.A., interesa a la estabilidad del sector bancario y por ello estaría involucrado el orden público que no fue resguardado por el tribunal; ello, ya es motivo suficiente para declarar la procedencia del amparo, por lo que apelación manifestada, tanto por el árbitro de urgencia como por la empresa beneficiaria del laudo cuestionada, que pretenden contravenir el dictamen meritorio de primera instancia, no deben prosperar. Así se decide.

La Sala Constitucional difirió de lo aseverado por el *a quo* constitucional:

[R]especto a la crítica del procedimiento arbitral instruido bajo el marco del reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), pues entiende esta Sala que los procedimientos arbitrales son los que las propias partes determinan a través de su autonomía de voluntad que incluso puede ser manifestada al decidir someter sus controversias a un medio alternativo de resolución de conflictos como lo es el arbitraje que puede ser institucional como el que administra el mencionado centro arbitral que cuenta con un reglamento público que pueden conocer los sujetos que decidan acudir a este.

Otra tradicional prerrogativa fiscal es la de que los bienes, derechos, rentas o acciones del patrimonio del Estado no podrán ser objeto de embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales, o de cualquier otra medida ejecutiva o preventiva; en nuestro caso establecida en el artículo 87 del DLOPGR con fundamento en el cual los bienes, rentas, derechos o acciones de la República no pueden ser objeto de embargos ejecutivos, sino que, en estos casos, los jueces que conozcan de la ejecución de sentencias contra la República, deben suspender la causa y notificar al Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo demandado.

Como lo expresa González Pérez:

[L]a prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –que suelen reconocer todas las Constituciones– comprende no sólo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino que lo en ella resuelto sea llevado a efecto, con, sin o

contra la voluntad del obligado. Los Tribunales han de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos de la administración pública ha venido a ser calificado como “*una esfera inmune a la introducción de los órganos jurisdiccionales para dar cumplimiento a la sentencia de condena.*”

Es decir, cuando parte de las medidas que usualmente prevé el ordenamiento o legislación procesal para poder hacer efectiva la ejecución de una sentencia declarada con lugar a favor de la pretensión del demandante, como los son las medidas de embargo, llegan a quedar excluidas de ser aplicadas respecto de los entes públicos, ello supone una suerte de inmunidad jurisdiccional que contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ya lo hemos dicho antes y siempre es bueno reiterarlo, no es suficiente que el particular pueda hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes, ni que se produzca una decisión de fondo sobre el asunto planteado; es indispensable además que se cumpla con lo decidido por el tribunal para que efectivamente se materialice el derecho a la tutela judicial efectiva. Es necesario que se dé cumplimiento a lo ordenado en el fallo, esto es, que se ejecute a los fines de materializar la satisfacción de la pretensión deducida.

García de Enterría, cuando hace referencia al principio de inembargabilidad de los bienes públicos o *privilegium fisci*, señala que “es un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio”. En ese sentido, expresó que “[...] El dinero administrativo es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna”.

De todo lo anteriormente dicho, se extraen las siguientes conclusiones:

1. La justicia administrativa debe garantizar no sólo el derecho de acceso a la justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que suponga también que la Administración, en respeto del derecho constitucional a la igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución de Venezuela de 1999, actúe en juicio frente a los particulares como cualquier otra parte, sometida a derecho y en equivalencia de condiciones.
2. El arbitraje ha sido incluido dentro del sistema de justicia, de manera que la justicia administrativa puede ser concretada a través del arbitraje.

3. No hay tutela judicial efectiva si no se cumple el principio de igualdad de las partes en el proceso, aun cuando ella sea una persona jurídica de Derecho Público o un ente de índole privada creado mediante la descentralización funcional del Estado.
4. En contra de lo dispuesto en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia han ratificado las inmunidades y privilegios en perjuicio del derecho de los particulares a una protección judicial efectiva.
5. Según la jurisprudencia y la doctrina pueden someterse a arbitraje controversias relacionadas a contratos suscritos con la Administración Pública, incluso calificados como de interés público.
6. Cuando el arbitraje se refiere a materias de orden público los árbitros deben atenerse a las normas sustantivas de orden público, pero no a las normas de carácter adjetivo, que si pueden ser pactadas en el compromiso arbitral.
7. Las disposiciones de orden público relacionadas con el Derecho Administrativo adjetivo, como son las prerrogativas y privilegios procesales de los entes públicos, no son exigibles en materia de arbitraje.
8. No puede el Estado, a través de su derecho interno imponer prerrogativas y privilegios a su favor o al de sus entes para los procesos arbitrales internacionales en los cuales se haya previsto la aplicación de ese derecho interno para la solución de las controversias.
9. El arbitraje tiene sus propias normas procesales, estas son, las que escojan las partes o las del centro de arbitraje seleccionado, por lo que las normas adjetivas ordinarias no aplican per se al arbitraje.
10. Por medio del arbitraje es posible establecer mecanismos para desactivar las prerrogativas del Estado y demás personas jurídico públicas y someter a las partes a un régimen de igualdad, consustancial al arbitraje, con neutralización del poder normativo específico del Estado.

CONVERSATORIO: LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Ponentes:

Allan Brewer-Carías, Emilio Urbina

Fecha: 4 de mayo de 2023

Moderadora. María Amparo Grau

Buenos días. Contamos con dos excelentes ponentes, el profesor Allan Brewer Carías y el profesor Emilio Urbina, comenzaremos dando la palabra al profesor Allan Brewer Carías, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela, para que nos hable sobre la Ley Orgánica de Extinción de Dominio. Estimado profesor Brewer, tiene usted la palabra.

Allan Brewer-Carías

Yo comenzaría diciendo que, a pesar de que el 28 de abril se promulgó la ley, como bien sabemos, que regula, en mi criterio, la confiscación de bienes relacionados con determinados delitos, sin embargo, según informó la prensa, parecería que ya se había estado aplicando por vía ejecutiva respecto de bienes a afectados a temas de corrupción antes de que la propia ley existiera. El diario Últimas Noticias de ese mismo día, reportó que el gobernador de un estado entregó bienes y materiales incautados a sectores vinculados con la corrupción que estaban en la entidad federal, y dice la prensa: “la acción se produjo durante el acto de promulgación de la Ley Orgánica de Extinción del Dominio, o sea, que ya se estaba aplicando.

Este hecho, quizás, explica la premura que hubo en promulgar esta ley, pues bien sabemos que, en cuestión de horas, la ley fue sancionada por la Asamblea Nacional, fue enviada al Tribunal Supremo de Justicia para que dictaminara sobre la constitucionalidad del carácter orgánico, la Sala dictó sentencia y salió publicada en gaceta, todo el mismo día, en cuestión de horas se produjo todo este proceso.

No es de extrañar, por tanto, las voces de alarma que han surgido en torno a esta ley, la organización Acceso a la Justicia, por ejemplo, llamó la atención sobre el peligro que representaba esta ley aplicada en un país como el nuestro donde no hay un Poder Judicial autónomo e

independiente, a ello se agrega, por supuesto, lo que agrava la situación de peligro, el hecho de que Venezuela tenga, como bien sabemos, el récord lamentable de estar en el último lugar del rango, entre todos los países del mundo, en los índices de Estado de derecho en materia de control de poderes del gobierno, confiabilidad respecto al sistema de justicia penal, y en los últimos rangos de transparencia, en materia de gobierno abierto o de respeto de derechos humanos, estamos por ahí similares a Somalia, Siria y Sudán del Sur.

En ese contexto una ley de este tipo, no sólo es un peligro total respecto a la garantía del derecho de propiedad sino del propio funcionamiento del Estado, pues podría ser un instrumento utilizado, por grupos de poder, para multiplicar la corrupción que se busca sancionar, entre otras, convirtiéndola al aseguramiento de bienes, con base en estos supuestos regulados en la ley, en un monumental reparto de bienes como un botín.

Pero el real peligro, además de esta ley, en mi criterio, está en la creencia de que se trata de una ley que, como buscaba el proyecto que se presentó a la Asamblea Nacional y decía la exposición de motivos, permitiría la extinción de dominio como fórmula jurídica para transmitir al Estado de la titularidad de bienes aun cuando no haya dictado sentencia en un proceso penal correspondiente. Esta creencia significaría admitir la confiscación sin condena penal, lo que simplemente es imposible en la Constitución venezolana; pero esa creencia es la que se aprecia, por ejemplo, de las recientes declaraciones de altos funcionarios del Estado, hablando amenazadoramente con aplicar esta ley como instrumento de persecución. Hace dos días el presidente de la Asamblea Nacional anunciaba la promulgación de otra ley para la protección de activos de la República, que criminaliza, entre otras cosas, el ejercicio de la profesión de abogado, diciendo que irían contra los bienes en Venezuela de los diputados a la Asamblea Nacional del año 2015, “le aplicaremos la Ley de Extinción del Dominio” era la expresión.

Y ayer, también salió la referencia en una rueda de prensa de cómo luego de insultarse en una forma inadmisibile a un destacado miembro de esta Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, el doctor José Ignacio Hernández, a quien lo llama criminal insólitamente la vicepresidenta de la República en rueda de prensa, dijo que “se solicitará la aplicación inmediata de la Ley de Extinción del Dominio a todos los ex diputados que habían usurpado la autoridad”.

Ante estas amenazas, por tanto, lo primero que tenemos que preguntarnos es realmente, primero, si esta ley realmente la aplica el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, o es un tema de aplicación por parte de la justicia penal, y exclusivamente el Ministerio Público y de los tribunales especializados. La respuesta, por supuesto, es esta última esta, esta ley no

es una materia de aplicación por parte del Ejecutivo o el legislador, sino que sólo corresponde a los tribunales, al Poder Judicial.

Y la otra pregunta más importante es si esta ley, como parece deducirse de las amenazas proferidas, puede en realidad aplicarse en una forma directa e independiente de un proceso penal donde se produjo una condena previa por alguno de los delitos para que pueda procederse a la confiscación, como puede ocurrir en otros países; y la respuesta en nuestro país, en mi criterio, es que no puede aplicarse sino como consecuencia de una condena penal que acarree confiscación como pena, tal como incluso lo resolvió la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando declara la constitucionalidad del carácter orgánico de la ley.

La Sala Constitucional no se quedó en declarar sólo la constitucionalidad de carácter orgánico, sino que le dio el fundamento constitucional a la ley, y ese fundamento constitucional no fue el artículo 115 de la Constitución, fue el artículo 116 de la Constitución que es la que regula la confiscación, con lo cual, la ley, para el Tribunal Supremo de Justicia, es una ley que regula la institución de la confiscación.

Ante esto, quiero referirme brevemente a tres aspectos básicos de esta ley. Primero, el fundamento; segundo, ¿qué es lo que realmente regula y establece la ley?; y tercero, ¿cómo fue que la Sala Constitucional enmarcó la ley en el marco de la Constitución?

Lo primero, sobre el régimen constitucional que fundamenta la extinción de dominio como una confiscación concebida como sanción penal, la Constitución, como sabemos, garantiza el derecho de propiedad, y permite la expropiación mediante pago oportuno y justa compensación, y juicio que origina la sentencia firme (esto lo hace en el artículo 115); y a renglón seguido, conforme al artículo 116, prohíbe confiscaciones, es decir, expropiaciones sin indemnización. Y tenemos que entender que esa confiscación es lo que define el diccionario de la Real Academia: “incautar o privar de posesión o bienes para su incorporación al erario público sin compensación”, eso es una expropiación sin indemnización o confiscación.

Pero respecto a esta prohibición de la confiscación, la Constitución, como bien sabemos, establece una excepción, permite la confiscación por vía de excepción mediante sentencia firme, respecto a bienes de personas responsables de delitos (primer elemento de la confiscación), mediante sentencia firme; y luego se refiere a los delitos de enriquecimiento ilícito o tráfico ilícito de drogas. Esta excepción se repite en el artículo 217 de la propia Constitución donde habla de nuevo de “previa decisión judicial por delito”. Ese es el marco constitucional que regula el tema de la confiscación en Venezuela, de resto es expropiación y este no es el caso de la ley, la ley regula lo mismo que dice la definición del diccionario de la Real

Academia, una incautación de bienes para su incorporación al erario público sin compensación.

¿Qué regula expresamente la ley? sin duda, insisto, en el marco de la confiscación que establece el artículo 116 de la Constitución, la ley regula esta institución que se llama “extinción de dominio”, y en esa ley se define la misma como “la declaración de la titularidad a favor del Estado, de bienes patrimoniales de personas, relacionadas con actividades ilícitas, mediante sentencia firme, sin contraprestación de naturaleza alguna”.

O sea, se está regulando una confiscación, los mismos elementos del apoderamiento por parte del Estado de bienes como consecuencia de actividades ilícitas mediante sentencia firme sin compensación, de ahí el objeto de la ley que se define en el artículo 1 que es la identificación de bienes originados por actividades ilícitas o destinados a ella. Y la extinción de esos bienes, mediante sentencia, sin compensación. Es decir, una confiscación de bienes que, como sanción penal, tiene que ser impuesta por sentencia de condena por comisión de delitos.

Y toda la normativa de la ley gira en torno a esa actividad y a esa noción de “actividades ilícitas”, que no son otras que las tipificadas como delito. Habla de actividades tipificadas y lo único que se puede tipificar en el ordenamiento venezolano son delitos. La ley define la actividad ilícita diciendo “toda actividad tipificada en la legislación contra corrupción, delincuencia organizada, financiamiento del terrorismo, legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes” y agrega esa definición “aun cuando no se haya dictado una sentencia en un proceso penal correspondiente” ¿Qué se quiere decir con esta coletilla? que la actividad ilícita existe aun cuando no haya habido condena, lo que sin embargo no implica que se pueda ejecutar la extinción de dominio antes, sino después de que haya la condena; la actividad es ilícita, pero para poder ejecutar la extinción de dominio tiene que haber una condena, esa frase final no se puede interpretar en contra de la Constitución como una autorización dada para confiscar bienes como sanción penal pero sin condena penal, lo que es un contrasentido.

En consecuencia, la extinción de dominio, conforme a la ley, al contrario de lo que han dicho los aficionados que no se han leído el texto en forma adecuada, que no es el mismo texto que puede existir en otros países, la extinción de dominio, primero, sólo opera respecto a bienes relacionados con la actividad ilícita, que son los tipificados como delito, y sólo puede decretarse con la condena por ese delito mediante sentencia firme. Por lo cual, al no tener compensación, se asimila con la institución de la confiscación.

Para que pueda haber, por tanto, una acción judicial de extinción del dominio, de naturaleza civil, como lo dice la ley, tiene que haber habido necesariamente una previa sentencia penal declarando que hay una

actividad ilícita que es una actividad delictiva, que se identifique en una persona y se le condena como responsable del delito.

Y el tercer punto es ¿qué fue lo que dijo la Sala Constitucional? Pues la Sala Constitucional enmarca la ley en el artículo 116 de la Constitución que es el que regula la confiscación, no en otro, allí es el fundamento que le da la Sala Constitucional; eso fue lo que resolvió, en cuestión de horas, pero eso fue lo que resolvió al declarar la constitucionalidad del carácter orgánico. Y una recomendación a todos los que utilizan la ley como instrumento de amenaza, léanse la sentencia, vean qué fue lo que dijo la Sala. La Sala Constitucional basó su consideración sobre esa declaratoria de constitucionalidad de la Ley Orgánica en el hecho de que la misma es un cuerpo normativo (dijo la Sala) que regula materias vinculadas al desarrollo de derechos constitucionales, como lo exige la norma del artículo 203 de la Constitución, concluyendo que la misma, lo que ha regulado, es la institución de la confiscación que prevé el 116 de la Constitución como excepción.

A pesar de que la Ley Orgánica desarrolla aspectos medulares del derecho de propiedad que regula el artículo 115, por ejemplo, al decir que los bienes adquiridos con recursos de origen ilícito no adquieren ni consolidan la propiedad, lo que es para toda una deposición sobre el impacto de la ley sobre el derecho de propiedad, sin embargo, la Sala Constitucional, para el asombro del lector, no hizo referencia alguna al derecho propiedad, ni enmarcó en la ley, en el artículo 115 de la Constitución, sino que hizo su análisis exclusivamente sobre la base del artículo 116 que es el que regula excepcionalmente la confiscación. De ese artículo 116, la Sala Constitucional, para darle fundamento constitucional a la ley, vinculada de derechos constitucionales, creó un nuevo derecho, el derecho a la protección de los derechos económicos del patrimonio público, así como de intereses por parte del Estado, un nuevo derecho, y ese derecho lo declaró irrenunciable, con clara incidencia en el resto de los derechos constitucionales. Ese derecho constitucional, que es el fundamento de la ley, tal como lo decidió la Sala Constitucional para declarar constitucional su carácter orgánico, lo derivó la Sala, insisto del artículo 116, que es el que prohíbe la confiscación y permite, excepcionalmente, la confiscación, mediante sentencia firme respecto de bienes de personas responsables de delitos.

De allí que la Sala destacó como características fundamentales de la ley:

Primero, que el instrumento se perfila a coadyuvar en la prevención de actividades delictivas relacionadas con otros delitos, y enumera los que están en el 116 de la Constitución.

Segundo, que las normas de la ley buscan fortalecer las capacidades del Estado para combatir, con eficiencia, prácticas delictivas. Es decir, todo está vinculado con delitos.

Tercero, que la ley incorpore en el ordenamiento venezolano este instrumento que llama “extinción del dominio” (que no es otra cosa sino una confiscación) como un instrumento de política criminal.

Cuarto, dice la sentencia, que la ley viene a desarrollar la severidad de las penas que deben imponerse por la comisión de delitos económicos, es decir, lo que nos está diciendo la Sala Constitucional es que esta ley regula, con el nombre de “extinción de dominio”, una confiscación en los términos del artículo 116 de la Constitución, con el objeto de incrementar la prevención de actividades delictivas, para combatir las prácticas delictivas, como política criminal, y para poner mayor severidad a las penas.

Conforme a este marco, insisto, la ley no regula otra cosa sino una modalidad de la confiscación que sólo puede ser impuesta como consecuencia de la comisión de delitos, declarados por sentencia penal, resultante de una condena penal.

A pesar de que la intención original cuando se presentó este proyecto pudo haber sido establecer otra institución distinta, que está regulada en mecanismos internacionales y en otros países latinoamericanos, en Venezuela, por decisión de la Sala Constitucional, la extinción del dominio así regulado, es totalmente distinta a aquella institución que existe en América Latina, y resultó, simplemente, basándose en el artículo 116 de la Constitución, en una modalidad más de confiscación conforme lo autoriza el artículo 116 de la Constitución.

Esa institución, como confiscación, en todo caso, como ya se ha destacado por el profesor Ramón Escobar León, que ha escrito sobre la materia, aún con el carácter restrictivo que le ha dado la Sala Constitucional vinculándola a la confiscación, requeriría, para su aplicación, un sistema político donde el Estado de derecho deba ser la piedra angular del funcionamiento del Estado, donde la autonomía e independencia del Poder judicial estén garantizados. Con un Poder Judicial cuya independencia y autonomía ha sido demolida, como sucedió en Venezuela durante estos 20 años, esta ley puede resultar en un instrumento para agravar los problemas que llevaron a su sanción, y para pretender utilizarla como mecanismo de persecución, pero que la propia Sala Constitucional lo ha limitado a una forma de confiscación, muy distinta de la institución denominada “extinción de dominio” que existen otros países en América Latina y en convenciones internacionales. Muchas gracias.

Moderadora

Muchas gracias, profesor. Contamos, el día de hoy, con la participación de una persona que ha estudiado muchísimo el tema que es el doctor Emilio Urbina, que es profesor de los estudios de doctorado de la Universidad Católica Andrés Bello.

Emilio Urbina

Gracias por la invitación. En efecto, como dijo el profesor Brewer, tenemos muchos años trabajando este tema de la extinción de dominio, y les voy a confesar lo que no se dice.

Nosotros tenemos una red internacional de América Latina, de especialistas, los cuales lo conforman los redactores de la ley modelo, y trabajamos para la oficina de Naciones Unidas en temas de asesoría.

Cuando todos nos enteramos de manera insólita porque aquí se estaba introduciendo un proyecto de ley, a mí me llama la directora de Naciones Unidas, me dice “¿qué están aprobando ustedes allá? ¿cómo usted metió eso?” Todo el mundo pensó que yo estaba introduciendo el proyecto, pero yo no tengo nada que ver, yo soy el primero asustado porque de verdad que en la obra que se publicó hace unos años, que agradecemos mucho al doctor Brewer, aquí habíamos planteado muy bien que había que cumplirse 11 pautas para poder introducir la extinción de dominio en Venezuela. Generalmente una discusión de una ley de un instituto de este calibre requiere por lo menos un promedio de tres años.

Estoy de acuerdo con el profesor cuando la Sala Constitucional la declara como una ley para, la severidad de los delitos y la pena automáticamente el instituto quedó desfigurado, incluso, yo lo hice ver en un escrito que corrí el fin de semana. Es más, les voy a comentar, desde hace unos años que hay algunas conferencias que organizamos incluso con Transparencia Venezuela, con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, sobre extinción de dominio, al coautor de mi libro, el doctor Rafael Jiménez, teníamos el miedo y lo dejamos muy en claro, que la Sala Constitucional de verdad desfigurara la institución, y así ocurrió. Es más, yo lo bauticé, el primer paso de nuestra Sala Constitucional fue hacer ver de la extinción de dominio lo que no es a nivel del programa de América Latina.

Quiero que vean el grado de improvisación en que se introduce esta materia en Venezuela y el peligro que trae; es más, entre nosotros, los expertos, siempre hablamos de que la extinción de dominio, en los mecanismos de persecución internacional contra la corrupción, equivale a la suerte de armas nucleares, es decir, que tiene que tener mucho cuidado con quien lo vaya a aplicar.

Por cierto, yo había anunciado que estoy por terminar un libro sobre las grandes decisiones de la jurisprudencia constitucional de extinción de dominio en América Latina. Lamentándolo mucho, Venezuela se estrena con un tribunal, una decisión de verdad que rompe incluso hasta las discusiones sobre aquellos puntos polémicos como la imprescriptibilidad o la retrospectiva; recientemente Argentina está disputando ya el tema de la teoría de la reprochabilidad.

Cuando se presentó, en 2021, que Naciones Unidas realizó, en el mes de septiembre, las jornadas de revisión de la ley modelo. La ley modelo, está siendo, en este momento, objeto de revisión, porque queremos pasar de la ley modelo a un protocolo muy parecido a lo que ocurre en Europa con la directiva 42 del año 2014, claro, en la medida que más países del continente asumen la extinción de dominio, se va transformando en una.

Entonces, había trabajado sobre la justicia constitucional a nivel de América Latina, vías y contravías, en esta *babelia* jurídica, porque el profesor Brewer acuñó la denuncia de ese nuevo derecho constitucional o derecho a dos velocidades, así le había llamado en su oportunidad, es un sofisma inaceptable a nueva realidad.

Lo que me llama la atención es que cuando el gobierno introduce, no se da cuenta que su principal persona en la campaña internacional fue uno de los que se le aplicó la extinción de dominio a los dos meses de haber sido detenido en Cabo Verde, es más, el que quiera yo le puedo hacer llegar por correo las decisiones, los escritos, porque este caso lo seguimos. Alex Saab, precisamente, ante las dificultades que trae las vías penales, en Colombia, que la extinción de dominio está desde 1936, y como una figura constitucional desde el año 91, con una robustez, allá es de carácter patrimonial, no penal, pues resulta que el caso de Alex Saab fue muy emblemático porque él fue detenido el 12/6/2020, y para el día 17/10/2020 ya estaban las decisiones con cosa juzgada de extinción de dominio.

Este es uno de los prototípicos casos porque él no estaba en Colombia, no se pudo justificar los bienes, donde inclusive un año antes de la extradición ya la justicia, en esta materia, había aplicado.

Me causa curiosidad qué va a hacer el gobierno, que se había defendido, hasta hace poco, con el hecho de que en Venezuela no existía la extinción de dominio, y resulta que hay una petición de la fiscalía colombiana, precisamente, de extinción de dominio sobre unos bienes que tiene Alex Saab aquí con algunos titulares aparentes (llamados “testaferros” pero aquí no se usa esa figura) que hay en Venezuela. Entonces yo quiero saber si aquí van a aplicar esto porque, como me dijo una alta funcionaria de Naciones Unidas, se pegaron un tiro en el pie porque no saben qué fue lo que aprobaron.

Hay otros casos sobre lo que de verdad significa la extinción de dominio y el papel en su lucha contra la corrupción, porque estos son nuevos mecanismos patrimoniales donde la justicia penal ya no puede llegar por aquello de la protección a los derechos del imputado, las garantías de la presunción de inocencia, donde ha llegado en cada país este concepto de creación colombiana, ha tenido sus particularidades, y yo voy a traer dos casos, por ejemplo, para que vean gráficamente cómo opera en otros países.

El caso más emblemático, el caso Evans, que es conocido como el caso “La monja”, fue decidido en 2021. La señora Nelly Marion Evans es una religiosa, ella fue durante muchos años la financista de Sendero Luminoso. Resulta que en los años 80’s, 90’s, incluso en este siglo, la justicia penal en más de 16 casos la había declarado como absuelta porque no existían elementos propiamente penales que pudieran condenar a esta señora, que pudieran comprobar que había financiado el terrorismo.

La Ley de Extinción de Dominio se aprueba en el Perú en el decreto 1373 del año 2019, y comienzan a realizarse investigaciones patrimoniales porque ¿qué es lo que dice? y resalto lo que dice el profesor Escobar León y el profesor Brewer, miren, tener extinción de dominio en un país requiere de un Poder Judicial y de una Fiscalía sólida, con la suficiente formación; un promedio de un juez de extinción de dominio, y lo digo porque me ha tocado dar cursos de formación en Perú, se tarda en promedio 5 años para más o menos tener una noción, que yo incluso en el escrito que pasé el fin de semana hago la referencia de lo que debe conocer un juez de extinción de dominio.

Bueno, en este caso Evans, resulta que cuando comienzan las investigaciones patrimoniales, en efecto, yo no podía violentar la presunción de inocencia, pero los bienes, en el caso de la extinción de dominio, no están amparados en esa presunción sino que hay que probarlo, claro, para que operen el balance de probabilidades, la carga dinámica de la prueba, requiere de un Poder Judicial sólido, al punto de que los países que introducen la extinción de dominio, Naciones Unidas, ponen en práctica un plan de formación, un plan de seguimiento, un plan, incluso, como ocurrió en Centroamérica, donde los salarios de muchos de esos jueces eran pagados por las arcas de Naciones Unidas, para precisamente preservar la integridad de esos jueces, para preservar la autonomía.

En el caso de Evans fue que se logró con extinción de dominio demostrar que, cuando le preguntan a esta señora cómo justifica el patrimonio, resulta que ella se defendió “bueno, es que yo soy inocente”. No, nosotros no estamos tocando su libertad o el caso suyo, solamente justifique el patrimonio. Bueno, en el seguimiento que se hizo se logró encontrar que ella había financiado Sendero Luminoso o utilizaba parte de su cuenta, y bueno, después la justicia penal se encargó.

¿A dónde quiero llegar con esto de la extinción de dominio? no es que es una panacea, es más, yo lo digo, yo no soy entusiasta de la extinción de dominio, pero tampoco soy un nihilista. Esta es una figura que, repetimos, en términos muy gráficos, es el equivalente de armas nucleares.

Un caso, incluso, de independencia, mire el caso de Bolivia que, a mi juicio, de todas las sentencias de los tribunales constitucionales dictados en el continente que han abordado la extinción de dominio, la sentencia para mí más bonita y creo que la más honesta fue la que le declaró la inconstitucionalidad del proyecto de ley presentado por Evo Morales, incluso, con esa justicia constitucional que estaba arropada, resulta que allá la Corte Constitucional, en un acto de valentía, dicta una decisión porque Evo Morales iba a ir más allá, desfiguró la institución al punto de que en el proyecto de ley que se llama “de dominios, bienes a favor del Estado”, iban a crear un Ministerio de Extinción de Dominio; imagínense ustedes, en vía administrativa, un procedimiento de esta naturaleza. Es como que mañana se creara el Ministerio del Poder Popular para la Extinción de Dominio, y que en un procedimiento en sede administrativa resulte la demostración de la ilicitud del origen.

El Tribunal Constitucional boliviano fue bastante enfático, dijo que eso no puede ser, hay un principio de reserva judicial y hay unas garantías que deben cumplirse. Curiosamente allá el Ejecutivo no quiso volver a introducir esto, tengo entendido que algunos magistrados sufrieron ese tema de persecución por tomar una decisión de esta naturaleza.

Lo que quiero demostrar es que, si esto es una institución compleja, lo que aquí se quiso aprobar no tiene nada que ver con el proyecto. Y lo que yo dije en un artículo en El Nacional, esto fue un *cisne negro* en Venezuela, porque mientras Maduro, en ese mismo día, estaba promulgando en ese proceso atropellado, en Panamá la Asamblea Nacional estaba rechazando el proyecto de ley de extinción de dominio. Y lo curioso es que la extinción de dominio, en países como Panamá, República Dominicana, está financiado por las autoridades de los Estados Unidos de América como un mecanismo, porque en cierto sentido, la extinción de dominio tiene vínculos con estas instituciones anglosajonas de confiscaciones civiles.

Entonces estas son lo que las que llaman las distorsiones o realidades que son incomprensibles, y sobre todo para nosotros como expertos, este tipo de situación llama poderosamente la atención porque yo incluso le dije a gente del gobierno que los proyectos de extinción de dominio en América Latina los promueve la embajada de los Estados Unidos, incluso, hay departamentos en las embajadas donde, en unión con la Oficina contra la Droga y Delincuencia, hay programas de asistencia; al punto de que el caso mexicano, México más o menos tenía una situación muy parecida a nosotros en la Constitución, que la confiscación era el único, ellos lo

aprobaron en la época del 2009, Felipe Calderón, salió el decreto de la primera Ley de Extinción de Dominio, y tuvieron que esperar algunos años para que luego en el año 2019 se reformara la Constitución.

¿A qué estamos llegando? Que lo que aquí se aprobó es otra cosa, como dice el profesor Brewer, no es este programa, que, por cierto, en la exposición de motivos del proyecto de ley, que no tiene nada que ver, mencionan un tema penal cuando la ley modelo lo que quiere, precisamente, es separar el tema penal del tema patrimonial, o sea, y aquí hablan de vinculaciones a delitos, no.

Yo planteaba en su momento que teníamos que ser bastante claros con esto porque sé que es difícil, sobre todo, me costó a mí que me dediqué su tiempo a entender esta figura fronteriza entre derecho patrimonial, obvio en otros países hay tradición, el caso colombiano que es el prototipo. Pero es que no sustituye las acciones penales, sino que la extinción de dominio, como vimos en el caso de Alex Saab, como vimos en el caso de la monja, es cuando las acciones penales no pueden llegar porque no hay pruebas porque no existen elementos suficientes, y se vuelve una acción alternativa.

De hecho, en nuestro libro planteamos para Venezuela era una ley que habíamos llamado “ley de extinción de dominio y acciones patrimoniales” porque debía coordinarse con el resto de comisos, con el resto de acciones, porque tal como lo está presentando el gobierno, yo vi hoy las declaraciones de la vicepresidencia “y vamos a aplicar la extinción de dominio”. No, no, pero es que por qué le va a aplicar la extinción de dominio a los diputados, es más, ni en el sano juicio eso tendría la más mínima noción porque no es para ellos la extinción de dominio.

Es como el caso de Alex Saab o el caso extremo de esta señora que, durante muchos años, fue declarada absuelta en juicios penales, pero que desde el punto de vista patrimonial no pudo justificar de dónde había proveniendo estos bienes.

La extinción de dominio es una persecución patrimonial y no penal, desligada del tema penal, la justificación que, de hecho, en el libro colocamos los informes de esas disputas históricas que siempre han existido, sobre todo en la declaración de Quito, los informes internos de expertos de las Naciones Unidas donde la visión constitucional entre uno y otro chocaba, y que como dice, es sano, es más, les voy a comentar que uno de los indicadores de que una Ley de Extinción de Dominio cuando llega a un país está siendo aplicada es cuando hay polémica, o sea, cuando de verdad los sectores se expresan, es lo más normal, me ha sorprendido y lo dejé muy en claro en el escrito que pasé el fin de semana sobre la justicia, que salvo algunas voces muy autorizadas, no veo que hay una masa crítica, o sea hay una situación de un *cisne negro* en el país, he tratado de

darle vueltas cómo se trae esto aquí si esto es un tema extremadamente delicado.

Es más, desde hace años que estamos advirtiendo porque hay que saber distinguir, inclusive, me preocupó, y se lo hice saber a la Asamblea Nacional, ¿cómo van ustedes a coordinar la acción de decomiso autónomo que está en la Convención de Mérida con la extinción de dominio? que si bien son instituciones análogas tienen sus diferencias en cuanto a su aplicación y a una cantidad de detalles que deben cubrirse.

Esto fue lo que presenté el 5/2/2021, que incluso me correspondió a mí trabajar sobre esto de las cláusulas pétreas de la Constitución del 99, me hacía una pregunta retórica, planteaba como lo planteamos en el libro, lo que está en el artículo 116 constitucional, y prácticamente colocaba 3 hipótesis. La hipótesis ideal, bueno, reformemos el artículo 116 y el artículo 271. La hipótesis mexicana que fue, bueno, mira, tenemos, una restricción en la Constitución, pero vete por el 54.1, basándose en la supra constitucionalidad, que usaron los mexicanos para tratar de salvar el escollo, y hay una presión que lo ponemos en nuestro libro que, claro, esta es una tesis muy frágil. Y la tercera hipótesis que sería la aplicación de la tesis directa colombiana que, dudo que Venezuela tenga la capacidad porque ahí implicaría aceptar el concepto liberal de la propiedad. Es decir, desde el punto de vista de los valores y no tanto en sus atributos o sus limitaciones constitucionales.

O sea, eran las tres hipótesis que planteaba ya hace unos años y todas me llevaron al problema, a la Sala Constitucional, el filtro de la Sala. La sentencia N° 315 pasará a la historia como el estreno en Venezuela de la extinción de dominio.

Aquí yo simplemente muestro algunos detalles. En Venezuela, para poder aplicar una extinción de dominio como existe a nivel internacional en América Latina porque es una creación netamente latinoamericana hay que cumplir 11 pautas, y por la particularidad venezolana, una de las pautas es saber cómo trabajar el artículo 116 de la Constitución y el artículo 271; además que tienes que coordinar las acciones civiles de reparación; no puedes dejar por un lado el tema penal porque vuelvo a decir, esto es una acción alternativa, o sea, cuando lo penal no puede llegar porque si yo voy más allá estaría violando principios constitucionales.

Yo creo que debe iniciarse un debate en Venezuela, y voy a hablar aquí como experto de extinción de dominio porque muchos han creído que estoy yo presentando y defendiendo un proyecto, no, yo no defiende ningún proyecto porque no lo redactamos, estoy defendiendo es una institución que ha sido en América Latina la más eficiente y la más eficaz cuando se aplica con las reglas estrictas en defensa de los principios constitucionales, en defensa del derecho patrimonial y en defensa de un Estado de derecho. Lo que queremos es precisamente evitar la improvisación y me

gustó mucho el término del profesor Brewer, hay mucho aficionado que se pone a hablar sobre esto que, conocer extinción de dominio requiere primero una reingeniería de lo que es la formación en derecho común sin obviar el derecho penal, conocer las modernas tendencias sobre lo que es la economía de la corrupción para enfrentar, la teoría de la elección racional, o sea, es una formación multidisciplinaria. Muchas gracias.

SEMINARIO: ACCIÓN DE AMPARO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Ponentes:

José Gregorio Silva Bocaney, María Elena Toro

Fecha: 16 de junio de 2023

Moderadora. María Amparo Grau

Muy buenos días a todos. Nos estamos reuniendo para este seminario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, titulado “Acción de amparo y Administración pública”. El seminario se ha diseñado para tratar concretamente dos aspectos de este tema, en primer lugar: la acción de amparo contra la Administración Pública; y, en segundo lugar, la acción de amparo contra la sentencia o contra el juez contencioso administrativo.

Para el primero de los aspectos vamos a contar con la intervención del profesor José Gregorio Silva Bocaney, quien es profesor de Derecho Administrativo en los estudios de pregrado y posgrado de la Universidad Central de Venezuela; y quien se desempeñó como juez contencioso administrativo por muchísimos años, y por supuesto tiene una gran experiencia en esta materia.

José Gregorio Silva Bocaney: “La acción de amparo contra la Administración pública”

Voy a hablar del amparo constitucional. El legislador previó la posibilidad del ejercicio del amparo contra los particulares, pero también contra los diferentes poderes públicos. Previo la posibilidad del amparo contra normas, bien sea una ley u otro acto normativo; el amparo contra actos judiciales u omisión judicial, dependiendo del caso; y el amparo contra la Administración propiamente dicha. El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo señala:

Artículo 5: La acción de amparo procede contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional. Cuando la acción de amparo se ejerza

contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso-Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza (...).

En este caso, la ley prevé el amparo autónomo propiamente contra la acción u omisión, o el amparo que opere como una medida cautelar –ahí habla de recursos nulidad o la abstención– pero se debe entender que contra cualquier juicio que se ejerza contra cualquier actuación o conducta de la Administración Pública. Eso quiere decir que el legislador previó la posibilidad del amparo contra todos los supuestos agresores o quienes amenacen la violación del derecho o la garantía constitucional, pero principalmente en nuestra materia, atendemos al amparo contra la Administración, el amparo contra el Poder Público en cuanto a la ejecución de actos contra los administrados.

¿Qué ha pasado en la evolución desde que se dicta la Ley Orgánica de Amparo? En un primer lugar, hubo lo que quizás fue denominado por algún sector como “la amparitis”, que era el ejercicio absurdo, permanente, supliendo cualquier otro medio judicial del amparo constitucional, principalmente autónomo. Conseguimos casos donde la misma parte ejercía más de 10 amparos contra la Administración, y amparos que se ejercían contra la Administración en lo civil, en lo penal, en lo laboral, en diferentes ámbitos, en diferentes competencias judiciales. Tanto así que motivó en una oportunidad a un encuentro entre los alcaldes de la época, los jueces contencioso administrativos, y representación de las universidades. Aquí se tuvo que decir “mira, un momentico, es cierto que se estaba abusando por parte de los abogados, del amparo, pero también se está abusando por parte de la Administración, de los poderes que está llevando muchas veces a las personas a ejercer amparos autónomos”. Y muchas veces era la única forma que se conseguía quizás de intervenir.

En una oportunidad los jueces daban el amparo contra la Administración Pública, y se convertía prácticamente en una patente de corso porque el amparo impedía al municipio pronunciarse o hacer diferentes actuaciones, sin embargo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo hizo un paréntesis y señaló en un caso específico: Este amparo procede exclusivamente contra esta actuación, en la forma como actúa la Administración, cuando la Administración actuó sin procedimiento administrativo previo, pero eso no implica que la Administración no pueda ejercer su competencia, y de ser necesario, imponer una sanción previa al cumplimiento y las previsiones del procedimiento legalmente establecido.

En ese momento, en esa evolución, el amparo dejó de ser una patente de corso y se concretó a la situación específica de la violación, dejando

claro que no se trataba de una sentencia que agotara el fondo, no porque no se pudiera discutir posteriormente cualquier otra violación que pueda suceder, pero tampoco impidiendo a la Administración que pudiera actuar. Y así hubo un cierto equilibrio entre ese exceso de amparo y la protección de derechos constitucionales en un cauce debido.

Las sentencias, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución del 99, y la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia –que además modificó sustancialmente, si se quiere, el procedimiento de amparo constitucional– dictó sentencias señalando que, si existe un medio judicial capaz de restablecer la situación, no procede el amparo constitucional. No dijo nada absolutamente novedoso porque la misma ley establece que procede el amparo cuando no exista un medio procesal, breve, sumario y eficaz, es decir, lo que prohibió el legislador desde un principio era que el amparo no sustituyera los procesos judiciales ordinarios, y como dijimos en un momento, el abuso de las acciones de amparo que fue denominado “amparitis” el exceso de amparo básicamente buscaba eso, sustituir los medios ordinarios con el amparo constitucional.

¿Qué pasó a raíz de que la Sala Constitucional señaló lo que además señala la ley? Es difícil, en la actualidad, conseguir una acción de amparo autónoma que sea, siquiera, admitida, que sea tramitada. Principalmente se están declarando todas las acciones autónomas inadmisibles ante la existencia de un medio judicial ordinario, y con la ampliación del catálogo de acciones de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, incluye las demandas de nulidad, las demandas que se tramitan por la vía de hecho, las demandas de contenido patrimonial, y las demandas por interpretación y conflicto de autoridades. Se señala que ya existen medios judiciales para prácticamente todas las actuaciones que puede conocer el contencioso administrativo.

Pero el problema no es que exista o no exista un medio judicial, existen medios judiciales, lo importante es demostrar, determinar y que el juez se convenza que al caso concreto no existe el medio judicial que sea eficaz, existe el medio judicial, pero el medio judicial no es eficaz y ¿por qué puede ser que no sea eficaz?:

Primero la distribución que anteriormente era de por lo menos dos veces a la semana, dado a la baja intensidad, la densidad o la cantidad de acciones judiciales que se ejercen semanalmente; pasó de dos o más de dos a una distribución semanal. Después, la distribución implica el trámite, la comisión al tribunal que va a conocer, y después de eso, el trámite ordinario, la admisión, solicitud de expediente, el temor que puede tener el juez para pronunciarse en cuanto a la violación constitucional toda vez que se trate del Poder Público; a veces una censura, a veces una suerte de autocensura o de imposición de un criterio en un momento determinado;

lo importante es que aun existiendo un medio judicial, si ese medio no es capaz de protegerlo ante la violación o amenaza de violación del derecho, procede el amparo autónomo.

En la actualidad solamente conocemos el trámite de amparo autónomo cuando está por medio principalmente el derecho a la vida, el embarazo, más si es un embarazo con complicaciones, pero cuando empezamos a ver la cantidad de acciones que se tramitan, empezamos a escoger con pinzas y son muy pocas. Si a eso le sumamos que anteriormente todas las sentencias, por lo menos a partir del 2000, se publicaban en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, por cada tribunal, y ya eso no está al día, tiene años que no se publican sentencias, es difícil conocer cuál ha sido el trámite en la actualidad del amparo con el poder público, el amparo contra la Administración. Si a eso sumamos que la Sala Constitucional del TSJ tiene un trámite en el cual si usted no es parte no tiene acceso a un expediente aun cuando ese expediente sea un expediente público, también es más difícil poder conocer cuáles acciones se han podido dictar en un momento determinado contra la Administración, en este caso contra los altos jerarcas de la Administración. Entonces estamos en un momento que conocemos solamente del trámite a través de lo que nos digan los colegas, el personal de los diferentes tribunales, y, hasta ahora, en la actualidad, hay prácticamente una negación del amparo autónomo.

Pero también el amparo puede ser ejercido conjuntamente con el recurso ordinario, bien sea en nulidad, en abstención o cualquier otra de las demandas propias que se tramitan en el contencioso administrativo. En este caso, el amparo constitucional opera exclusivamente como medida cautelar, principalmente sería la suspensión de los efectos de ese acto que pueda ser lesivo. Pero es que no solamente la suspensión operaría como medida cautelar, puede ser que en un caso concreto el juez se vea obligado a dictar órdenes que van más allá de la mera suspensión, y es lo que muchas veces los jueces no tienen muy claro. No es que el amparo solamente es para suspender los efectos del acto administrativo, no, el amparo es para proteger la situación jurídica que se está violando o que está siendo amenazada de violación.

Eso quiere decir que, por mandato del 259 de la Constitución, el juez tiene los más amplios poderes para restablecer la situación jurídica infringida, ese restablecimiento de la situación jurídica infringida muchas veces no se consigue con la mera suspensión de los efectos del acto. Lo que sí ha sido bueno, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es aclarar cuál es el procedimiento que se sigue después de dictado el amparo cautelar, para conocer acerca de la oposición del amparo dictado.

Anteriormente se aplicaba por criterio judicial el procedimiento del artículo 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y empezaron

una discusión muy interesante, si ese plazo se computa por días de despacho o por días continuos, toda vez que el amparo constitucional se tramita por días continuos. Ahorita se tramita exclusivamente por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, es decir, por el trámite y el cómputo de los lapsos que establece la ley.

Entonces, en estos casos de amparo cautelar, que también conseguimos que son dictados en un porcentaje muy bajo, precisamente dosificado, porque también, sobre todo si la persona pide el combo de medidas cautelares entonces después prefiere pronunciarse acerca de otra medida cautelar en vez de la del amparo, porque el amparo estaría diciendo directamente que la Administración está violando derechos constitucionales, y hay una suerte de protección de la Administración, y en alguna oportunidad se llegó a decir que no importa que el municipio específico no sea de la misma tendencia oficialista, que procure en la medida de lo posible negar todos esos actos judiciales toda vez que no haya contradicción frente a un amparo contra un municipio y frente al amparo constitucional o cautelar contra otros municipios.

En ambos casos, se ha limitado de una manera tal, que ya pasa a ser “rara avis” o un caso muy extraño conseguir que a alguien se le haya sido acordado un amparo constitucional, no porque la Administración esté trabajando eficientemente, sino, que los tribunales, bien sea por decisiones externas o se han autoimpuesto limitaciones en los trámites del amparo constitucional; limitaciones bien sea de amparos autónomos o limitaciones bien sea de amparos cautelares, no los declaran procedente. De hecho, muchas veces tenemos que decirle al interesado que, aunque hay supuestos válidos para ejercer el amparo autónomo, y ciertamente el medio judicial ordinario no es garantista para poder restablecer la situación jurídica infringida, tenemos que tratar de ir exclusivamente por la vía ordinaria toda vez que la declaratoria inadmisibilidad, bien sea en una primera instancia o una instancia superior, y que después se nos impida, por el transcurso del tiempo, ejercer las vías ordinarias. Y si a esto sumamos la crítica que ha expuesto el profesor Carlos Luis Carrillo Artilles, tanto al cómputo del lapso de caducidad contra las vías de hecho y contra las omisiones, es decir, que aun cuando yo no conozco la existencia propiamente de un acto, se entiende que el plazo de caducidad se computa desde el momento en que sucede la vía de hecho aun cuando yo no tenga conocimiento de la misma, entonces yo tengo que decirle al cliente muchas veces que ejercer un amparo autónomo es sumamente riesgoso porque podemos perder la oportunidad de acudir a la vía ordinaria por la declaratoria de caducidad.

En el tiempo que me fue asignado trato de cubrir, con estas palabras, lo que es la actualidad del amparo constitucional; la huida, la imposibilidad, el desconocimiento, el mínimo de causas que han sido ejercidas, que han sido conocidas y que han sido tramitadas y que han sido decididas

favorablemente contra la Administración. Insisto, son casos muy puntuales, son casos aislados, son casos excepcionales. Entonces ya prácticamente el amparo constitucional se convierte en una verdadera excepción en nuestras decisiones cotidianas. Muchas gracias.

Moderadora

El segundo tópico que vamos a tratar en este seminario sobre amparo y Administración Pública, es el de la acción de amparo contra las sentencias o contra el juez contencioso administrativo. A estos efectos contamos con la intervención de la profesora María Elena Toro quien es también miembro de la asociación; es profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Monteávila; y es una persona que tiene una gran experiencia en esta materia, y que formó parte del desarrollo jurisprudencial del amparo en el momento en que se originaba esta “amparitis”; y de la jurisprudencia que precisó muchos de los conceptos fundamentales del amparo, producida por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia donde la doctora Toro era uno de los apoyos fundamentales de ese magistrado ilustre que fue el maestro Luis Enrique Farías Mata.

María Elena Toro: “Acción de amparo contra las sentencias o contra el juez contencioso administrativo”

Buenos días. El amparo, como acaba de decir el profesor Silva, está tan en desuso en la materia contencioso administrativa que se reivindicaban unas palabras que dijo el profesor Chavero hace muchos años en la Universidad Monteávila, y es que estudiar el amparo en materia contencioso administrativa es un verdadero ejercicio de arqueología jurídica: para buscar algo útil hay que ir bien atrás. Sin embargo, vamos a repasar el amparo contra sentencia sin hacer énfasis en lo contencioso, y después preciso algunas estadísticas en particular.

Como bien nos decía el profesor Silva, la Ley de Amparo establece la posibilidad de intentar amparo contra toda la actividad del Poder Público (además de contra los particulares), y aunque eso lo describe muy ampliamente en el artículo 2 de la Ley de Amparo, después le dedica los artículos 3, 4 y 5 a las distintas funciones del Poder Público; y a la función judicial le corresponde el artículo 4, en términos que no es necesario repetir porque para todos nos es conocida.

Sin embargo, es curiosa la redacción de esta norma porque dice que el objeto de esta posible demanda de amparo contra la actividad judicial incluye resoluciones, sentencias y órdenes, a lo que hay que sumar las omisiones gracias al artículo 2 de la Ley de Amparo. Sobre esa adhesión de las omisiones hubo alguna discusión en los primeros momentos del

amparo, pero rápidamente se aceptó que no sólo es necesario admitir el amparo en materia de omisión judicial, sino que en realidad es la única defensa contra la omisión judicial que ofrece, por ahora, nuestro ordenamiento jurídico. Yo no conozco cuáles sean las resoluciones o las órdenes que pueda dictar un juez en función judicial. En todo caso, las que dicten función administrativa como en ejercicio de su potestad disciplinaria, está muy reconocido por la jurisprudencia que se trata de actividad administrativa, y, por lo tanto, su enjuiciamiento corresponde a los tribunales de lo contencioso administrativo, así que no es de eso de lo que estamos hablando aquí.

El tema es de cuáles sentencias. Cada vez que haya una vía procesal que pueda resolver el problema, el amparo queda descartado, y así ha sido desde antes que existiera la Ley de Amparo, desde la Constituyente de 1947, que se le tiene miedo al amparo, ese miedo parece que no se nos ha quitado nunca. Entonces, la jurisprudencia consistente desde el principio, pero con una tuerca bien apretada en los últimos tiempos ha sido de que, si hay otro medio procesal que pueda impedir que el agravio se concrete en la esfera jurídica del demandante, entonces debe acudir a esas otras vías y no al amparo constitucional. Eso nos lleva a preguntarnos ¿esa otra vía es idónea? y para ser idónea tendría que tener efectos suspensivos, tendría que ser capaz de evitar que el agravio se consolide en nuestra esfera jurídica, ¿requiere caución o no requiere caución? porque si la requiere, la protección no es igual a la del amparo. En fin, si esa vía existe y el juez la considera idónea, el amparo será declarado inadmisibles.

La competencia no se rige, como sabemos, por las reglas ordinarias del artículo 7 y siguientes de la Ley de Amparo, sino que la ley, en una infeliz redacción, dice que la competencia es de un Tribunal Superior al que se emitió el pronunciamiento. Eso llevó por varios años, a unos votos disidentes en la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia que conocía de amparos contra sentencias de los tribunales superiores, y los magistrados disidentes decían que esta sala, este tribunal no es tribunal superior de nadie, por lo tanto, no es competente de conformidad con el artículo 4. Rápidamente la jurisprudencia se impuso para traducir: en el Tribunal Superior, con mayúsculas, el concreto Tribunal Superior a aquel al que haya emitido el pronunciamiento objeto de la demanda de amparo, es el tribunal competente; en el caso de lo contencioso administrativo, si la sentencia es de los juzgados superiores estatales, son los juzgados nacionales; y si son estos juzgados nacionales, por supuesto, la Sala Constitucional; si se tratara de un tribunal de municipios, sería un juzgado superior estatal, que son los de primera instancia, dependiendo del territorio y la competencia; y un sólo detallito en cuanto a los tribunales comisionados, aunque ya han sido declarados inadmisibles los amparos en este caso, diciendo que usted tiene la vía del reclamo ante

el comitente, en todo caso se ha determinado que, independientemente de que sea el comisionado el que accedió a la comisión, se reputa como agravante al tribunal comitente.

¿Quiénes tienen legitimación activa en un amparo contra sentencia? En fin, los afectados por la sentencia en el proceso originario, hayan o no participado en ella, independientemente de la cualidad con la que hayan participado; el agravio puede ser por no haber participado cuando tenía derecho a ello. Lo curioso (y en mi opinión, inconstitucional) es que a los jueces no se les permite intentar amparo contra las sentencias que declaran que ellos a su vez agravieron derechos constitucionales porque se dice que ellos no son los agraviantes, que en verdad la agravante es la República, que no hay personalización en su esfera particular, cosa de la que disiento porque la Ley de Amparo establece responsabilidades civiles, penales, administrativas, disciplinarias, eventualmente, para un juez que viole derechos constitucionales. Por lo tanto, yo creo que se les debería permitir intentar un amparo contra una sentencia que a su vez declare su responsabilidad, de haber incurrido en violación de derechos constitucionales lo cual tiene incidencia en su responsabilidad, pero la jurisprudencia nunca se lo ha permitido.

La legitimación pasiva sí se entiende que es del tribunal que haya dictado la sentencia, por supuesto no del juez, persona natural que la haya dictado, sería inútil perseguir a un juez que ya no está en el tribunal, evidentemente, se trae al juez que tenga (como siempre es el principio del amparo en la legitimación pasiva) la capacidad de infringirla, pero, en ese caso sí se preocupó la sentencia José Amado Mejía, de decir, por supuesto, que aquí queda excluida una eventual responsabilidad del funcionario público.

Lo que es clave en el amparo contra sentencia es la figura de los terceros, porque en un amparo contra sentencia por supuesto tenemos un juicio después de otro. En el juicio originario está el tribunal, un legitimado activo y un legitimado pasivo. Esas figuras se cambian de puesto, como en una rotación de voleibol, en un amparo contra sentencia; el tribunal pasa a ser el legitimado pasivo, el legitimado activo será quien haya resultado vencido (que es el que va a demandar, por supuesto, contra la sentencia que lo desfavoreció), y el verdadero agraviado por la nueva situación o eventual agraviado, es quien ganó el juicio anterior, el anterior legitimado activo, ahora no tiene una figura ficticia de tercero, pero en todo caso es un tercero verdadera parte, que la jurisprudencia le ha reconocido el derecho de ser citado, de ser traído a juicio, y con todas las formalidades de lograr que se entere de que la causa existe para que se defienda.

En tiempos anteriores de la Corte Suprema de Justicia, esta notificación no se hacía o se lograba a través de la consignación de una copia

certificada de la demanda de amparo en el expediente original, con lo cual la gente tenía que estar revisando ese expediente seis meses más, especialmente los que hubieran ganado, para saber si no tuvieron la mala suerte de que se intentara un amparo contra la sentencia que los había favorecido.

Una curiosidad de la jurisprudencia de la Sala Constitucional es que para el amparo en general (incluyendo el amparo contra sentencia) le suma las causales de inadmisibilidad de la Ley de Amparo (que ya son bastante confusas) a las de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Inconstitucional, en mi opinión, porque las causales de inadmisibilidad son de interpretación restrictiva, y no se pueden sumar las de la Ley de Amparo, pero, además, crea una diferencia entre amparos que cursen con la Ley del Tribunal Supremo, y amparos que tendrían causales adicionales de inadmisibilidad, que las que cursen ante otros tribunales, diferencia que me parece a todas luces inadmisibile.

Para que proceda un amparo constitucional, según la letra del artículo 4, tiene que haber un tribunal actuando fuera de su competencia que viole derechos constitucionales. Sin embargo, como bien ha apuntado también la doctrina, este es un argumento circular, se muerde la cola porque se trata de un supuesto en el que incurriría un juez cuando cae en usurpación de funciones o en abuso de poder, pero generalmente se llega a la conclusión de que incurrió en esos vicios cuando violó derechos constitucionales. Entonces, en definitiva, como litigante, si uno se concentra en decir que se violaron derechos constitucionales, va de suyo la actuación fuera de su competencia. Lo importante a tener siempre en cuenta es que el amparo contra sentencia no es una tercera instancia, no se debe insistir en los argumentos del juicio original.

El procedimiento es un poquito diferente del que aplica para el ejercicio de otras funciones públicas. Como a la Sala Constitucional le ha gustado cambiar las leyes desde el día uno, pues ya sabemos que en la sentencia N° 7, de todas las que dictó en su historia, introdujo algunos cambios a la Ley de Amparo, con la excusa de que era preconstitucional, y la descripción se la pongo aquí rápido en un gráfico. Una vez que se pasan las formalidades de los artículos 16 y 18, hay que interponer el amparo con copia certificada de la sentencia –acabo de ver una decisión de 2022 en la que se declara inadmisibile un amparo por no haber acompañado copia certificada de la sentencia– o copia simple, pero con el compromiso de traer la certificada a la audiencia.

Hay la posibilidad de dictar un despacho saneador por la Ley del Tribunal Supremo o por la Ley de Amparo; si se admite se pueden dictar medidas cautelares, ahí la pregunta clave, desde la perspectiva constitucional, es si esas medidas cautelares se pueden dictar de oficio, se ha dicho que sí, pero se han cometido abusos, o sea, en mi opinión, las medidas

cautelares tienen por finalidad garantizar las resultas del juicio, ¿para quién son las resultas del juicio en esta etapa procesal? para el demandante, por lo tanto, las medidas cautelares sólo podrían tener por objeto la protección preventiva de la posición jurídica del demandante, si se dan los extremos para ello; la Sala Constitucional ha dictado medidas cautelares en contra del demandante, el caso más notorio fue el de la toma de RCTV, que dictó medidas cautelares de oficio, para pasarle de una vez, desde el principio del juicio, todos los bienes de RCTV a TVES.

Se notifica a las partes y al juez a quien se atribuye la sentencia lesiva, ya sabemos que por cualquier medio de comunicación. Se han dictado disposiciones por la Sala Plena para regular esos medios, y en supuestas 96 horas se celebra la audiencia pública, que es la oportunidad que tienen para participar los terceros, y recordemos que los terceros en un amparo contra sentencia son muy importantes; a mí me parece absurdo no dejarlos participar desde antes, ese tercero que es una verdadera parte, podría revelar la existencia de una causal de inadmisibilidad antes de la audiencia, y nos ahorra esa convocatoria, pero la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido firme en permitir la actuación de los terceros sólo en la audiencia. Eso, además, limita a ese tercero a sus diez minutos de exposición, porque, aunque interponga un escrito sabemos que la decisión se toma *in situ*.

Para la audiencia pública, que como sabemos, en cualquier amparo la ausencia del demandado produce aceptación de los hechos, no aplica para el caso del amparo contra sentencia, lo cual es lógico, los jueces deben agotar el tema con la sentencia, se expresan sólo a través de ella, todo lo que él tuviera que decir al respecto ya tendría que estar en su fallo, por lo tanto, no es necesario que venga a ratificarlo en juicio.

Si se declara con lugar el amparo, se produce la anulación de la sentencia, y eventualmente, una reposición, de ser necesario. Esto es una diferencia con el concepto tradicional del amparo, que se consideraba que no podía tener efectos anulatorios, muy especialmente, en el contencioso administrativo, que suspendía *ad eternum* los actos administrativos, pero no se atrevían los tribunales a usar la palabra anulación, porque eso estaba reservado a sentencias de nulidad del contencioso administrativo. En el amparo contra sentencia no hay la menor duda, se anula y se repone.

De hecho, aquí la figura de legitimado pasivo del tribunal es bastante limitada porque el legitimado pasivo en teoría podría convenir y decir “es verdad, tienes razón, etc.”, resulta que los jueces, como bien sabemos, al dictar sentencia pierden jurisdicción, entonces, aunque se dieran cuenta de que se equivocaron y quisieran rectificar, simple y llanamente no tendrían el poder para hacerlo, tienen que esperar la sentencia del Tribunal Superior.

¿Cómo opera ese amparo? Desde antes que existiera la Ley de Amparo, al amparo se le tiene mucho miedo, se le ha calificado de extraordinario, excepcional, cada vez que exista otra forma de resolver ese problema, esa forma es preferible al amparo constitucional. Y eso quedó infelizmente recogido en el artículo 6 cardinal 5 de la Ley Orgánica de Amparo, que es el caballito de batalla en contra del amparo constitucional, una de las razones por la que estudiarlo sea un efecto de un ejercicio de arqueología jurídica en el contencioso administrativo. Ese artículo dice que no se admitirá la acción de amparo cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes.

Eso no es verdad, la jurisprudencia lo tiene completamente reinterpretado y apretado para convertir esa opción en carga procesal, no es verdad que usted pueda optar por el amparo o por otra vía, si esa otra vía existe y es idónea, está obligado el justiciable a proseguirla, entonces esta opción no está, es una carga procesal. Y esas vías judiciales preferibles tampoco son solamente las ordinarias, especiales o extraordinarias, como el recurso de casación o el control de legalidad, incluso un juicio nuevo como el de invalidación, cada vez que estén disponibles privan sobre el amparo, según la jurisprudencia. En el caso de la invalidación, además – especialmente inconstitucional en mi opinión – porque para que la invalidación tenga efectos suspensivos, se requiere caución.

Hay una ley que yo llamo “la ley zombi”, que fue aprobada en el 2014, que recibió todo su proceso de formación legislativa en la Asamblea Nacional, fue declarado su carácter orgánico por la Sala Constitucional en el 2014, y desapareció, se envió al presidente, y no he logrado que nadie me dé razón de ella, y, de hecho, en la Sala Constitucional no prestan el expediente por el cual uno no puede tener acceso al texto. Esa ley tenía muchos defectos, pero tenía la gran virtud de hacer derecho positivo toda la jurisprudencia hasta la fecha, entonces no había que hacer este ejercicio de no creerse la ley, sino que cada línea de la ley hay que investigar qué ha dicho la jurisprudencia al respecto a través de los años. Esta ley la hacía ya derecho positivo, y nos daba al menos seguridad jurídica. Esa ley decía: será inadmisile la acción de amparo cuando existan vías procesales idóneas para evitar las lesiones constitucionales aducidas.

El amparo opera, esta sentencia la ha citado la Sala Constitucional todos los días desde 2001, casi, y es lo que hace que en el contencioso administrativo no tenga vida. Una vez que la vía judicial ha sido instada y los medios recursivos agotados, (es decir, una suerte de vía administrativa previa) sobre la base de que la tutela constitucional corresponde a todos los jueces en todos los juicios. Entonces usted no necesita un juez que se ponga la cachucha de protector de los derechos constitucionales para pedirle que le proteja sus derechos de esa entidad.

Es decir, el amparo como el recurso europeo, al final del camino; y al principio del camino, típico del latinoamericano, el que, en mi opinión describe mejor el artículo 27 de la Constitución, que es este que acepta la jurisprudencia, antes de recorrer esa vía, cuando la pretensión afecta el interés general o el orden público, exista peligro de irreparabilidad, no existe vía de impugnación, o sea de imposible acceso, el peligro provenga de la oscuridad del ordenamiento o ante dilaciones indebidas de los órganos judiciales.

Eso en el ámbito del amparo contra la actividad judicial o amparo contra sentencia se da, básicamente, en los siguientes supuestos: 1. Ante omisiones, no hay manera de defenderse porque un recurso de queja lo que logra es una sanción disciplinaria, pero no que el juez haga lo que tenga que hacer. 2. Las sentencias apelables en un sólo efecto, por carecer de efectos suspensivos. 3. Las sentencias que no tienen casación porque le dan fin a esa vía que me obligan a recorrer. 4. Las sentencias no revisables a través del control de legalidad. 5. Y las sentencias no sujetas a invalidación.

A ese ámbito tan estrecho es que se reduce ese amparo, que el principio de universalidad del objeto y universalidad de las pretensiones nos había pintado la jurisprudencia de los años dorados de nuestra judicatura. Yo me ubico en otra parte, con tantos otros profesores, pero cito aquí al profesor Jorge Kiriakidis y al profesor Ricardo Henríquez Larrazábal:

La especificidad del amparo viene dada por la esfera sustantiva que está llamado a proteger, no por su relación con las demás vías procesales, y aspecto este que es extrínseco a su naturaleza, de modo que el criterio para delimitar su campo de acción es la violación o no en cada caso del núcleo duro o contenido esencial de un derecho fundamental.

Ese ya vemos que no es el caso, en la vía. En fin, en el amparo contra sentencia hay que tener muy claro que esto no es una tercera instancia si lograste que lo admitiera. Esos abogados que todavía insisten en plantear el caso originario, se equivocan, tienen que tener claro que el objeto es distinto (en este caso es la sentencia, en aquel caso era la actividad administrativa); la pretensión por supuesto es distinta, que es la anulación de la sentencia lesiva; el agravante evidentemente es distinto. Un error que todavía se comete –y es increíble– es pensar que el poder especial o *apud acta* que se haya dado para el juicio contencioso administrativo o para el juicio de que se trate anteriormente, sirve para el amparo; tener claro que el amparo contra sentencia no es una continuación del juicio originario me permite ver, claramente, que ese poder no es suficiente.

En fin, que el amparo procede cuando el demandante, que sea el verdadero titular del derecho cuya protección reclama –ese derecho, obviamente, sea de rango constitucional– le haya sido violado precisamente por quién demandó en el marco de una relación jurídica subjetiva entre

ellos. Sino, una vez que se logró esa difícilísima tarea de que lo admitan, el amparo será declarado improcedente; pero también puede ser declarado improcedente en la oportunidad de la admisión, esta es una tesis vieja, que es la improcedencia *in limine litis*, desde mayo del 2000, una de las primeras sentencias de la Sala Constitucional, se creó la tesis de la improcedencia *in limine*, para decir que se puede decidir el fondo, es decir, no tiene razón el demandante, en la oportunidad de admitir si ya se tiene claro que ello es así. Esto es especialmente fácil de ver en el amparo contra sentencia porque se tiene todo el expediente o mucha información en copias certificadas del juicio originario, por lo tanto, ya el juez tiene bastante información para hacerse criterio, y podría llegar a la conclusión de que es inútil tramitar un nuevo proceso de amparo porque lo que se está arguyendo es una tercera instancia, es lo que suele suceder.

Otra tesis que sí me parece absolutamente inconstitucional es la procedencia *in limine litis*, aparte de que viola la cosa juzgada de la sentencia N° 644 de la Corte Suprema de Justicia en pleno del 21/5/1996, que había declarado la nulidad del artículo 22 por ser violatorio del derecho a la defensa, y del propio artículo 49 que recogía el amparo constitucional porque establece un proceso antes de dictar el amparo, y el proceso será breve, sumario y eficaz, y aquí no hay proceso alguno. La Sala Constitucional dice que sabe que existe esa sentencia pero que no está hablando la cosa juzgada porque estaba diciendo otra cosa, y que además eso fue con base en la Constitución del 61 que decía que el amparo es una acción y ella estaba trabajando con la Constitución del 99 que lo concibe como un derecho, y ese derecho no se debe sacrificar en caso de que sea necesaria la celeridad porque el amparo lleva inserto la idea de justicia expedita, y si ya se puede dar la razón de forma inmediata, ¿para qué vamos a esperar la celebración de una audiencia que no aportará nada nuevo?

Dice la Sala que el juicio de amparo debe ser distinto cuando se discute un punto de mero derecho en aras a la celeridad, inmediatez, urgencia y gravedad del derecho constitucional infringido. En criterio de la Sala las situaciones de mero derecho o de tan obvia violación constitucional no requieren de una audiencia. Cuando el mandamiento de amparo se fundamente en un medio de prueba fehaciente constitutivo de presunción grave de la violación constitucional –por cierto, el texto a la letra del artículo 22 que había sido anulado por la Corte Suprema de Justicia en pleno del 96– debe repararse inmediatamente en forma definitiva y sin dilaciones la situación jurídica infringida, sin que se haga necesaria abrir el contradictorio, el cual sólo en caso de duda o de hechos controvertidos, justificará la realización de una audiencia oral.

Yo me pregunto cómo sabe el juez que no hay hechos controvertidos sino ha abierto la controversia, controversia que le obliga a abrir el artículo 49 de la Constitución. Y en materia de lo contencioso administrativo, no queda más que rezarle un responso al amparo porque lleva rato

difunto. Hice el ejercicio de poner en el buscador de sentencias, en la Sala Constitucional y en la Sala Político Administrativa “amparo contra sentencia” y no arroja ningún resultado, salvo que sean amparo cautelares que en su enorme mayoría se declaran sin lugar; si uno pone en el buscador de sentencias “amparo contra sentencia y contencioso administrativo”, en los últimos 6 años conseguí sólo 4 sentencias, excluyendo las declinatorias, en materia de amparo contra sentencia de lo contencioso administrativo, que se declararon inadmisibles por el artículo 65, que es lo que suele suceder, el artículo 259 establece un juez contencioso administrativo todopoderoso, desde las fases cautelares del proceso usted no necesita justiciable, en esta materia no hace falta el amparo constitucional; no es tercera instancia.

Me llamó mucho la atención un caso en el que se declaró terminado el procedimiento en una demanda que intentó la alcaldía del municipio San Francisco del estado Zulia por temas procesales, pero defendiendo un acto expropiatorio, y la Sala dice que declara terminado el procedimiento por abandono del trámite, y que no hace la excepción del orden público porque aquí no está involucrado más que el interés individual del demandante, y el demandante es una alcaldía defendiendo un decreto de expropiación por causa de utilidad pública. Muchas gracias.

SEMINARIO: LA SEGURIDAD CIUDADANA: ÓRGANOS DE POLICÍA, ORDEN PÚBLICO Y DERECHOS HUMANOS

Ponentes:

Laura Louza Scognamiglio, Alí Daniels

Fecha: 18 de agosto de 2023

Moderadora. Alicia Monagas

Bienvenidos a nuestro seminario de AVEDA. En el día de hoy estaremos compartiendo con el profesor Alí Daniels y la profesora Laura Louza. Vamos a hacer una pequeña reseña del profesor Ali Daniels. Es abogado ucabista, especialista en Derecho Administrativo también de la UCAB. Cuenta con estudios de derecho en la Universidad Complutense de Madrid, y es autor de artículos académicos en revistas reconocidas nacional e internacionalmente. Es profesor de la UCAB de hace más de 15 años en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional humanitario. Actualmente se desempeña como director de Acceso a la justicia. Le damos la bienvenida.

Alí Daniels

Muy agradecido con AVEDA por esta oportunidad. En primer lugar, cuando hablamos de seguridad ciudadana en el marco de un país con una emergencia humanitaria compleja y con una situación de desasistencia o de inexistencia de Estado de derecho es algo que ya de principio es bastante complejo y por eso siempre hay que tratar de recurrir, en primer lugar, a los principios para después contrastarlos con lo que es la realidad. En este sentido, las normas constitucionales ya empiezan a generar problemas porque en el tema de seguridad ciudadana, como ocurre en muchos otros temas de la Constitución, se pueden apreciar elementos que son contradictorios, incompletos y otros que, aunque sí son diáfanos y claros, son de claro incumplimiento por parte del Estado. Entonces, los problemas en materia de seguridad ciudadana empiezan desde la propia norma constitucional donde vamos a encontrar contradicciones.

Lo primero que hay que decir es que, efectivamente, la seguridad ciudadana está establecida como Derecho Humano en el artículo 55 de la

Constitución, donde se señala que toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana, y esto es un tema que implica que a partir del momento en que se declara como tal derecho, los titulares del mismo deben tener voz y deben tener una participación decisiva en las políticas públicas que sobre seguridad ciudadana se vayan a implementar. Y de hecho, en el mismo artículo se dice efectivamente que esta participación debe ocurrir, y en el segundo párrafo de ese artículo se dice que la participación de los ciudadanos en los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencia será regulada por ley especial, y como sabemos, en este país donde tantas normas se dictan cotidianamente y donde la producción de leyes que le dan competencias al Estado no para de implementarse, en el caso de la participación ciudadana es una deuda que se tiene desde la promulgación de la Constitución, es decir, las leyes de participación ciudadana el día de hoy tienen una mora de dos décadas y no se ve en el horizonte que siquiera sea parte de las preocupaciones del legislador incluirlas dentro del debate.

Y esto es importante porque si hay algo donde los ciudadanos debemos tener voz, si hay algo donde los ciudadanos debemos participar es en el establecimiento de políticas públicas, sobre todo porque además las comunidades mientras más organizadas están, están más conscientes de las debilidades y de los sitios y de los problemas particulares que cada comunidad tiene y que no son los mismos incluso aunque estén en la misma ciudad, no puede hablarse de los mismos problemas de seguridad ciudadana en una zona popular que en una zona, por ejemplo, que esté llena de actividad comercial o que esté llena de centros comerciales. Los problemas de seguridad ciudadana en una y otra situación son de naturaleza diferente y las comunidades son las que deben entonces transmitir esos problemas a las autoridades para, de conjunto, establecer políticas de cooperación para que los ciudadanos entiendan y puedan ver cómo sus preocupaciones se puedan transmitir.

En el caso, por ejemplo, hay comunidades aquí en Caracas cuyo principal problema es el establecimiento de sitios comerciales en zonas residenciales y eso genera un problema de seguridad pública en la medida en que altera –este tipo de establecimientos– la paz ciudadana, y lamentablemente para este tipo de situaciones no hay una respuesta adecuada por parte de las autoridades, más allá de ir al sitio y hacer presencia en alguna de las denuncias que se presentan.

En zonas populares, por supuesto, la situación es mucho más compleja y con mucha más razón deben ser escuchadas las problemáticas que allí las comunidades pueden tener; sin embargo, lamentablemente el tema de la participación ciudadana, el establecimiento de políticas públicas es todavía un tema pendiente a pesar de que la palabra participación

aparece a lo largo y ancho de la Constitución en diferentes supuestos dentro de los cuales está el caso de la seguridad ciudadana.

En lo que ya tiene que ver con los cuerpos de seguridad del Estado quisiera señalar que también el mismo artículo 55 habla de que “los cuerpos de seguridad respetarán la dignidad y los Derechos Humanos de todas las personas”, y esto es un tema que a medida que uno ve la legislación vinculada a los cuerpos de seguridad del Estado es algo que se viene repitiendo; que los cuerpos de seguridad del Estado deben respetar los Derechos Humanos, y en este sentido yo quisiera señalar que más que un principio se repite como una especie de consideración general sin señalar cuáles son las implicaciones que esto tiene para los cuerpos de seguridad porque, por ejemplo, en el caso del ejercicio de derechos, más bien lo que se ve en la cotidianidad es que cuando un policía está presente más que para garantizar derecho es para ver cómo los limita y cómo los puede restringir y esta óptica es importante porque si el policía no tiene como premisa la garantía de derechos sino ver en qué momento él va a actuar para limitarlo, obviamente la perspectiva de aplicación de la ley es absolutamente diferente.

En Venezuela, siguiendo las premisas de Max Weber, sobre la aplicación de autoridad, se aplica el principio más básico de autoridad, que señala este autor que es el de la autoridad carismática que está independiente de elementos normativos, es decir, es una autoridad que se impone por sí misma en base a la autoridad que se considera investida de poder. Y a partir de ahí el tema está en que las normas entonces se conforman o se establecen como un elemento secundario al ejercicio del poder y eso es parte de la cotidianidad que los ciudadanos ven, en lo que es la policía en Venezuela.

Quisiera hacer una breve acotación sobre las competencias nacionales y municipales porque creo que ahí hay un elemento importante que debemos destacar porque efectivamente el tema de la policía se entiende como una competencia nacional, una competencia del Poder Nacional de acuerdo con el artículo 156.6 de la Constitución que habla que es competencia del Poder Nacional la Policía Nacional, pero al mismo tiempo el artículo 178.7 señala que es competencia de los municipios la justicia de paz, la prevención y protección mercenaria y los servicios de Policía Municipal. Entonces aquí vemos cómo la propia Constitución señala claramente que existen competencias que son tanto del poder nacional como del poder municipal, pero en los dos casos señala el artículo 332, que las competencias en esta materia son concurrentes. En este sentido, el hecho que se hable de que son competencias concurrentes en la parte *in fine* del artículo 332 en los términos que señala la ley, no se habla de que son competencias que son naturales a ambos y que tienen que establecerse mecanismos de aplicación concurrente.

A partir de lo anterior, yo quisiera hacer un pequeño señalamiento sobre una ley que poco se habla de ella, que es la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana ¿por qué quiero hacer referencia a esto? porque a partir de aquí se establecen unos principios que en la práctica no se aplican, que son los criterios de competencias de cada uno de los niveles de policía, recordemos que hay tres niveles de policía en términos generales que son: el nacional, el estatal y el municipal, y en esta ley se establecieron cuáles son los criterios de competencia para considerar cuando una policía es la competente y cuando es la otra.

El primer criterio es el de la territorialidad, es decir, cada una en el ámbito de su territorio es competente. Luego viene el segundo criterio que es el de complejidad que está en el artículo 52 que dice que corresponde a los cuerpos de Policía Municipal las situaciones de baja complejidad, a los cuerpos de Policía Estatal las situaciones de complejidad media y al cuerpo de Policía Nacional las situaciones de alta complejidad, es decir; mientras más compleja sea la situación menos competencias tiene la Policía Municipal; la Policía Municipal tiene que ir a situaciones de baja complejidad y que además puedan ser manejadas dentro del ámbito territorial.

Luego viene el criterio de intensidad que está en el artículo siguiente, el artículo 53, que dice, las situaciones que requieran intervenciones de baja intensidad corresponden a la Policía Municipal, a los cuerpos de Policía Estatal las situaciones que requieran intervenciones de intensidad media y al cuerpo de Policía Nacional Bolivariana las situaciones que requieran intervenciones de alta intensidad. Por último, se agrega el criterio de especificidad donde dice que los cuerpos de Policía Municipal responderán a las situaciones genéricas, los cuerpos de Policía Estatal a las situaciones de mayor especificidad y el cuerpo de Policía Nacional Bolivariana las situaciones de alta especificidad. Para entender lo que sería alta especificidad podría hablarse, por ejemplo, de casos de delincuencia organizada o todos aquellos supuestos vinculados a delitos especializados, como los ciberdelitos; entonces, en este sentido, se entiende que estos criterios van de una menor complejidad a una mayor complejidad.

¿Por qué traigo este tema a colación? porque precisamente en el año 2014 esta misma ley fue violentada cuando se ordenó a través de la Sala Constitucional que fuesen las Policías Municipales las que se encargasen de todo lo que tiene que ver con el control de manifestaciones públicas cuando, con los criterios que acabo de indicar, las manifestaciones públicas debían ser controladas o por la Policía Estatal cuando tuvieran una expresión medianamente manejable y si fueran ya manifestaciones de gran alcance, pues tenían que ser competencia exclusiva de la Policía Nacional Bolivariana; sin embargo, a pesar de que estas competencias están claramente señaladas, la Sala Constitucional no consideró competente a

la Policía Nacional sino que achacó esta responsabilidad a las Policías Municipales –que además no contaban con los recursos porque el control de manifestaciones que exige un equipamiento particular del cual carecen las Policías Municipales– entonces, ya por ahí había una tergiversación de las políticas de seguridad ciudadana y de los propias competencias de los cuerpos de seguridad del Estado, y además esas decisiones después sirvieron también para desnaturalizar el procedimiento de desacato de amparos constitucionales.

Por otro lado, también quisiera hacer referencia a un elemento que considero que es muy importante y que tiene que ver con el hecho de que en la Constitución se señala que los cuerpos de seguridad del Estado son, por su naturaleza, de carácter civil y respetarán la dignidad y los Derechos Humanos, sin discriminación alguna. En este sentido, el hecho que se diga que los cuerpos de seguridad son de naturaleza civil hace que nos encontremos con una de las varias contradicciones que tiene el texto constitucional como lo es el hecho de que, en la misma Constitución, en el artículo 329 se dice que la Fuerza Armada Nacional podrá ejercer actividad de policía administrativa de investigación penal que le atribuye la ley. Por un lado se dice que los cuerpos de seguridad del Estado son de carácter civil pero a un órgano eminentemente militar se le está dando la capacidad de realizar actividades de policía administrativa y esto obviamente es un problema insoluble en la medida en que se está dando a la Fuerza Armada una capacidad de acción en un ámbito que es eminentemente civil y esto ha tenido consecuencias perniciosas para la policía porque en vez de convertirse a la policía en algo más civil, lo que ha ocurrido es que la policía sea militarizado cada vez más.

En este sentido, quisiera compartir una anécdota. Yo di una charla en el IESA hace un par de meses y se me acercó con una pregunta una muchacha y me dijo que ella tenía unas dudas sobre lo que yo he explicado porque donde ella trabajaba era un órgano de naturaleza militar, cuando yo le pregunté que cuál era el órgano donde ella trabajaba, ella me dijo que trabajaba con los bomberos. A partir de ahí, obviamente tuve que explicarle que, aunque a ella le pareciera increíble eso no era así, pero a mí no me sorprende que un órgano como los bomberos se considere un cuerpo militarizado porque lamentablemente eso es lo que ha venido ocurriendo, que muchos de esos cuerpos están dirigidos por militares como que si la acción de policía fuera algo de naturaleza militar contrariando el propio espíritu constitucional. Quisiera que se viera la contradicción, porque incluso el Derecho Internacional Humanitario considera a los policías funcionarios civiles y considera que es contrario a los principios que rigen los conflictos armados que los policías sean considerados objetivos militares, porque precisamente son funcionarios civiles; como se ve, las consecuencias de esto son contrarias a lo que es el tema de los

principios que deben regir a los cuerpos de seguridad del Estado y a los cuerpos de policía.

Quisiera terminar haciendo un señalamiento del hecho de que haya habido una militarización de los cuerpos policiales ha generado también que principios que no son aplicables al ámbito civil se trasladen a éste, en y por eso, quise empezar hablando de los principios que rigen a la competencia de seguridad pública donde se habla reiterada y continuamente en todas las normas que tiene que ver con la función policial y el respeto a los Derechos Humanos. Pero, por ejemplo, en lo que tiene que ver con las faltas de los miembros de los cuerpos de policía es reiterado que se hable de violación de Derechos Humanos o del incumplimiento de órdenes, entonces se establece como falta la violación de derechos humanos o la vulneración de la dignidad humana, pero hay un problema porque en la Ley Disciplinaria Militar se establece que ante órdenes abusivas, el subalterno debe cumplir esas órdenes, entonces el tema aquí que no está recogido tampoco por la Ley de Función Policial y que sí está señalado en la Ley Disciplinaria Militar es que aunque se dice que no se deben dar órdenes contrarias a los derechos humanos, no se dice en ninguna parte que no se deben cumplir las órdenes.

En el régimen actual esto es esencial y a los que quieran ahondar en este tema les puedo remitir un pequeño artículo que escribí sobre la Ley Disciplinaria Militar donde no comparé la disciplina militar venezolana con estándares europeos, lo comparé con México y Ecuador y en esas dos normativas –donde además ha habido gobiernos afines a la ideología del que rige en Venezuela– se establece con claridad que cuando se reciben órdenes contrarias a los Derechos Humanos, debe haber la obligación del que recibe la orden de no cumplir, y eso en Venezuela no ocurre, aquí vemos cómo la Ley Disciplinaria Militar establece que ante una orden abusiva lo que se debe aplicar es el recurso de queja y ese recurso de queja es ante el mismo que dio la orden, agravando la situación de la norma previa que era el Reglamento de Castigos Disciplinarios que decía que ese recurso de queja era ante el superior, ahora se hace el mismo que dio la orden con lo cual ya sabemos cuál puede ser el resultado de ese recurso.

Entonces cuando esta situación se traslada a los cuerpos policiales, donde en ninguna parte de su normativa se dice que un policía debe desobedecer una orden que implique violación de Derechos Humanos, vemos cómo el problema que antes estaba circunscrito al ámbito militar ahora es un problema de todos los ciudadanos que tienen que ver cómo ante el hecho de que se imparta una orden contraria a los Derechos Humanos, no existe una prohibición de que haya una desobediencia a la misma, y que esto no es parte de una ilusión de un defensor de Derechos Humanos sino que es parte de normativa de otros países latinoamericanos que entienden que debe haber una desobediencia en este sentido.

Lamentablemente cuando este tipo de situaciones se dan y cuando el marco normativo, ayuda a que la arbitrariedad se imponga, y nos encontramos en una situación como la que estamos viviendo cotidianamente donde en las alcabalas los policías consideran que pueden inventar normas o establecer procedimientos que son de su propia imaginación porque están claros que en Venezuela las normas no están para cumplirse, sino que las normas demandan de la propia autoridad que sea considerada investida de ese poder generador de normas.

Termino esto como una reflexión y es que a los efectos del futuro normativo venezolano debemos repensar las maneras en que las policías deben ser exclusivamente un ámbito de la sociedad civil y no un ámbito militarizado como es hasta ahora. Muchísimas gracias.

Moderadora

Muchas gracias, profesor. Ahora queremos presentar a la profesora Laura Louza quien nos acompaña en esta segunda parte de nuestro seminario sobre seguridad ciudadana. La profesora es una abogada ucabista especialista en Derecho Administrativo en París II; tiene un máster en derecho, economía y políticas públicas en el Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid; es autora de artículos académicos en revistas reconocidas tanto nacionales como internacionales y autora de un libro publicado por FUNEDA en el año 2011 titulado “la revolución judicial”. Fundadora y directora ejecutiva de Acceso a la Justicia. La profesora nos va a abordar el tema del control y los Derechos Humanos. Bienvenida.

Laura Louza Scognamiglio: “Control y los Derechos Humanos”

Vamos a hablar de cuál es el rol de la policía hoy en día en Venezuela y sobre todo en relación con el tema del control del orden público, la seguridad ciudadana y los Derechos Humanos. Lo primero es que la propia Constitución establece que los órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y deben respetar la dignidad y los Derechos Humanos sin discriminación alguna conforme al artículo 322. Básicamente el problema ha sido que, sobre todo a partir del inicio del Siglo XXI, en Venezuela la realidad ha sido muy distinta.

Ha habido un progresivo proceso de militarización de la policía, ha dejado de ejercer inclusive su función de seguridad ciudadana, más bien ejerce un rol de defensa de la nación. El problema en Venezuela, es que Estado, gobierno y nación son sinónimos desde el principio del chavismo, pero con Maduro esto se ha profundizado, y es en realidad el mantenimiento del grupo que gobierna en el poder de lo que se ocupa la policía y no de la seguridad de los ciudadanos, es más, si alguna persona protesta

contra el Gobierno es atacada por la policía y hay represión y se le ve como un enemigo interno, así, la racionalidad de la policía es bélica. Hay que decir que, en realidad en la época democrática del país, tampoco las policías ejercían su rol como debían, había muchos problemas en el Estado de derecho y particularmente temas de corrupción; sin embargo, estos problemas se han distorsionado a tal punto que en este periodo y particularmente a partir de Maduro, ya la policía no ejerce su rol y se ha distorsionado a tal nivel que no corresponde a lo que se conoce como policía en términos generales.

Vamos a ver en detalle los factores de distorsión. Primero debe decirse que hubo dentro del chavismo un intento de proceso de reforma de la policía en 2006, y aunque se creó una comisión (Conarepol) con personas muy reconocidas, como Roberto Briceño León que es el director y fundador del Observatorio Venezolano de Violencia, todas las reformas que se hicieron en ese momento incluso a nivel legal no fueron implementadas, la voluntad política no era esa, la idea era hacer todo esto para hacer ver que se quería un cambio, pero en realidad no era así.

De hecho, lo que se hizo fue todo lo contrario a lo propuesto: centralización de la policía cuando más bien la propuesta de la Conarepol era descentralizar; su militarización progresiva a través de normas internas y estilo de trabajo de corte militar y aumento desproporcionado de la policía entre 2006 y 2017, sin dar la capacitación adecuada a quien ingresaba, que era exactamente lo contrario a lo establecido en las leyes sobre la materia.

Sobre la centralización de la policía debe decirse que fue para dar más poder al Gobierno y asegurarse que todas las policías, incluso las estatales y municipales estuvieran bajo su mandato.

En cuanto a la militarización de la policía, esto seguramente ha sido lo más grave. Sin duda el que la mayoría de los ministros del Interior, Justicia y Paz hayan sido militares tuvo que ver con esta situación, pero lo más importante, considerando que esto ya había ocurrido en la época democrática, fueron las normas y la cultura que se implementó dentro de la policía y un ejemplo de ello es la resolución 8610 del Ministerio de la Defensa donde se estableció que las manifestaciones públicas podían ser controladas no sólo por los órganos de seguridad del Estado, sino que podían intervenir las Fuerzas Armadas y además hacer uso de las armas en contra de la población.

Esa resolución, que además después fue recurrida mas no fue anulada por el Tribunal Supremo años después, está vigente, y fue lo que evidentemente marcó un antes y un después en todas las manifestaciones que hubo, de allí, la gran diferencia entre la represión de 2014 y 2017, ya que en 2017 estaba vigente esa resolución. En esto tuvo que ver también el plan Zamora, porque permitía usar la fuerza en contra de las

manifestaciones, usar el Ejército, y además todo esto llevaba a que policías y ejército actuaban conjuntamente. En este sentido, el Estado venezolano se ha transformado poco a poco en un gobierno cívico-militar (lo ha dicho el propio Maduro), y es la lógica militar desgraciadamente la que se ha ido imponiendo en la forma de gobernar del país, lo que evidentemente se ha trasladado la policía del Ejecutivo que al final es del Gobierno y no para los ciudadanos.

En cuanto al incremento de la policía se llegó a una tasa de 557 policías por cada 100.000 habitantes, cuando el estándar promedio en el mundo es de 300 a 400 efectivos por cada 100.000 habitantes. Esto demuestra que llegó a ser muy alto el número de policías y más en un país como Venezuela donde además se aumentó el personal de manera desordenada, sin normas de ingreso adecuadas, sin capacitación, y se creó una situación bien grave donde a estas personas se les daba solo directrices ideológicas y no las que realmente son importantes para ejercer una función tan fundamental.

El resultado de lo anterior no fue solo la represión gubernamental, sino que la delincuencia con el tiempo se incrementó y lo que hizo el Gobierno fue usar la policía para hacer operaciones de “seguridad ciudadana” dirigidas a matar delincuentes en zonas populares cuando en realidad era para asesinar a personas que podían ser contrarias al Gobierno. Se denominaron Operativos de Liberación del Pueblo (OLP), pero fueron reales razias de pobres, lo cual fue denunciado por Naciones Unidas. Esto distorsionó aún más el rol de la policía que progresivamente se transformó también en un órgano de ejecución extrajudicial con cifras cada vez más altas de víctimas.

A la distorsión de la policía, se añade la del Cuerpo de Investigaciones Científicas y Criminalísticas (CICPC), que es el órgano de investigación de la policía, que debe estar bajo la supervisión del Ministerio Público en su rol de investigación de acuerdo al sistema acusatorio del Código Orgánico Procesal Penal del año 98. Sin embargo, en la reforma del COPP de 2012 se le da ese rol sobre todo al CICPC, que responde al Ejecutivo Nacional, y el Ministerio Público queda prácticamente sin potestades.

Esto es grave en materia de Derechos Humanos, porque si el que aplica la fuerza es quien investiga también, los criterios obviamente no son los que debería tener el Ministerio Público que es una organización más técnico-jurídica y por diseño más dedicada al tema de Derechos Humanos. A lo anterior debe añadirse que progresivamente el presupuesto público fue disminuyendo, especialmente en el Gobierno de Maduro, lo que condujo a una desinversión progresiva que llevó a que estas personas no tuvieran capacitación, ni la remuneración adecuada, ni que se aplicaran los métodos de ingreso requeridos para la contratación de este tipo de personal, lo que aunado a la ausencia de Estado de Derecho y la

desinstitucionalización condujera a una importante corrupción de los policías como nunca se había visto.

En resumen, el rol actual de la policía es nulo para el ciudadano, es decir, no cumple un papel de seguridad ciudadana, sólo de la nación entendiéndola como la seguridad para el grupo que gobierna con el fin de que se mantenga en el poder. Para explicarnos mejor el rol de defensa de la nación se refiere a la soberanía del país, al cuidado de las fronteras que es un rol de las fuerzas armadas nacionales, y en cambio el rol de la policía es de seguridad de los ciudadanos, por lo que en el caso de las fuerzas armadas evidentemente hay una lógica bélica, una lógica de amigo-enemigo, mientras que en la policía debe haber un rol distinto que es de mediación, conciliación, prevención y donde obviamente el ciudadano nunca va a ser un enemigo, pero al incorporar una lógica bélica vemos que esto se distorsiona y lleva evidentemente a que la policía se transforme en un órgano que ve al ciudadano como un enemigo y eso es lo que quiso imponer al final el chavismo con todas estas políticas para justamente tener la policía como un instrumento más para mantenerse en el poder e ir contra los ciudadanos y no para ejercer una función de seguridad ciudadana como corresponde.

La conclusión y las consecuencias son muy claras: tenemos una policía que viola Derechos Humanos, y más grave aún que comete crímenes de lesa humanidad como ha señalado la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, es cierto que en Venezuela ha disminuido la delincuencia, pero no ha sido por una política de Estado, sino por la inmigración también de este grupo como explica el Observatorio Venezolano de Violencia.

Sin embargo, si analizamos las cifras del Observatorio Venezolano de Violencia vemos que han aumentado las ejecuciones extrajudiciales o “muertes por resistencia a la autoridad”. Se trata de homicidios de ciudadanos cometidos por la policía sin justificación alguna. Aquí entran las OLP antes mencionadas y al tratarse de algo sistemático y ser una política de Estado, son crímenes de lesa humanidad. Otra organización que lleva esta estadística es Lupa por la Vida y vemos que antes de la creación del FAES (una sección de la PNB que fue considerada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, un grupo de exterminio), quien cometía más crímenes de este tipo era el CICPC. Esto es muy grave porque uno se pregunta ¿cómo quién tiene el rol de ser el órgano de investigación policial puede ser el organismo más letal de la policía? Esta situación es muy ilustrativa de lo que se ha convertido la policía en Venezuela.

Para concluir se recomienda consultar dos informe de Acceso a la Justicia sobre la administración de justicia penal en Venezuela y la policía en los siguientes enlaces: <https://accesoalajusticia.org/administracion->

justicia-penal-venezuela/ y <https://accesoalajusticia.org/vision-panoramica-del-sistema-policia-en-venezuela-2000-2018>.

AÑO CONMEMORATIVO

CELEBRACIÓN DEL AÑO CONMEMORATIVO A FEDERICO URBANO

Ponentes:

María Amparo Grau, José Luis Villegas Moreno, Carlos García Soto

Fecha: 14 de diciembre de 2023

Moderador. Gustavo Urdaneta Troconis

Muy buenos días. De verdad es un gran placer, un honor para mí estar aquí hoy recibiendo en la casa de los administrativistas, en el espacio que pondrá fin al año conmemorativo a Federico Urbano que es el nombre que hemos estado recordando durante todas las actividades que ha celebrado la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo durante este año.

Les recuerdo que AVEDA ha decidido tratar de recordar la memoria de los pioneros, los más significativos autores y divulgadores del Derecho Administrativo, y este año se le ha dedicado al profesor Federico Urbano. Lo más llamativo es que fue el primer profesor de la Cátedra de Derecho Administrativo por allá por los años 1909, hace más de 100 años, cuando se creó la Cátedra de Derecho Administrativo él fue el primer profesor, él no era profesor inicialmente de Derecho Administrativo sino de penal o de Derecho Mercantil, pero llegó a ser el primer profesor de Derecho Administrativo y después incluso sus clases fueron editadas, etc.

Hoy contamos con la presencia de la profesora María Amparo Grau quien es nuestra jefa y coordinadora del programa de eventos anuales que ha tenido un año bien lleno, bien cargado, bien exitoso, con unos seminarios y unos encuentros bimensuales que pronto serán llevados a la imprenta y serán publicados en el anuario de AVEDA, pero que mientras tanto están ahí colgados y se pueden consultar telemáticamente en los videos que han quedado, dejando registro de la participación de los miembros y amigos de AVEDA que han participado durante este año en los distintos eventos organizados por María Amparo Grau y el comité de eventos.

También vamos a contar con la presencia del profesor José Luis Villegas quien ha participado también en actividades de AVEDA y que nos va a hablar un poco del significado de este señor y su participación en la creación del Derecho Administrativo en Venezuela. Y finalmente, contaremos con otro miembro de nuestra asociación, muy activo, muy

dedicado al tema histórico y eso es excelente porque esa es una memoria que hay que tratar de recuperar cuando no la tenemos y luego dejarla de manera visible, que recordemos siempre los aportes de quienes nos precedieron en esto de estar investigando, discutiendo, difundiendo el Derecho Administrativo, Carlos García Soto; quiero agradecerle en particular a Carlos García Soto que fue quien nos facilitó el libro donde está el pensamiento de Federico Urbano en materia de Derecho Administrativo.

Hoy es el acto final de este año conmemorativo, entonces agradecer a quienes han hecho posible que este año hayamos tenido las jornadas internacionales, que hayamos tenido los seminarios, que hayamos tenido los encuentros, María Amparo, Jessica y todo el equipo que ha respaldado, todo el Consejo Directivo que también le ha dado su respaldo y su apoyo decidido a todo lo que hace AVEDA. Nada más que decir.

María Amparo Grau

Muy buenos días a todos. Gracias doctor Gustavo Urdaneta Troconis, presidente de AVEDA, por su presentación y quien en buena medida también es responsable del éxito de este año de eventos de AVEDA junto con los demás miembros del Consejo Directivo que siempre estuvieron apoyando todas las iniciativas que en ese sentido se presentaron. Quiero saludar a todos los miembros de la Asociación que nos acompañan y en especial a los profesores Carlos García Soto y José Luis Villegas Moreno quienes intervienen en este evento de cierre 2023 conmemorativo de la memoria del profesor Federico Urbano.

Como bien ustedes saben, con la finalidad de dar cumplimiento al objetivo estatutario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo de promover el Derecho Administrativo venezolano, se creó un mecanismo en AVEDA para honrar la memoria de quienes han realizado un aporte significativo al estudio y difusión del Derecho Administrativo en Venezuela.

El año pasado el Consejo Directivo seleccionó al profesor José Manuel Hernández Ron para ser honrado a través de este mecanismo, y para este año 2023 se escogió la figura del profesor Federico Urbano con lo cual esto representa un reconocimiento al impacto que este profesor tuvo en el desarrollo del Derecho Administrativo venezolano y este reconocimiento AVEDA, se concretó primero en la declaración del año conmemorativo en honor al profesor Federico Urbano, pero además en una serie de eventos, seminarios y la jornada anual AVEDA 2023.

En este sentido y como lo señaló el profesor Urdaneta, como coordinadora del comité de eventos, me voy a permitir referir los actos que se realizaron en 2023, concretamente encuentros y seminarios para rendir homenaje al profesor Federico Urbano y como parte de la actividad de

AVEDA en su objetivo de la difusión y discusión de los temas del Derecho Administrativo.

Por lo que se refiere a los encuentros AVEDA, el primer encuentro AVEDA que fue el vigésimo encuentro AVEDA trató el tema “El Contencioso Administrativo Regional” y esto se realizó el 20/1/2023 y el ponente fue el profesor Pier Paolo Pasceri. El segundo encuentro, el vigésimo primero, fue sobre “Urbanismo, ciudades inteligentes y función social de la propiedad”; se realizó el 17/3/2023 con las ponencias de la profesora Alicia Monagas y el profesor Luis Alfonso Herrera Orellana. El vigésimo segundo encuentro AVEDA fue sobre “Medidas preventivas y otras incongruencias de las normas que regulan la declaración jurada del patrimonio” que se celebró en mayo de 2023, a cargo de la profesora Nélida Peña Colmenares. El encuentro vigésimo tercero fue sobre “Descentralización corporativa, caso de las universidades y colegios profesionales”; se celebró el 14/7/2023 y estuvo a cargo de las profesoras Maibí Rondón y la profesora Ana María Ruggeri. El vigésimo cuarto encuentro AVEDA fue de “Retos jurídicos en el sector de los hidrocarburos líquidos” y estuvo a cargo del doctor Juan Cristóbal Carmona Borjas. El vigésimo quinto encuentro, el último de los encuentros, se celebró el 17/11/2023 sobre “Constituciones y los poderes de la Administración” a cargo del distinguido profesor Antonio Canoa.

Por otra parte, tuvimos cuatro seminarios que se desarrollaron en el año 2023. El primero de ellos, un tema súper interesante en mi opinión que fue “El derecho a la protección consular de los ciudadanos que residen en el extranjero”; se celebró en febrero de 2023, tuvimos la participación de un invitado muy especial, el profesor Héctor Faúndez Ledesma y lo acompañaron los distinguidos profesores José Valentín González y Claudia Nikken. El segundo seminario fue sobre “Arbitraje y Derecho Administrativo” en abril de 2023; y aquí participaron los profesores Diana Trías Bertorelli, Rafael Chavero y Rafael Badell Madrid. El tercer seminario fue sobre “Acción de amparo y Administración Pública” en junio de 2023; y tuvimos las ponencias de los profesores José Gregorio Silva Bocanery y María Elena Toro. El cuarto y último seminario fue sobre “Seguridad ciudadana, órganos de policía, orden público y Derechos Humanos” en agosto de 2023; y ponencias extraordinarias de los profesores Laura Louza y Alí Daniels.

Como puede observarse fue un año muy fructífero, pleno, con eventos de muchísimo interés para el Derecho Administrativo, ponentes todos del más alto nivel y muchos de ellos distinguidos miembros de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

Nuestras jornadas de 2023 que se llevaron a cabo en el mes de octubre como es usual, también en celebración del año conmemorativo del profesor Federico Urbano, se desarrollaron en dos sesiones con dos

bloques cada una con la participación de profesores nacionales y extranjeros para tratar el tema del Derecho Administrativo y la inteligencia artificial. El primer bloque de la primera sesión se realizó el día 19 de octubre y se refirió a la Inteligencia artificial y los principios que rigen a la Administración Pública, con la extraordinaria moderación de la profesora doctora Alicia Monagas quien, además, fue la proponente del programa para esta jornada y una activa colaboradora del comité de eventos para la organización de esta jornada y que contribuyó, sin duda, al éxito de las mismas.

En este primer bloque sobre inteligencia artificial y principios que rigen a la Administración Pública intervinieron, en primer lugar, el profesor Mauricio Pernía-Reyes, quien nos habló sobre la transparencia de los algoritmos que utilizan las Administraciones públicas y fue muy interesante ver como este es un punto neurálgico de la importancia del control del uso de la tecnología en relación con la aplicación del Derecho Administrativo. En segundo lugar, la profesora Diana Trías Bertorelli nos expuso algunas experiencias de uso de la automatización e inteligencia artificial por la Administración Pública y su impacto en la estructura de la norma administrativa.

Luego el profesor argentino Juan Gustavo Corvalán dio una profunda explicación del tema de la inteligencia artificial, ventajas y retos para la Administración Pública; allí este profesor nos enseñó cómo el Derecho Administrativo tiene que modificarse y ocuparse de la regulación y control a través de entes reguladores del uso de la tecnología en las materias que el Derecho Administrativo o las Administraciones Públicas atienden, y nos expuso aspectos tan relevantes de la inteligencia artificial como la simulación de humanos *fakes*, el hackeo de los datos biométricos especialmente de las voces, y en general los datos sintéticos.

Sobre este profesor yo quiero destacar porque me parece que es importante para el derecho en general y para el sistema educativo universitario venezolano, este profesor es director en el primer laboratorio de inteligencia artificial en una Facultad de Derecho de Iberoamérica, concretamente en la Universidad de Buenos Aires, lo cual pone de manifiesto la estrecha relación que en estos temas se establece, la importancia de poner la atención a lo que el uso de la tecnología en relación con el Derecho Administrativo que es lo que a nosotros nos ocupa, y yo diría que lo muy acertado de AVEDA de haber escogido este tema para dedicar sus jornadas anuales 2023 del año conmemorativo Federico Urbano, al análisis de la incidencia de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo.

El segundo bloque de esta primera sesión sobre “Las dificultades del entorno digital para el Derecho Administrativo” fue moderado por Darrin Gibbs, y participaron José Rafael Belandria con el tema “Retos y obstáculos de la inteligencia artificial por la Administración Pública actual y su

marco jurídico”, la profesora italiana Alessandra Piconese con el tema “Sesgos de la inteligencia artificial, aportaciones conductuales y derecho a una buena Administración”, que también estuvo muy interesante porque nos trajo mucha información sobre la normativa y las experiencias europeas en esta materia, y hay que destacar que nos asistió como intérprete de lujo la profesora Flavia Pesci-Feltri. Finalmente, en este bloque, estuvo también Gabriel Sira Santana que trató de forma muy brillante y sistemática el tema “Del gobierno electrónico al gobierno móvil, el tránsito de la Administración Pública para acercarse al particular”.

La segunda sesión se llevó a cabo el 26 de octubre y también se desarrolló en dos bloques, el primero moderado por Juan Carlos Balzán y trató sobre “Actividad administrativa bajo el influjo de la inteligencia artificial” con la participación, primero, de Mayerlin Matheus Hidalgo quien nos conversó sobre “Inteligencia artificial y digitalización en el procedimiento administrativo” y nos trajo el interesantísimo caso del procedimiento migratorio chileno. En segundo lugar, el profesor Manuel Rojas Pérez se refirió a “Las competencias digitales de los funcionarios públicos” y nos planteó las necesarias adaptaciones que deben realizarse y las modificaciones que esto implica y que van a implicar. Para cerrar este bloque, la profesora María Lidia Álvarez Chamosa trató el tema del control público basado en la inteligencia artificial.

Finalmente, el segundo bloque de la segunda sesión sobre contratación pública electrónica fue moderado por la querida profesora Caterina Balasso, y contó, en primer lugar, con la participación de la profesora chilena, Valeria Ronchera Flores, quien nos conversó sobre “La digitalización notarial en Chile y la importancia de la firma electrónica”. Luego el profesor uruguayo Pablo Schiavi trató el tema de “La inteligencia artificial en la contratación pública”. Y también sobre este tópico nos habló la profesora mexicana Daniela Hernández Marín quien se refirió a “Los contratos inteligentes y la fe pública”. Finalizó el bloque el profesor español Miguel Ángel Bernal Blay con el tema “*Blockchain*, Administración y contratación pública”.

Al finalizar este bloque, tuvimos una conferencia especial de la profesora española María Amparo Grau Ruiz sobre “Inteligencia artificial y la actividad tributaria de la Administración” que es donde la inteligencia artificial ha tenido bastante desarrollo.

Fueron unas jornadas extraordinarias que pusieron de relieve un tema que ya es presente y va a ser el futuro inmediato y el futuro mediano del Derecho Administrativo, va a ser un tema fundamental para el Derecho Administrativo por lo que nos exige adaptarnos a estos tiempos, y yo insisto principalmente desde la vida académica para formar a los futuros profesionales del derecho en estos temas y hacerlo también a través de estos eventos de discusión y difusión del conocimiento jurídico

administrativo como acertadamente lo ha hecho AVEDA en esta jornada anual 2023 del año conmemorativo de la figura administrativa Federico Urbano.

Para concluir, debemos comentar en dicha jornada se hizo entrega del reconocimiento anual AVEDA 2023 a la Revista Tachirense de Derecho fundada en 1992 y dirigida por el profesor José Luis Villegas Moreno quien junto al profesor Eduardo Soto, decano de investigación y posgrado de la Universidad Católica del Táchira, dirigieron unas palabras de agradecimiento y se refirieron al origen y la labor de la referida publicación. Con estas actividades se rindió homenaje durante todo el año 2023 al profesor Federico Urbano. Muchas gracias a todos y felices fiestas.

Moderador

Muchísimas gracias a la profesora María Amparo Grau. Ella lo dice rapidito, y cuando uno se pone a pensar en todo el bagaje de conocimiento que está encerrado en todas esas ponencias de todos esos profesores que participaron, tanto venezolanos como extranjeros, tanto miembros de la Asociación como amigos de la Asociación, amigos del Derecho Administrativo, del Derecho Público en general, de verdad que uno se siente contento y tiene que agradecerle enormemente a la profesora Grau que haya estado dirigiendo la posibilidad de que todo esa cantidad de actividades se realizaran y además en el tiempo que debe ser de acuerdo con la planificación realizada, así que estupendo, se siente uno de verdad bien contento con que AVEDA esté llevando adelante este tipo de cosas; y AVEDA es una colmena, esto funciona de verdad gracias al aporte que cada uno hace desde sus capacidades, desde su deseo y posibilidades de ayudar para el robustecimiento del aprendizaje del Derecho Administrativo cuando tanta falta hace, porque en la medida en que eso no se esté produciendo mucho en la vida real, es cuando justamente la doctrina y la generación de conocimiento y la divulgación del conocimiento es cuando más falta hace.

Vamos a oír al profesor José Luis Villegas quien también es una persona que está muy cercana a la Asociación, que a pesar de que su sede es la provincia pero justamente una de las muestras de que los eventos académicos no se pueden concentrar solamente en Caracas, la Asociación de alguna manera ha tratado y lo va a seguir haciendo a partir de algunas nuevas iniciativas, de tener antenas en las distintas partes del país donde se están produciendo, creando y fortaleciendo el Derecho Administrativo, y en el caso concreto del Táchira, una referencia no hay ni siquiera prácticamente que presentarlo a José Luis Villegas quien tuvimos el grandísimo gusto de oírlo cuando AVEDA le otorgó a la Revista Tachirense de Derecho hace un par de meses el reconocimiento de este año. José Luis

Villegas es el alma fundamental de esa revista desde hace muchísimos años.

Hoy lo vamos a oír hablando y reflexionando un poco del contexto dentro del cual se inserta la participación de Federico Urbano en la enseñanza del Derecho Administrativo y la significación que sus aportes tuvieron para el crecimiento de esta disciplina que ayudó a nacer, podríamos decir, al menos desde la cátedra de la Universidad Central de Venezuela.

José Luis Villegas

Muchas gracias a AVEDA, al profesor Gustavo Urdaneta, a la profesora María Amparo Grau y también en este caso a Jessica que es el alma, como ha dicho el profesor Gustavo, de AVEDA, en este tipo de seguimientos y de eventos. También quiero saludar al profesor Antonio Silva que es el culpable de que yo esté aquí invitado para decir algo, no puedo decir que voy a hablar algo en profundidad porque creo que a lo mejor soy la persona que menos sabe de este tema, pero sí compartir un poco mis experiencias y mis inquietudes al respecto. Y también quiero saludar al compañero que va a estar hoy conmigo en esta sesión, el profesor Carlos García Soto.

Como he dicho, voy a hablar sobre Federico Urbano, no de Federico Urbano ni de lo que podíamos decir sobre su obra, creo que el profesor García Soto va a ahondar en la obra y explicar un poco lo que significó el trabajo desde el punto de vista de la doctrina del profesor Federico Urbano. Yo me voy a limitar a explicar algunas cosas que me han llamado la atención desde que me aproximé a estudiar la historia del Derecho Administrativo venezolano y concretamente de los primeros profesores.

¿Cómo voy a dividir mi intervención? Pues en cuatro ideas, la primera es cómo es que llego yo a estudiar un poco este tema de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela; en segundo lugar cómo tenemos la referencia del profesor Federico Urbano como primer profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central, tenemos una gran laguna respecto a las otras universidades, ya lo diré; en tercer lugar explicaré un poco la experiencia que he tenido yo como profesor de Derecho Administrativo en los últimos 25 años sobre la duda de cómo enseñar el Derecho Administrativo y la crítica o autocrítica que, como profesor, me he hecho durante todos estos años; también abordaré la figura de Federico Urbano hablando un poco del contexto país, o sea, algunos detalles de la Venezuela de 1909 porque si se supone que el Derecho Administrativo es el derecho de la sociedad o el derecho que ordena la sociedad pues a ver cómo era Venezuela acudiendo un poco a los historiadores para entender también la limitada actuación de los profesores de Derecho Administrativo a la hora de enseñarlo en aquella época; y por último la influencia que

pudo haber tenido la doctrina española de la época en las lecciones y en el trabajo académico del profesor Urbano sin ahondar mucho porque eso creo que lo va a tratar el profesor Carlos García Soto.

En primer lugar, yo me aproximo a estudiar esto y a escribir porque en el año 2007 escribo un artículo a petición del profesor Víctor Hernández para que sea integrado en la obra “100 autores iberoamericanos” en homenaje al posgrado de la Universidad Católica Andrés Bello, y yo ya venía con el tintín en la oreja después de hablar con el profesor José Araujo Juárez y con otros administrativistas, de que se acercaba el 2009 como fecha importante para conmemorar 100 años de la primera Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela, y entonces escribí un trabajo que llevaba por nombre “Aproximación crítica al estudio o a la enseñanza del derecho administrativo en Venezuela”, y en esa aproximación crítica lo primero que hice fue hacer una contextualización, una localización del origen, y para ello estudié un poco sobre cuáles habían sido las etapas que había tenido el Derecho Administrativo en Venezuela, sobre todo para ubicar al profesor Federico Urbano como primer profesor de la Cátedra de Derecho Administrativo de 1909 ¿Y dónde acudo yo para buscar esta información ya que era muy difícil? prácticamente es un misterio la figura y la personalidad de Federico Urbano en la Caracas, en la Venezuela de aquella época de 1909, no he tenido éxito en la investigación y además tengo que hacer un *mea culpa* de no haber profundizado lo que empecé en ese año 2007 cosa que sí hice con Hernández Ron, con Hernández Ron llegué inclusive a conocer a su nieta María Elisa Febres Hernández y tener una interesantísima conversación sobre su abuelo, sobre lo que significó Hernández Ron y que, desgraciadamente, pues también se ha perdido parte de su patrimonio literario desde el punto de vista jurídico administrativo.

Yo con ayuda del profesor Araujo pues accedo a toda la información documental en un trabajo que publica Hernández Ron precisamente en la Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal el 5/7/1938, el número 6, entonces el profesor Araujo me escanea desde Caracas esto y yo empiezo un poco a ubicarme en ese importante momento histórico y las etapas que el profesor Hernández Ron hace sobre el Derecho Administrativo en Venezuela, y la primera de 1909 a 1912 es donde yo me voy a situar ya que ahí es donde sabemos y tenemos, para mí tengo noticia, por primera vez descubro que ha sido Federico Urbano el primer profesor de Derecho Administrativo, y así luego lo traslado a mis alumnos y en todas mis clases, hago una introducción siempre sobre este fenómeno, sobre la historia y sobre nuestro primer profesor y hago algunas consideraciones.

Lo que sí traté de transmitir a mis alumnos es que no podíamos enseñar el Derecho Administrativo en 2009 como lo hizo el profesor Federico Urbano como primer profesor de Derecho Administrativo, Venezuela era otra y luego en nuestro contexto totalmente diferente, yo creo que

había que innovar y había que aproximarnos a una enseñanza del Derecho Administrativo como un derecho que ordena a la sociedad y hacerlo desde un punto de vista crítico, no simplemente limitarnos a hacer lo que hacía el profesor Federico Urbano, quien nada más y nada menos bebió en las fuentes de los profesores españoles de la época, esos libros a los que me referiré al final eran unos libros muy pesados, eran unos tratados totalmente teóricos y especulativos y a los que tuvo acceso el profesor Urbano para sus clases, por lo tanto yo creía que había que, 100 años después, hacer una aproximación al estudio del Derecho Administrativo de manera diferente honrando a nuestro primer profesor y las dificultades y el desarrollo que tuvo pero dando a entender, y de hecho haciéndolo, que teníamos que lograr una enseñanza del Derecho Administrativo en el siglo XXI de una manera mucho más crítica.

Ese es un poco mi arribo a este tema del conocimiento del profesor Federico Urbano, y como anécdota en todos los exámenes finales había una pregunta y los alumnos se enredaban, el que no había estudiado, entre Federico Urbano como primer profesor de Derecho Administrativo y luego a Hernández Ron como el primer autor del tratado de Derecho Administrativo, aquellos que no habían estudiado ya era una comidilla en los pasillos de mi universidad, las preguntas que a Villegas se le ocurrían hacer sobre el Derecho Administrativo, pero al fin logré que les sonara de alguna manera los nombres de estos grandes maestros que son precursores de lo que ahora es el Derecho Administrativo en Venezuela, que creo que goza de una buena salud y que cada vez los profesores de Derecho Administrativo en Venezuela están mejor preparados.

En segundo lugar, ¿cómo era Venezuela en 1909? para entender un poco cómo enseñaban o qué podía enseñar desde el punto de vista del análisis, del Derecho Administrativo, de la Administración y de la legislación, de las leyes a las que se refería el profesor Urbano en sus trabajos. Pues 1909 y hay que acudir a los historiadores, estuve dándole una revisadita rápida a un trabajo del profesor Rogelio Pérez Perdomo publicado en el 2007 sobre “Estado y justicia en tiempos de Gómez” porque claro en 1909 quien llega al poder de la manera que todos conocemos, de manera temporal al ser inhabilitado Cipriano Castro, andinos al fin y al cabo en el poder, y el Congreso Nacional lo hace presidente de facto, entonces en 1909 nada más y nada menos llega Gómez al poder, imagínense lo que esto significa desde el punto de vista público y político.

Otro dato es que con Gómez en el poder y los años subsiguientes durante su largo gobierno hasta los años 35 se produce una fuerte centralización del Estado, entonces el profesor Federico Urbano tenía que enseñar Derecho Administrativo con ese contexto, y, es más, en este año 1909 pues se promulga la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1909. En 1909 el gobierno de Gómez da la primera concesión petrolera por 30 años y prácticamente para que exploten el petróleo un tercio del

país a una compañía de origen inglés. Por lo tanto, ese es el contexto *grosso modo* en que el profesor Federico Urbano tiene que enseñar Derecho Administrativo.

Luego el profesor Federico Urbano pues acude a ciertas fuentes y parece que lo confiesa, nos dice el profesor Hernández Ron en su análisis, en su división, en este trabajo que les acabo de citar sobre la historia del Derecho Administrativo en Venezuela que decía que había un profesor español que había tenido la paciencia de reunir todas las definiciones de Derecho Administrativo, y por la fecha, por los datos, etcétera, pues era el profesor Fernando Mellado, uno de los profesores más clásicos de la época en España.

El Derecho Administrativo español en esa época era horrorosamente aburrido, esos profesores que enseñaban en la Universidad Complutense de Madrid dormían a sus alumnos con el relato del Derecho Administrativo señalando 15 o 16 definiciones sobre el Derecho Administrativo, esto lo decía uno de los grandes maestros vivo todavía del Derecho Administrativo español, de la generación de la Revista de Administración Pública (RAP), en una reciente conferencia, el profesor Tomás Ramón Fernández uno de los grandes discípulos de Eduardo García de Enterría, dice que era insufrible leer esos textos de Derecho Administrativo ¿Con esto qué quiero decir? quiero decir que, por ejemplo, en España hasta los años 55 que empieza a funcionar la generación de la RAP, y empiezan a salir que si la primera Ley de Procedimientos Administrativos que si la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y todo ese movimiento renovador del Derecho Administrativo es que empieza a ser entretenido y se empieza a descubrir un poco ese discreto encanto que tiene el Derecho Administrativo.

Con lo anterior quiero decir que el profesor Urbano pues bebió en las fuentes más tradicionales y más clásicas para él, y debió adaptarlas al Derecho Administrativo venezolano, y uno de los méritos que tiene en ese esfuerzo el profesor Federico Urbano, es lo que dice Hernández Ron en este trabajo que les acabo de decir, porque trató de realizar un esfuerzo patriótico de adaptarlo al medio venezolano, es decir, esta doctrina muy teorizada, sobre todo los maestros españoles, aunque hubo maestros italianos y franceses que también influyeron, pero yo he querido simplemente escoger lo que se refiere a estos maestros españoles, pero el profesor Federico Urbano trató de adaptarlo a la realidad venezolana. Es muy poco lo que sabemos del profesor Federico Urbano, traté de seguir la pista y fue muy difícil inclusive de buscar algunos lazos desde el punto de vista de persona, de conexiones o familiares y no fue posible, y también intenté buscar al primer profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de los Andes paralelo a la época según nos dice el profesor Hernández Ron, el profesor Marcial Hernández, pero tampoco tuve éxito.

En esta primera etapa de 1909 a 1912 pues es poco lo que creo que se puede explicar sobre este fenómeno. Por lo tanto, el profesor Federico Urbano ha pasado a la historia como el primer profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central que como es la primera Universidad del país, es a la que se refieren todas las aproximaciones históricas que hacemos, por lo tanto, yo lo que quería en esta intervención era compartir esta experiencia por el año conmemorativo de AVEDA a Federico Urbano y lo que ha significado dentro de la historia del Derecho Administrativo venezolano, y creo que todos debemos mirar atrás para ver que sobre los hombros de todos estos gigantes es que la mayoría de los profesores del Derecho Administrativo de nuestra generación, de las próximas generaciones, pues siempre van a tener una mayor cultura y una mayor fuerza para seguir creyendo en que el Derecho Administrativo tiene que ser el derecho que ordena la sociedad y tiene que ser el derecho para la libertad de los ciudadanos, independientemente de las posiciones que cada autor tome al respecto. Muchas gracias.

Moderador

Muchísimas gracias al profesor José Luis Villegas, súper interesante, hay algo en común que es que tampoco sabemos mucho de esa época y el interés que trata de inyectarnos en tratar de averiguar esos antecedentes.

Vamos a oír ahora al profesor Carlos García Soto, quien también ha tratado de rescatar la memoria de una serie de antecedentes de nuestra asignatura y esta vez él se va a dedicar un poco a tratar de transmitirnos lo que él ha encontrado en torno a la figura misma del personaje Federico Urbano y de su obra que son unos apuntes de sus trabajos.

Carlos García Soto

Muchísimas gracias profesor. El año pasado se conmemoró la figura del profesor Hernández Ron y se tuvo la feliz circunstancia de poder tener un evento en el que incluso habló la nieta de Hernández Ron. En el caso de Federico Urbano ha sido un poco más complejo, pero yo creo que es muy justo poder recordar a estos profesores que iniciaron la andadura de nuestra disciplina. Por supuesto, como es natural, cuando pasan los años se hace más difícil recabar datos, ubicar los textos, eso no va a pasar con los profesores que hoy en día dan clase porque la verdad es que ya toda la obra escrita está incluso de libre acceso por internet, las futuras generaciones no van a tener estos inconvenientes que nosotros sí hemos tenido para ubicar la obra escrita o incluso los datos biográficos de quienes comenzaron la disciplina.

En el caso de Federico Urbano era muy importante recordar su figura justamente porque fue el primer profesor de Derecho Administrativo, al

menos en la Universidad Central de Venezuela. Yo con ocasión de repasar un poco estos temas he hecho el propósito de investigar cómo fue el inicio de la enseñanza del Derecho Administrativo en la Universidad del Zulia, hay algunos datos por allí, hay una lección inaugural de Ángel Francisco Bris, etcétera, porque yo creo que entre todos debemos ir armando estos rompecabezas.

Federico Urbano no sólo fue el primer profesor, sino que fue el primer autor que, de alguna forma, expuso de forma general el contenido del derecho administrativo venezolano, al menos del que se tiene noticia, y justamente esa es la otra vertiente muy importante de esta figura: 1. Fue el primer profesor de derecho administrativo, y; 2. Fue el primero que se preocupó por exponer de forma general el contenido de la disciplina.

Lamentablemente no se tiene todo el contenido que él escribió y que publicó, él publicó como una suerte de serie de textos sobre el Derecho Administrativo venezolano en la Revista Universitaria y se tiene una parte, varios profesores venezolanos han intentado hacer la búsqueda del resto de los materiales pero no ha sido posible, el profesor Brewer lo intentó, el profesor José Ignacio Hernández lo intentó, el mismo Hernández Ron en ese valiosísimo trabajo sobre “Historia del Derecho Administrativo venezolano” en donde dice que existen estas otras lecciones pero que él tampoco las encontró. La verdad es que es muy curioso porque en el caso Hernández Ron cuando él hace esa investigación habían pasado no más de 15 o 16 años desde que se habían publicado esas otras exposiciones sobre Derecho Administrativo de Urbano y tampoco él logró dar con ello.

Así que podemos trabajar con una parte que pareciera que es la inicial de esta exposición del Derecho Administrativo venezolano de Federico Urbano, son los temas primeros del Derecho Administrativo, de hecho, coinciden de forma bastante exacta con lo que es el programa de Derecho Administrativo I de la Universidad Central de Venezuela al día de hoy.

Ese texto que fue publicado en un libro muy importante que compiló el profesor José Ignacio Hernández y que editó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales hace unos años que se llama “Textos fundamentales del derecho administrativo” y se recoge el decreto del General Gómez de creación de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela; se recoge este material denominado “Exposición del derecho administrativo venezolano” de Federico Urbano; se recoge el ensayo “Historia del derecho administrativo venezolano” de José Manuel Hernández Ron; y luego se incluye otro texto que fue el segundo texto importante de Derecho Administrativo venezolano que se publicó en Venezuela, del profesor Federico Álvarez-Feo, que se titula “Curso de derecho administrativo”, es un texto bastante más amplio que el de Federico

Urbano, que descende bastantes detalles de lo que se conoce como “Leyes de derecho administrativo”.

Pero estos tres textos son como una suerte de trilogía que están publicados en este libro “Textos fundamentales del derecho administrativo”. “La exposición del derecho administrativo venezolano” de Federico Urbano que es de quien estamos conversando hoy; “La historia del derecho venezolano” de Hernández Ron, que hace un resumen magistral, yo de verdad que les recomiendo mucho que lean este texto sobre cómo fue el origen de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela, qué había antes, cómo se vio el proceso de creación de la cátedra, etcétera; y el “Curso de derecho administrativo” de Álvarez-Feo.

El texto de Federico Urbano está disponible en la web de AVEDA en el enlace donde dice “año conmemorativo”, un texto incompleto de lo que se conoce hoy, ojalá algún día se pudiera ubicar el resto de los materiales.

Quería de alguna forma dar cierto contexto de esta labor de Federico Urbano como primer profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, como lo mencionaba José Luis Villegas, y de hecho aprovecho para felicitar y agradecer a José Luis por su curiosidad intelectual, él levantó la bandera de los 100 años del Derecho Administrativo venezolano y luego nosotros nos hemos aprovechado de ese texto de él; otro texto muy bueno publicado por el profesor José Ignacio Hernández sobre “El centenario de la cátedra”; otro texto del profesor Brewer sobre “La historia y la enseñanza del derecho administrativo en Venezuela”.

El primer periodo de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela comienza justamente en 1909 cuando el General Gómez crea la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. En 1912 es clausurada la Universidad Central de Venezuela con lo cual hay un periodo de unos tres años en los cuales justamente Federico Urbano es el protagonista. Y afortunadamente en 1910 comienza él a publicar estos textos agrupados bajo el título “Exposición del derecho administrativo venezolano” en la Revista Universitaria, editada por la tipografía americana, y es entonces el primer texto que se publica sobre la materia en Venezuela.

Lo valioso, desde el punto de vista histórico, de este texto “Exposición del derecho administrativo venezolano” de Federico Urbano es que nos permite saber con total certeza qué se enseñó a los primeros alumnos en la clase de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, yo supongo que básicamente él explicaba los temas conforme a ese material que él escribió, y la lectura de ese texto que no tiene más de veintitantas páginas nos permite entender cómo se explicaba al menos la primera parte del Derecho Administrativo en Venezuela, los primeros temas de la clase.

Hay una cita del profesor Hernández Ron en su texto sobre “Historia del derecho administrativo venezolano” que me voy a permitir leer por-que justamente explica el significado y el momento en el cual se dicta este texto de Federico Urbano:

Apartando la inspiración ideológica, la obra que inició el doctor Urbano con la publicación de sus lecciones de derecho administrativo en la Revista Universitaria infortunadamente abandonada poco de andar el camino es sumamente meritoria y en ella se ve el esfuerzo patriótico del profesor pugnando hacia la efectiva realización de un estudio adaptado al medio venezolano, y de otra parte esas lecciones tienen un gran valor al permitirnos, a través del tiempo, alcanzar la orientación originaria de los estudios jurídico-administrativos venezolanos con provecho para la historia nacional que interesa a los científicos conocer y divulgar.

La verdad es que, como también apuntaba el profesor Villegas y el profesor Urdaneta, en el momento en el que estamos situados (1909, 1910) se estaba dando el proceso de alguna forma de centralización del Estado venezolano, es un proceso histórico muy interesante de construcción de un Estado venezolano moderno, ya cerrada la etapa de las guerras internas en Venezuela. Parte de ese proceso fue que se comenzaron a dictar un conjunto de leyes administrativas que de alguna forma regulaban la participación del Estado en la vida social y justamente ahí es donde se pone el énfasis en el inicio de la enseñanza del Derecho Administrativo, un énfasis que se proyectó por décadas por lo menos hasta mediados del siglo XX, que todavía la enseñanza del Derecho Administrativo se fundamentaba en los textos normativos; la sistematización conceptual del Derecho Administrativo va a llegar luego por la obra del profesor Lares, la obra del profesor Moles Caubet y la obra del profesor Brewer-Carías, pero durante décadas el énfasis va a estar colocado en las leyes administrativas y de hecho ese es el enfoque en parte también del texto del profesor Urbano y del texto posterior del profesor Álvarez-Feo no entonces.

El profesor Urbano comienza su exposición sobre el Derecho Administrativo con un párrafo que dice:

Cruel desengaño experimentaría el joven jurista que después de haber cursado en las aulas universitarias todas las materias que constituyen el curso de ciencias políticas, de haber merecido en todos los actos de prueba las más honrosas calificaciones, recibido el grado de doctor y las más sinceras y calurosas felicitaciones de los profesores, de sus compañeros de estudio y sus amigos, creyéndose por todo esto en posesión de cuantos elementos son necesarios para ejercer con lucidez la honorífica profesión de abogado, al abrir su bufete los primeros clientes que allí acudiesen le hablasen de materias para él desconocidas y sobre las cuales no pudiera darles opinión alguna y mucho menos pudiera aceptar la defensa de la causa a que quiere encargarse.

Básicamente el profesor Urbano lo que está diciendo es que se están produciendo una cantidad de textos normativos que no son enseñados en la universidad, ahora van a ser enseñados a partir de la creación de la clase, pero que es absolutamente necesario conocer porque al final del día es el derecho vivo, es el derecho que las personas necesitan entender, necesitan interpretar, necesitan aplicar. Y justamente ese conjunto de leyes llamadas habitualmente leyes administrativas que son justamente las leyes de Derecho Administrativo como la expropiación, por ejemplo, que se empiezan a dictar en ese momento. Y justamente eso es lo que intenta ayudar el profesor Urbano con su texto.

En el texto que se tiene (que como digo, es incompleto, y que yo intuyo que es la primera parte de todo lo que él escribió como exposición del Derecho Administrativo), primero define en qué consiste el Derecho Administrativo, y es la primera definición del Derecho Administrativo venezolano que algún profesor prepara; luego recoge diversas definiciones de la materia dadas por profesores extranjeros; más adelante señala varios ejemplos de cómo las leyes administrativas tienen por objeto regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos como ocurre, por ejemplo, en la materia de expropiación, la inviolabilidad del hogar, las vías de comunicación, entre otras que va señalando; más adelante resume las fuentes del Derecho Administrativo en una forma bastante similar a como hoy lo explicamos en el siglo XXI; seguidamente explica los fundamentos éticos de la actividad administrativa; de hecho, la concepción de Federico Urbano del Derecho Administrativo es una concepción bastante liberal, en el sentido de centrada en el ciudadano, hay unas expresiones muy bien logradas acerca de cómo el ciudadano es el centro de la actividad del Estado y en consecuencia del Derecho Administrativo; sigue con la explicación de la organización administrativa, cosa también bastante útil porque permite ver cómo se va dando el proceso de reorganización administrativa en esa construcción del Estado moderno en Venezuela. Y hasta allí lo que conocemos.

De tal manera que yo los invito a buscar el texto del profesor Urbano, está colgado en la página web de AVEDA, está también editado en físico en este libro "Textos fundamentales del derecho administrativo" que compiló con ocasión del centenario de la Cátedra el profesor José Ignacio Hernández, y les invito también por supuesto a leer el trabajo de José Luis Villegas, a leer el trabajo del profesor Brewer llamado "Una pincelada histórica sobre la enseñanza del derecho administrativo en Venezuela"; y con eso van a tener una idea muy completa de cómo se originó el estudio del Derecho Administrativo en Venezuela. En el N° 7 de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo hay un trabajo del profesor José Ignacio Hernández titulado "El origen de la doctrina del Derecho Administrativo en Venezuela" que hace un completo paneo de todos estos temas también.

Me parece justo, me parece muy bonito que recordemos cada año en AVEDA a un profesor de Derecho Administrativo, de los protagonistas de los inicios de la asignatura, me parece que es una muestra de agradecimiento a aquellos que le dedicaron su tiempo y sus energías a formar a los venezolanos en esta importantísima materia. Muchas gracias.

**CONCURSO DE ARTÍCULOS JURÍDICOS PARA
JÓVENES, PRIMERA EDICIÓN, 2023**

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU APLICACIÓN EN LA ACTIVIDAD DE POLICÍA ADMINISTRATIVA

Alejandro Daniel Granadillo Rodríguez y Jesús Augusto Rojas Hernández*

I. Introducción

Los ciudadanos hemos confiado al Estado el mantenimiento del orden público de nuestras sociedades bajo la concepción de que esa es la mejor manera para llevar la seguridad y mantener la paz entre nosotros. Sin embargo, al hacer esto hemos dotado al Estado de poderes extraordinarios para intervenir en nuestras vidas.

Frente a esos poderes de intervención del Estado, el ser humano siempre ha intentado establecerle límites que le permitan llevar a cabo su proyecto de vida con la menor interferencia posible. Fue así como se enunciaron por primera vez aquellos clásicos derechos de libertad, propiedad y vida que en 1215 se le impusieron al Rey de Inglaterra.

Sin embargo, desde ese momento hasta ahora muchos y muy significativos han sido los avances de la sociedad y como no, mucho y muy significativo ha sido el avance de los poderes del Estado para intervenir en la vida de los ciudadanos, siendo el Derecho Administrativo una de sus últimas innovaciones.

Ahora, en apenas dos décadas del siglo XXI hemos visto un avance tecnológico sin precedentes, cada día surgen nuevas invenciones y actualmente la llamada inteligencia artificial es la última de las novedades. El Estado ha encontrado en estas nuevas tecnologías una forma para facilitar enormemente la vida de sus ciudadanos, pero también una nueva manera de intervenir en sus vidas.

¿Qué uso le está dando la Administración Pública a la inteligencia artificial? ¿Cuáles son las medidas que el Estado a través de sus órganos administrativos está tomando? ¿Cómo podemos defendernos los ciudadanos ante esas medidas? Esas son solo algunas de las preguntas que nos planteamos responder con este trabajo, tomando en cuenta una

* Este trabajo obtuvo el primer lugar del Concurso de Artículos Jurídicos para Jóvenes, primera edición, 2023.

perspectiva de Derechos Humanos y de respeto a los corolarios esenciales del Estado constitucional de derecho.

II. Policía administrativa y derecho a la buena administración

Uno de los conceptos de permanente debate en el Derecho Administrativo es la noción de “actividad administrativa”, la cual ha sido entendida desde una perspectiva material o funcional como una “actividad teologizada normativamente, con lo cual se convierte en una función dirigida a satisfacer el interés general, cumplida dicha función mediante la actividad administrativa, en ejecución directa e inmediata de la legislación e indirecta y mediata de la Constitución”¹. Por otro lado, Rondón de Sansó, ha señalado que identificar a la actividad administrativa con una de las diversas funciones que esta puede realizar sería un error, ya que se estaría “reduciéndola a categorías muy específicas de actuaciones, y excluyendo de la misma, a gran parte de lo que en la realidad constituye el actuar administrativo”².

Más allá de esos debates, la doctrina ha sido uniforme en identificar varios caracteres de la actividad administrativa, particularmente destaca lo expresado por Brewer Carías, quien expone:

Las actividades administrativas, por tanto y por esencia, constituyen actividades estatales que se realizan siempre en ejecución directa e inmediata de la legislación y por tanto, en ejecución indirecta y mediata de la Constitución; y precisamente por ello es que esencialmente son de carácter sublegal, aun cuando en un momento dado no se haya dictado la legislación correspondiente que las regule en concreto³.

Explicación que coincide con lo afirmado por Rondón de Sansó, quien sostiene como elementos de esta actividad que:

1) es una actividad que no implica la ejecución inmediata de la Constitución, por lo cual tiene rango sublegal. A través de ella no se crea la ley sino que se la ejecuta; 2) está destinada a dar satisfacción a los intereses fundamentales de un grupo organizado; 3) ha de atender a la globalidad de los intereses tutelados; 4) su ejercicio presupone una estructura orgánica necesaria⁴.

¹ Héctor Turuhpial, *La actividad administrativa* (Caracas: Centro para la Integración y el Derecho Público, 2021): 181.

² Hildegard Rondón de Sansó, *Aspectos generales de la actividad administrativa*, en <https://www.derechoadministrativoucv.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/homenaje-05-10.pdf> (consultado el 3/7/2023)

³ Allan Brewer-Carías, *La actividad administrativa y su régimen jurídico*, en <https://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.895.pdf> (consultado el 3/7/2023)

⁴ Rondón de Sansó, *Aspectos generales de la actividad administrativa*, 212.

Supuestos de hecho todos que desde la perspectiva material permitirían excluir del ejercicio de la actividad administrativa a la función legislativa, política y de control, debido a que todas estas se realizan en ejecución inmediata de la Constitución y su resultado formal no tiene carácter sublegal, sino legal.

Debemos recordar que en sus orígenes la actividad administrativa se identificaba con la actividad de policía, debido a que se “había vinculado siempre dicha noción al orden y la seguridad pública”⁵. No obstante, con la evolución del Derecho Administrativo, se pudo concluir que la actividad de policía, constituía uno de los contenidos de la actividad administrativa, la cual se encuentra junto a otras acciones como las de servicio público, fomento y la empresarial, clasificación que recordamos de nuestras clases a cargo de los profesores Grau y Mónaco.

Ahora bien, para una mejor comprensión de la actividad de policía administrativa, debemos llamar la atención que en Venezuela no se ha distinguido lo suficiente tres conceptos esenciales, como lo son: el poder de policía, la función de policía y la actividad de policía. Sobre el particular, ha sido la Corte Constitucional de Colombia quien de forma pedagógica ha diferenciado estos conceptos al sentenciar:

El poder de policía se caracteriza por su naturaleza normativa y por la facultad legítima de regulación de actos de carácter general, impersonal y abstracto, orientados a crear condiciones para la convivencia social, en ámbitos ordinarios, y dentro de los términos de salubridad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen. Esta función se encuentra adscrita al Congreso de la República, órgano que debe ejercerla dentro de los límites de la Constitución. De otro lado, la Constitución Política a través del artículo 300 numeral 8, ha facultado a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas a dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal. La función de Policía, por su parte, se encuentra sujeta al poder de policía, implica el ejercicio de una función administrativa que concreta dicho poder y bajo el marco legal impuesto por éste. Su ejercicio corresponde, en el nivel nacional, al Presidente de la República tal como lo establece el artículo 189-4 de la Constitución. En las entidades territoriales compete a los gobernadores (Art. 330 CP) y a los alcaldes (Art. 315-2 CP), quienes ejercen la función de policía dentro del marco constitucional, legal y reglamentario. Esta función comporta la adopción de reglamentos de alcance local, que en todo caso deben supeditarse a la Constitución y a la ley. Finalmente, la actividad de policía es la ejecución del poder y la función de policía en un marco estrictamente material y no jurídico, que corresponde a la

⁵ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. La actividad regulatoria de la Administración*, tomo XIV (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado Madrid, 2015): 14.

competencia del uso reglado de la fuerza, y que se encuentra necesariamente subordinado al poder y a la función de policía⁶.

Debemos destacar a los fines de este trabajo, que las tres vertientes de la policía administrativa se han encontrado en permanente evolución, ya que con los avances tecnológicos aparecen nuevas formas de limitar y vigilar el funcionamiento de las sociedades. El reto en estos tiempos ha sido justamente encontrar barreras eficientes para el ejercicio de esos nuevos mecanismos que facilitan el ejercicio de la policía administrativa, para de esta forma preservar la forma de Estado más ajustada a los Derechos Humanos, como lo es el Estado democrático. Es de hacer notar que preferimos usar el calificativo democrático y no social, debido a que esta última concepción ha trastocado la base fundamental de los derechos individuales en Venezuela, al socavarlos y someterlos a un concepto indeterminado como lo es “el interés general”, haciendo abstracta esta limitación de los derechos fundamentales (en adelante DDHH) y sirviendo como justificación para la actuación arbitraria de los gobiernos de base autoritaria.

Vale la pena graficar lo afirmado con una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, que se encargó de defender el constitucionalismo social, poniéndolo en colisión con el constitucionalismo liberal, al fallar:

En el Estado Social, contra lo que supone cierta doctrina, no se trata de dejar de lado o socavar los derechos llamados individuales, se trata de respetarlos, promoverlos y garantizarlos, tanto individual como colectivamente, haciéndolos accesibles a todos. En tal sentido, *los derechos fundamentales en general, tanto los clásicos derechos defendidos por el pensamiento liberal, como los nuevos derechos, son todos derechos sociales en la medida en que a los poderes públicos le viene impuesto el deber de hacerlos reales y efectivos*. El derecho a la libertad de prensa, al pluralismo político o la libertad ideológica, por poner algunos ejemplos, se han visto enriquecidos como consecuencia de esta visión social de los clásicos derechos fundamentales; muestra de ello han sido las medidas que en Alemania y en Italia se han tomado desde el punto de vista financiero para sostener periódicos cuyos ingresos no eran suficientes para su sostenimiento, pero que sin embargo suponían un vehículo fundamental de expresión de grupos ideológicos minoritarios⁷ (Destacado nuestro).

⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia número C-813-14, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-813-14.htm> (consultado el 3/7/2023).

⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1049, de 23/7/2009. Disponible en Tomás Arias Castillo, Andrea Rondón García y Luis Alfonso Herrena Orellana, *Del Estado Social De Derecho al Estado Total (Crítica filosófica-jurídica a la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.049 de 23 de julio de 2009)* (Caracas: Editorial FUNEDA, 2010).

Lo cual para la doctrina más calificada que analizó dicha sentencia constituye la semilla para implantar un Estado totalitario, al afirmar:

[A]boga esa sentencia por una relativización de los derechos fundamentales individuales, convirtiéndolos más allá de la racionalidad en supuestos “derechos sociales”, con el único fin de ampliar el ámbito en que la acción pública, y especialmente el legislador, podría restringirlos y limitarlos legítimamente en supuesto provecho del interés general. Asimismo, ese fallo impulsa y legitima la intervención pública en todos los sectores de la vida personal y social de los venezolanos al pregonar la práctica desaparición de la distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público. Defiende, así, caracteres propios del Estado Total esbozado por Carl Schmitt, aunque eufemísticamente es calificado como “Estado global”, acudiendo a la calificación que de Venezuela hace el artículo 2 de la Constitución como “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”⁸.

En ese sentido, para encontrar fronteras eficientes al accionar de la Administración debemos volver a los corolarios fundamentales del Derecho Administrativo, uno de ellos la preeminencia de los Derechos Humanos y su aplicación inmediata, cláusula que se encuentra establecida en nuestra Norma Fundamental y que supone “que la interpretación constitucional debe siempre hacerse conforme al principio de preeminencia de los Derechos Humanos, el cual junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forma parte del bloque de constitucionalidad”⁹.

Recordemos que el bloque de constitucionalidad permite “reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución nacional, usualmente con el fin de interpretarlas sistemáticamente con el texto de la Constitución”¹⁰ y que a su vez hace desprender tres efectos básicos:

- 1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna;
- 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de

⁸ Arias Castillo, Rondón García y Herrena Orellana, *Del Estado Social De Derecho al Estado Total*, 7.

⁹ Sentencia N° 3215 del 15/6/2004, caso interpretación del artículo 72 de la Constitución, citada en Allan Brewer-Carias, *Derecho Administrativo. Principios del Derecho Público, Administración Pública y Derecho Administrativo y Personalidad Jurídica en el Derecho Administrativo*, tomo I (Caracas: Universidad Externado de Colombia y Universidad Central de Venezuela, 2005): 114.

¹⁰ Manuel Góngora, “La difusión del bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* Latinoamericano”, en Armin Von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014): 301.

derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad de la última; y

3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados¹¹.

Incluso esta noción permitiría hablar de normas constitucionales inconstitucionales, lo cual ha sido un efecto explicado por García Amado al exponer:

[U]na norma constitucional muy restrictiva de un derecho fundamental es inconstitucional cuando la norma que enuncia tal derecho queda gravemente privada en sentido y contenido; es decir, cuando se torna prácticamente papel mojado o queda con eficacia marginal ese derecho¹².

En ese sentido, toma relevancia la construcción de aquello que se ha denominado Derecho Administrativo global, el cual está configurado para “limitar o condicionar la actividad de las Administraciones de los distintos Estados”¹³. La principal fuente de Derecho Administrativo global que conoce Venezuela es la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública¹⁴, la cual se encuentra incorporada a nuestro bloque de constitucionalidad.

Dentro de este instrumento se explica la buena administración como:

i) un principio general que informa al Derecho Administrativo y condiciona la actuación de la administración de las Administraciones Públicas estatales; ii) una obligación de todas las Administraciones Públicas. Esa obligación, siempre según la Carta, se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, y muy particularmente de la tarea promocional que la cláusula del Estado Social le impone a los Poderes Públicos, a saber: crear las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo, al efecto, los obstáculos que impidan esa meta o propósito; ii) finalmente, desde la perspectiva de los particulares, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la Carta Iberoamericana, una serie de atributos (una serie de derechos más concretos o específicos) que definen el régimen jurídico aplicable a los particulares en sus relaciones con las Administraciones Públicas¹⁵.

Este derecho es importante para la configuración de lo que el profesor Rafael Badell ha denominado “derecho administrativo para la

¹¹ *Ibid.*, 302.

¹² Juan García Amado, *¿Puede haber normas constitucionales inconstitucionales?*, en <https://x.com/JuanAGAmado/status/1566617086662774784> (consultado el 3/7/2023).

¹³ José Antonio Muci Borjas, *Potestad Reglamentaria y Reglamento* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2017): 365 y ss.

¹⁴ Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración pública*, en https://intercoconnecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf (consultado el 3/7/2023).

¹⁵ Muci Borjas, *Potestad Reglamentaria y Reglamento*, 367.

libertad”¹⁶, el cual “exige la presencia de una administración pública que haga posible que las libertades de los ciudadanos sean reales y efectivas superando cualquier obstáculo o impedimento que imposibilite su ejercicio íntegro”¹⁷.

Asimismo, este derecho fundamental se configura como un límite a la potestad de policía, lo cual se desprende del reconocimiento que ha hecho la Corte Constitucional de Colombia al explicar que:

En un Estado social de derecho, el uso del poder de policía –tanto administrativa como judicial–, se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que derivan de la finalidad específica de la policía de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas. De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de policía. El ejercicio de la coacción de policía para fines distintos de los queridos por el ordenamiento jurídico puede constituir no sólo un problema de desviación de poder sino incluso el delito de abuso de autoridad por parte del funcionario o la autoridad administrativa¹⁸.

Por tanto, se puede destacar como límite a la actividad de policía el derecho a la buena administración, ya que, al estar la potestad de policía limitada por los Derechos Humanos, y dentro de estos la buena administración, esto condiciona consecuencialmente a la función de policía administrativa, así como a la actividad de policía administrativa.

III. La inteligencia artificial aplicada en la actividad de policía administrativa

De las disertaciones realizadas podemos ver como el objeto de la policía administrativa no es otro que “el mantenimiento del orden público”¹⁹. Para ello la Administración Pública utiliza diversos instrumentos que le permiten lograr de forma efectiva esta finalidad. Actualmente, con la llegada de la cuarta revolución industrial ha tomado relevancia la implementación en el sector público de la inteligencia artificial, que busca “expandir las capacidades de una administración pública para resolver

¹⁶ Rafael Badell Madrid, “Derecho a la buena administración”, en Caterina Balasso Tejera et al. (coord.), *Libro homenaje a Allan Brewer-Carías. 80 años de evolución del Derecho público* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la integración y el Derecho Público): 219 y ss.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ Sentencia Corte Constitucional de Colombia, número C-024 de 1994. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-024-94.htm#:~:text=La%20autoridad%20de%20polic%C3%ADa%20s%C3%B3lo,competente%2C%20que%20requiera%20su%20comparecencia>. (consultado el 3/7/2023).

¹⁹ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo* (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2008): 240.

diferentes problemas” y de esta forma garantizar “la eficiencia del sector público”²⁰.

La inteligencia artificial (en adelante IA) ha sido entendida como “la habilidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear”²¹. Este instrumento puede ser usado en ejercicio de la policía administrativa, ya sea con fines preventivos o fines represivos, debido a que “los órganos de la policía administrativa intervienen no solo preventivamente, sino también actúan con posterioridad a la realización de hechos punibles”²².

Ahora bien, la implementación de la IA se ha hecho a través de distintos algoritmos²³, por ejemplo, de forma preventiva la doctrina ha expuesto:

Los bots son programas basados en algoritmos que actúan como “robots humanos” en Internet y cuyo objetivo es maniobrar, intervenir, moderar o simplemente manipular las opiniones y los “Me gusta” del público. Estos bots filtran la información y proporcionan nuestra propia “burbuja de privacidad o cámara de eco” en nuestro Facebook privado, WhatsApp, Instagram o Twitter. Nuestra cuenta privada de Internet o de correo electrónico se ha convertido, de un modo u otro, en objeto público de los bots sociales. Estos bots proporcionan datos, anuncios, propaganda, información o noticias que influyen en nuestro comportamiento de opinión, voto, consumo y compra. Son nuestros “algoritmos mentales” que orquestan nuestras mentes en lo que creemos que necesitamos o queremos, ya sea que esté o no basado en necesidades reales y en la verdad²⁴.

Información que en muchos casos es suministrada a los gobiernos para que estos logren vigilar el espacio privado de las personas, como ocurre en China donde la comunidad científica ha reportado que:

[P]roveedores del servicio de internet como Yahoo, MSN y Google suscribieron acuerdos a través de los cuales se comprometieron a censurar contenidos en sus sitios web y motores de búsqueda, así como a

²⁰ Fernando Filgueiras, “Inteligencia Artificial en la administración pública: ambigüedad y elección de sistemas de IA y desafíos de gobernanza digital”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 79 (2021): 5-38

²¹ ¿Qué es la inteligencia artificial y cómo se usa?, *Noticias Parlamento Europeo*, en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa#:~:text=La%20inteligencia%20artificial%20es%20la,y%20la%20capacidad%20de%20planear> (consultado el 18/8/2023)

²² Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 241.

²³ Un algoritmo según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua constituye un “Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”. Real Academia Española de la Lengua, *Algoritmo*, en <https://dle.rae.es/algoritmo> (consultado el 18/8/2023)

²⁴ Edgar González López, “Los Derechos Digitales Fundamentales: ¿Es necesaria su reconfiguración en ordenamiento jurídico?”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 20 (2021): 234-267.

entregar los nombres de los usuarios que publicaran contenidos ofensivos. La entrega de dicha información llevó al arresto y detención de disidentes que usaban la red para informar a los ciudadanos sobre las acciones del gobierno²⁵.

Pero esta vigilancia no solo se realiza en la web, sino también en el espacio físico en donde tradicionalmente se desempeñan los ciudadanos, esto lo podemos evidenciar del sistema de crédito social chino, el cual implica un “depósito central de información de las personas que puede ser usada para monitorear, evaluar, y cambiar sus acciones a través de incentivos de castigo y recompensa”²⁶. Este sistema ha derivado en la aplicación de una plataforma conocida como “Honest Shanghai, que utiliza el reconocimiento facial de las cámaras de videovigilancia y lo vincula con los registros que tiene el gobierno sobre cada ciudadano para determinar su puntuación social”²⁷.

Ahora bien, no queremos negar el impacto positivo que puede llegar a tener el uso de la IA en el pleno disfrute de los DDHH, por ejemplo:

[A] los ciudadanos, para que obtengan nuevos beneficios, como una mejor atención sanitaria, una menor cantidad de averías de los aparatos domésticos, unos sistemas de transporte más seguros y limpios, o mejores servicios públicos; al desarrollo empresarial...y a los servicios de interés público, por ejemplo, mediante una reducción de los costes de la prestación de servicios (transporte, educación, energía y gestión de los residuos), una mayor sostenibilidad de los productos, o proporcionando a los servicios y fuerzas de seguridad las herramientas adecuadas para que aseguren la protección de los ciudadanos garantizando correctamente el respeto de sus derechos y libertades²⁸.

Pero, no deja de ser cierto que su implementación también puede entrar en tensión con principios fundamentales como “la libertad de expresión, la privacidad, la prohibición de discriminación, y el derecho a la tutela judicial efectiva”. Por lo que se hace necesario brindar directrices que permitan a la ciudadanía controlar la aplicación de la inteligencia artificial en la actividad de policía administrativa²⁹.

²⁵ *Ídem*.

²⁶ Miguel Sierra Altarriba, *Disciplina. El Crédito Social en China* (Barcelona: ESCAC, 2019): 5.

²⁷ *Ibid.*, 15

²⁸ Andrea Elena Grigore, “Derechos humanos e inteligencia artificial”, *Ius et scientia*, núm. 1 (2022): 165-175

²⁹ *Ídem*.

IV. Potenciales vulneraciones a los derechos humanos con la integración de tecnologías basadas en inteligencia artificial en las funciones de policía administrativa

Desde el siglo XXI, el respeto a los Derechos Humanos de las personas ha cobrado una especial relevancia en la agenda pública y debate social sobre todo en los países regidos bajo modelos democráticos. El desarrollo de la teoría de los Derechos Humanos ha estado íntimamente ligado al desarrollo de la sociedad en su conjunto.

De esta forma, hemos pasado de concebir los Derechos Humanos como limitaciones al poder del Estado para intervenir en la vida privada de los particulares (los clásicos derechos a la libertad, vida y seguridad) a unos que imponen una prestación positiva por parte del Estado (derecho a la salud, educación), yendo incluso más allá, hoy es perfectamente aceptable la existencia de derechos fundamentales colectivos como el derecho a la autodeterminación de los pueblos y, con el desarrollo vertiginoso de la tecnología, derechos tendentes a asegurar el acceso a estas.

A pesar de que una de las características fundamentales de los Derechos Humanos es su interdependencia, es decir, que están vinculados entre sí y ninguno está por encima del otro, la división en “grados” o “generaciones” de derechos resulta ejemplificante para entender la íntima relación que existen entre Derechos Humanos y el avance de las sociedades: cada vez reconocemos la existencia de más derechos por que cada vez somos más conscientes de los peligros a los que estamos sometidos con el avance de los poderes de los Estados.

No podemos olvidar que “los derechos humanos se corresponden con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado”³⁰ en consecuencia, “el Poder Público debe ejercerse al servicio y bienestar del ser humano”³¹.

El Estado se encuentra al servicio de sus ciudadanos, nunca al revés, y como tal está obligado a actuar dentro del marco del respeto y garantía de los derechos fundamentales. De esta forma, cualquier medida que tome el Estado y que de alguna manera pueda afectar los Derechos Humanos de los ciudadanos, debe respetar tres límites: (i) que la actuación se encuentre autorizada a raíz de una fuente democrática encarnada en la Ley, (ii) que deba superar la prueba de la proporcionalidad y (iii) que no ahogue o vacíe el derecho que se vea afectado³².

³⁰ Pedro Nikken, “El concepto de derechos humanos”, en Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza (comp.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, tomo 1 (San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994): 23.

³¹ *Ídem*.

³² Jesús María Casal, *Los Derechos Fundamentales y sus restricciones* (Bogotá: Temis, 2020): 2-3

En esa línea, se enmarca la relación que debe existir entre las tecnologías que impliquen la utilización de la IA y los Derechos Humanos. Su uso, en el campo de las actividades de policía administrativa que lleva a cabo el Estado a través de sus órganos, debe implicar una optimización de los mecanismos ya existentes para facilitar la vida de los ciudadanos, sin interferir de manera injustificada y desproporcional en la esfera privada de cada individuo.

Tal como lo ha manifestado el Comité Asesor de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en un reciente informe:

Las nuevas tecnologías tienen un gran potencial para apoyar el ejercicio de los derechos y libertades individuales (...) Se espera que estas oportunidades beneficien a todas las personas, incluidas las que se encuentran en situaciones vulnerables, como las mujeres, los niños, las personas con discapacidad y los refugiados³³.

De esta forma, se reconoce la existencia de una ventana de oportunidad para que la IA favorezca el empoderamiento de las poblaciones, contribuyendo enormemente en el ejercicio del derecho a la libre asociación, libertad de expresión, participación en asuntos públicos, e, incluso, en mejorar el acceso a la salud y educación de los grupos más vulnerables³⁴.

Sin embargo, tal como señala las Naciones Unidas “no se puede subestimar el efecto a largo plazo del uso indebido de estas tecnologías en los procesos democráticos y el estado de derecho, especialmente si se utilizan indebidamente con fines de control social”³⁵.

Ante su vertiginosa adopción por parte de los Estados, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha advertido que “las tecnologías de IA pueden tener efectos nocivos, e incluso catastróficos, cuando se emplean sin prestar la debida atención a su capacidad de vulnerar los derechos humanos”³⁶. Entre los Derechos Humanos que pueden verse afectados por la mala utilización de la IA por parte los Estados, el reporte de la Alta Comisionada ha centrado especial atención en los derechos a la privacidad, no discriminación y debido proceso.

Sobre la afectación del derecho a la privacidad, se señala que las tecnologías de IA pueden facilitar y profundizar las intromisiones en la vida

³³ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Impactos, oportunidades y retos que pueden entrañar las tecnologías digitales nuevas y emergentes en relación con la promoción y la protección de los derechos humanos*, A/HRC/47/52 (19 de mayo de 2021), párr. 10, en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/110/37/PDF/G2111037.pdf?OpenElement> (consultado el 18/8/2023)

³⁴ *Ibid.*, párr. 11-12.

³⁵ *Ibid.*, párr. 4.

³⁶ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *The right to privacy in the digital age*, A/HRC/48/31 (13 de septiembre de 2021), párr. 2, en <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc4831-right-privacy-digital-age-report-united-nations-high> (consultado el 18/8/2023)

personal en una variedad de formas³⁷. Por ejemplo, las herramientas de IA son ampliamente utilizadas para buscar información sobre el comportamiento humano, como los lugares que frecuenta o incluso la hora que se despierta y se va dormir, para así realizar inferencias y predicciones de comportamientos futuros. Tales inferencias pueden ser la base para que el Estado tome decisiones que afecten los Derechos Humanos de la población, por ejemplo a la hora de calificar erróneamente a alguien como terrorista, situación que pone en entre dicho el disfrute al derecho a la privacidad incluido la autonomía de las personas y su derecho a establecer detalles sobre su identidad³⁸.

Otra de las maneras en las que la IA, en manos del Estado, puede afectar el derecho a la privacidad, e incluso el derecho a la no discriminación, es con el uso de las tecnologías de reconocimiento biométrico. Este tipo de tecnologías utiliza la IA para comparar la representación digital de ciertas características individuales, como el rostro, la voz, los ojos e incluso la forma de caminar, con otras representaciones incluidas en bases datos para de esta forma identificar personas³⁹.

La utilización de este tipo de tecnologías de seguimiento y reconocimiento pueden afectar seriamente el disfrute del derecho a la privacidad, ya que la información biométrica constituye uno de los principales atributos de la personalidad y su utilización en el campo del reconocimiento aumenta drásticamente la habilidad del Estado para rastrear masivamente a sus ciudadanos en espacios públicos, limitando de una manera injustificada su derecho a transitar sin ser observado e inclusive poniendo en serio peligro el ejercicio de otros derechos como la libertad de expresión o la libre asociación⁴⁰.

Otras de las preocupaciones que ha manifestado Naciones Unidas con la relación a la implementación de la IA en las actividades del Estado, es la posible afectación al derecho a la no discriminación, ya que este tipo de herramientas, al momento de realizar predicciones puede traer de manera inherente los prejuicios raciales de sus programadores haciendo que ciertas minorías se vean fuertemente afectadas⁴¹.

Por último, también desata inquietudes la afectación que este tipo de tecnologías puede hacer al derecho al debido proceso, en particular en su componente de presunción de inocencia, ya que estas herramientas han llegado al punto de buscar deducir el estado mental y emocional de las personas a partir de sus expresiones faciales para decidir, sin pruebas sólidas, quien puede ser una amenaza a la seguridad, lo que ha dado lugar a

³⁷ *Ibid.*, párr. 12.

³⁸ *Ibid.*, párr. 16-17.

³⁹ *Ibid.*, párr. 25.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 27.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 24.

arrestos arbitrarios o la carencia de verificación de información durante los interrogatorios⁴².

Semejantes cavilaciones por parte de los organismos defensores de los Derechos Humanos no son meras concepciones teóricas, sino que tienen sustento en casos que han ocurrido alrededor del mundo y que han levantado todo tipo de alarmas por las graves afectaciones a los derechos fundamentales.

Por ejemplo, ante los programas de vigilancia masiva que llevaba a cabo la agencia de inteligencia del Reino Unido, y que implicaba la intercepción masiva de comunicaciones y el monitoreo constante de datos, lo cual sucedía sin el conocimiento o consentimiento de la población, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que tales prácticas eran violatorias al derecho a la privacidad y libertad de expresión reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos⁴³.

Otro caso que evidencia lo peligroso que es el uso de la IA por parte del Estado sin ningún tipo de transparencia o control, es lo que está sucediendo en China, en donde organizaciones defensoras de Derechos Humanos han denunciado la implementación de “el sistema de control público más invasivo del mundo”, en donde el gobierno chino “ha colocado cámaras de video en toda la región, con tecnología de reconocimiento facial; instalado aplicaciones para teléfonos celulares para ingresar datos de las observaciones de funcionarios y puntos de control electrónicos; y procesado la información resultante mediante análisis de megadatos⁴⁴.

Tal sistema de vigilancia masivo ya está siendo utilizado para reprimir a cerca de 13 millones de musulmanes que habitan en la región china de Xinjiang, sometiéndolos a detenciones arbitrarias, adoctrinamiento, restricciones de movimiento y opresión religiosa, situaciones que constituyen una clara violación a sus derechos a la privacidad, presunción de inocencia, debido proceso, libertad de asociación y movimiento⁴⁵.

Más allá de eso, el gobierno chino también se ha valido del uso de tecnologías de IA para monitorear constantemente a sus propios ciudadanos y calificarlos con el presunto fin de “mejorar su comportamiento”⁴⁶ (de acuerdo a lo que el partido comunista chino califique como “buen

⁴² *Ibid.*, párr. 28.

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Big Brother Watch and other v. United Kingdom*. Judgment, 25 may 2021.

⁴⁴ Human Rights Watch, *La amenaza global de China para los derechos humanos*, en <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/337324> (consultado el 25/9/2023)

⁴⁵ Human Rights Watch, *China's Algorithms of Repression Reverse Engineering a Xinjiang Police Mass Surveillance App*, en <https://www.hrw.org/report/2019/05/01/chinas-algorithms-repression/reverse-engineering-xinjiang-police-mass> (consultado el 25/9/2023)

⁴⁶ Eticas Foundation, *Sistema de crédito social chino*, <https://eticasfoundation.org/es/sistema-de-credito-social-chino/> (consultado el 25/9/2023)

comportamiento). Sin embargo, las arbitrariedades no han faltado, los ciudadanos han denunciado que se les impide comprar pasajes de avión o de tren por presuntamente estar incluidos en “listas de personas no confiables” a pesar de que nunca se les ha notificado su inclusión en tales listas o se les ha explicado los motivos para estar allí, mucho menos se les ha dado la oportunidad de ejercer los recursos necesarios para su defensa⁴⁷.

Los ejemplos citados hasta ahora, dan fe de que la utilización de la IA, a pesar de sus grandes beneficios, ha potenciado la capacidad del Estado para violar los Derechos Humanos de sus ciudadanos.

Saber (o no) que el Gobierno te está monitoreando de forma constante afecta de manera grave el cómo los individuos se desarrollan en sociedad, altera nuestro comportamiento ya que no sabemos cuándo estamos realmente solos y nos coloca en una constante diatriba en cuanto a nuestras formas de expresión.

En definitiva, tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, el uso de tecnologías de seguimiento y vigilancia pueden “alterar la relación entre los ciudadanos y el Gobierno de manera perjudicial para una sociedad democrática”⁴⁸.

V. Propuestas y soluciones

Quedando evidenciado que la integración de tecnologías basadas en IA pueden ser una herramienta de gran ayuda para que la Administración Pública alcance sus fines, pero que su uso indiscriminado y sin control es capaz de llegar a vulnerar los derechos fundamentales de aquellos a los que la Administración pretende ayudar, los ciudadanos, se hace necesario plantear algunas propuestas orientadas al uso de estas tecnologías desde una perspectiva de respeto a los Derechos Humanos y de los principios básicos de cualquier Estado democrático.

1. El uso de la IA por parte de Administración Pública debe ser proporcional

Hasta ahora, hemos expuesto como diversos Estados alrededor del mundo han hecho uso de tecnologías basadas en IA para el monitoreo y vigilancia masiva de su población, situación que sin duda constituye un serio incumplimiento por parte de esos Estados de sus obligaciones de

⁴⁷ Human Rights Watch, *China's Chilling 'Social Credit' Blacklist*, <https://www.hrw.org/news/2017/12/12/chinas-chilling-social-credit-blacklist> (consultado el 25/9/2023)

⁴⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos, *United States v. Jones*, Párr. 956. 565 U.S. 400 (2012).

respeto y garantía de los Derechos Humanos, en particular a lo relacionado con los derechos a la privacidad e intimidad.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que la implementación de tecnologías basadas en IA en la Administración Pública, como una forma de hacer más eficiente su actividad de policía, sean *automáticamente* una violación a los Derechos Humanos. Consideramos que las medidas que la Administración adopte con el uso de estas tecnologías deben pasar previamente por el tamiz del test de proporcionalidad como una forma de garantizar que tales medidas no sean un exceso, extralimitación o abuso en el ejercicio del Poder Público.

El test de proporcionalidad implica someter una medida tomada por el Poder Público a tres “subexámenes” para determinar si tal medida no es excesiva, de manera que será necesario acreditar (i) la *idoneidad* de la medida para cumplir con el fin perseguido; (ii) la *necesidad*, en sentido de que la medida sea absolutamente indispensable para conseguir el fin perseguido y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido y (iii) la *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, que el sacrificio o intervención del derecho fundamental no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas o beneficios que se obtienen de tal restricción cumplimiento de la finalidad perseguida⁴⁹.

La concepción axiológica que subyace detrás de este examen es, precisamente, que “no debe haber ningún sacrificio o acortamiento de la libertad de carácter gratuito o innecesario”⁵⁰.

Supongamos, entonces, que la autoridad administrativa encargada de la seguridad nacional en un país pone en marcha un plan de seguridad que implica la instalación de cámaras en toda una ciudad, tales cámaras se encuentran enlazadas a un programa de IA de reconocimiento biométrico que sigue, identifica y guarda los datos de los millones de ciudadanos que habitan en la ciudad. La justificación que se da desde la autoridad para tal medida es hacer de la ciudad mucho más segura previniendo delitos o infracciones incluso antes de que se cometan y sancionar de manera automática las transgresiones que no puedan ser evitadas.

Se puede ver que una medida de este tipo puede llegar a afectar los derechos a la privacidad e intimidad de las personas, ya que se les somete a un seguimiento constante y los datos que están íntimamente ligados a ellos como lo son sus características biométricas están siendo recolectados sin su consentimiento y sin saber con exactitud para que se usaran, todo eso en aras de asegurar la seguridad de la población.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Jenkins vs. Argentina*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2019, párr. 76.

⁵⁰ Casal, *Los Derechos Fundamentales y sus restricciones*, 189.

Somos de la idea que para que tal afectación sea lícita, un tercero imparcial, es decir el Poder Judicial, debe someter tales medidas a los tres elementos del test de proporcionalidad y así establecer una posición en cuanto a: (i) si la medida es apta para alcanzar el fin perseguido, si no lo es entonces resulta superflua desde la perspectiva de la finalidad; (ii) si se considera que dicha medida es idónea pero que existen medios alternativos y menos gravosos para alcanzar el mismo fin, entonces resultara innecesaria y (iii) si satisfechos los dos requisitos anteriores, el objetivo que la medida es capaz de alcanzar posee una importancia menor a la del sacrificio sufrido por el derecho restringido, entonces no es estrictamente proporcional⁵¹.

Solamente si la medida hipotética que hemos planteado, o cualquier otra que se pueda considerar, “aprueba” satisfactoriamente los tres pasos del test de proporcionalidad, se podrá decir que la restricción a derechos como la privacidad e intimidad se encuentra justificada y en consecuencia la medida es lícita y se encuentra acorde con los Derechos Humanos.

2. El uso de la inteligencia artificial por parte de la Administración pública debe respetar la expectativa razonable de intimidad

Relacionado con la exigencia de proporcionalidad, tenemos también que el uso por parte de la Administración Pública de herramientas basadas en IA que impliquen el monitoreo de poblaciones y la recolección masiva de sus datos, debe necesariamente respetar lo que se conoce como “expectativa razonable de intimidad”, que en palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos se refiere a “una zona de protección garantizada en la que el individuo puede actuar basado en la confianza legítima de que no habrá inferencias del Estado o de terceros”⁵².

El derecho a la intimidad y privacidad es un Derecho Humano consagrado en numerosos tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos⁵³ y que, siguiendo al profesor Brewer Carías, entraña dos aspectos: uno negativo que comporta “el derecho de toda persona a un ámbito o reducto de lo propio o suyo, que está vedado a que otros penetren”⁵⁴ y uno positivo referido a “el derecho de controlar los datos

⁵¹ *Ídem*.

⁵² Corte Suprema de los Estados Unidos, *United States v. Katz*, párr. 389 U.S. 347 (1967)

⁵³ Artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁴ Allan Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el derecho a la vida privada y a la intimidad económica y a su protección”, en Rafael Nieto Navia (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994): 57.

referidos a la propia persona que han salido de la esfera privada para insertarse en los archivos públicos”⁵⁵.

Sobre ambos aspectos gravita la expectativa razonable de intimidad, por un lado, las personas esperan que la información que ellos han decidido mantener en privado se mantenga así y, por el otro, la posibilidad de controlar o incluso negarse a que la información que sobre su persona ha sido recopilada se conserve o reproduzca.

Sobre hasta dónde se extiende la expectativa razonable de intimidad, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que “los lugares en los que ocurren las actuaciones de las personas definen el mayor o menor grado de protección de la expectativa razonable de intimidad (...) pero esta nunca se anula”⁵⁶.

Es decir, no importa si el individuo se halla en un lugar público o privado este siempre gozará de la protección de su intimidad y vida privada. Si volvemos al caso hipotético que planteamos en el apartado anterior y suponemos que ha pasado el examen de proporcionalidad, entonces el plan de seguridad se ha puesto en marcha y ahora el Estado es capaz de recolectar y almacenar la información de cientos de personas a través de sus cámaras instaladas en espacios públicos.

Para formar una idea sobre si dicho plan de seguridad respeta el núcleo esencial de la expectativa razonable de intimidad, consideramos importante traer a colación lo que al respecto ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia:

El derecho a la intimidad está sustentado en cinco principios que aseguran la intimidad del individuo frente a la injerencia de los demás. Por un parte el principio de libertad. Según este, el *registro* o divulgación de los datos personales de una persona requiere de su consentimiento *libre, previo, expreso o tácito (...)* en segundo lugar, el principio de finalidad. Este implica que la *recopilación* y divulgación de los datos de una persona atienda a una finalidad constitucionalmente legítima. En tercer lugar, el principio de necesidad. De acuerdo con el cual la información personal que se tenga que divulgar debe tener una relación de conexión con la finalidad pretendida. En cuarto lugar, el principio de veracidad. Este exige que los datos personales correspondan con situaciones reales. Por último, el principio de integridad que ordena que la información que se divulga se presente de manera completa⁵⁷. (Destacado nuestro).

Precisamente, ante las recopilaciones de datos personalísimos como lo son la imagen personal y sus características biométricas, por parte de

⁵⁵ *Ibid.*, 58

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-280/22 del 08 de agosto de 2022, párr. 52-53.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 49.

las IA, es importante tener presente lo que al respecto ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

La imagen de una persona constituye uno de los principales atributos de su personalidad, ya que revela las características únicas de cada persona y las distingue de sus pares. El derecho a la protección de la propia imagen es, pues, uno de los componentes esenciales del desarrollo personal y presupone el *derecho a controlar el uso de esa imagen*. Si bien, en la mayoría de los casos el derecho a controlar dicho uso implica la posibilidad de un individuo rechace la publicación de su imagen, *también cubre el derecho del individuo a oponerse a la grabación conservación y reproducción de la imagen por parte de otra persona*⁵⁸. (Destacado nuestro).

Así las cosas, que la implementación de nuevas tecnologías recopile información que por regla general se capta en espacios públicos no implica que tales medidas respeten la expectativa razonable de intimidad, menos aun cuando estas tecnologías son capaces de recopilar información sin que ni siquiera nos demos cuenta de que lo están haciendo.

En el pasado, se pudo pensar que al dejar la información que se quería mantener privada en un lugar seguro, como el hogar, era más que suficiente para mantener tal información como privada. Pero ahora, en donde estas nuevas tecnologías recopilan nuestros datos de manera automática sin importar en donde nos encontremos, el mantener nuestras más preciadas características reservadas se vuelve una tarea titánica.

Por tanto y al igual que ocurre con el examen de proporcionalidad, consideramos que la determinación de si se vulnera o no la expectativa razonable de intimidad ante las funciones de policía administrativa que se ejercen con la ayuda de IA e implican el seguimiento de personas y la recolección de sus datos más personales, como rostro, voz o incluso forma de caminar, corresponde al Poder Judicial, quien deberá evaluar las características de cada caso concreto para determinar si tales medidas se corresponden con el ordenamiento constitucional e internacional de protección de Derechos Humanos.

3. El derecho al control humano

Teniendo presente que la integración de la IA en las funciones de policía administrativa supone una amenaza latente para los Derechos Humanos en los términos que hasta ahora hemos expuesto, consideramos que una forma de reducir al mínimo las posibles afectaciones a derechos como la privacidad, debido proceso y, en general, cualquier otro derecho

⁵⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reklos and Davourlis v. Greece*. Judgment, 15 de enero 2009, párr. 40.

fundamental es asegurar el derecho al control humano en todas las fases del ciclo de vida la IA.

El control humano ha sido una respuesta innovadora que tanto organizaciones privadas como investigadores en los campos del derecho y la tecnología han encontrado al vertiginoso crecimiento de la IA, podemos definirlo como:

La capacidad de que intervengan seres humanos durante el ciclo de diseño del sistema de inteligencia artificial y en el monitoreo de su funcionamiento, con el fin de evitar un impacto negativo en los derechos humanos y facilitar el cumplimiento de objetivos como seguridad, protección, transparencia, explicabilidad (sic), justicia, no discriminación y, en general, la promoción de valores humanos dentro de los sistemas de inteligencia artificial⁵⁹.

En tal sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha recomendado a todos aquellos actores que participen en el ciclo de vida la IA, incluidos actores privados, individuos y gobiernos, que para que la IA sea una herramienta de respeto al Estado de derecho, los Derechos Humanos y los principios democráticos, se deben “implementar mecanismos y salvaguardas, como la capacidad de determinación humana, que sean apropiados y consistentes”⁶⁰.

De igual manera, estudiosos del Derecho Administrativo han propuesto la existencia de una “reserva de humanidad” para referirse a que en esta particular rama jurídica, en donde sabemos que las decisiones a ser tomadas restringen en mayor o menor medida el ejercicio de derechos fundamentales, “la IA podrá hacerse servir como apoyo, pero la ponderación final que conduzca a la decisión debería ser humana”⁶¹.

De esta forma, para asegurar el control humano en las herramientas de IA que utilice la Administración Pública y así garantizar el respeto de los Derechos Humanos se propone establecer por vía legislativa una normativa que se inspire en los trece principios sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales aprobada por la Organización de Estados Americanos en el año 2021,⁶² los cuales son:

⁵⁹ Carolina Sánchez Vásquez y José Toro-Valencia, “El derecho al control humano: Una respuesta jurídica a la inteligencia artificial”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 10, núm. 2 (2021): 211-228. <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58745>

⁶⁰ OCDE, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, OECD/LEGAL/0449 (21 de mayo de 2019), en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449> (consultado el 25/9/2023)

⁶¹ Juli Ponce Solé, “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho administrativo*, núm. 50 (2019): 1-52.

⁶² Organización de Estados Americanos, *Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales*, Resolución AG/RES. 2974 (LI-O/21) (11 de noviembre de 2021), en

1. *Finalidades legítimas y lealtad*: Los datos personales deberían ser recopilados solamente para finalidades legítimas y por medios leales y legítimos.

2. *Transparencia y consentimiento*: Antes o en el momento en que se recopilen, se deberían especificar la identidad y datos de contacto del responsable de los datos, las finalidades específicas para las cuales se tratarán los datos personales, el fundamento jurídico que legitima su tratamiento, los destinatarios o categorías de destinatarios a los cuales los datos personales les serán comunicados, así como la información a ser transmitida y los derechos del titular en relación con los datos personales a ser recopilados.

3. *Pertinencia y necesidad*: Los datos personales deberían ser únicamente los que resulten adecuados, pertinentes, y limitados al mínimo necesario para las finalidades específicas de su recopilación y tratamiento ulterior.

4. *Tratamiento y conservación*: Los datos personales deberían ser tratados y conservados solamente de manera legítima no incompatible con las finalidades para las cuales se recopilaron. Su conservación no debería exceder del tiempo necesario para cumplir dichas finalidades.

5. *Confidencialidad*: Los datos personales no deberían divulgarse, ponerse a disposición de terceros, ni emplearse para otras finalidades que no sean aquellas para las cuales se recopilaron, excepto con el consentimiento de la persona en cuestión o bajo autoridad de la ley.

6. *Seguridad de los datos*: La confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales deberían ser protegidas mediante salvaguardias de seguridad técnicas, administrativas u organizacionales razonables y adecuadas contra tratamientos no autorizados o ilegítimos. Dichas salvaguardias deberían ser objeto de auditoría y actualización permanente.

7. *Exactitud*: Los datos personales deberían mantenerse exactos, completos y actualizados hasta donde sea necesario para las finalidades de su tratamiento, de tal manera que no se altere su veracidad.

8. *Acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad*: Se debería disponer de métodos razonables, ágiles, sencillos y eficaces para permitir que aquellas personas cuyos datos personales han sido recopilados puedan solicitar el acceso, rectificación y cancelación de sus datos, así como el derecho a oponerse a su tratamiento y, en lo aplicable, el derecho a la portabilidad de esos datos personales.

9. *Datos personales sensibles*: Los responsables de los datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad reforzadas que sean

acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los titulares de los datos.

10. *Responsabilidad*: Los responsables y encargados del tratamiento de datos deberían adoptar e implementar medidas técnicas y organizacionales que sean apropiadas y efectivas para asegurar y poder demostrar que el tratamiento se realiza en conformidad con estos principios.

11. *Flujo transfronterizo de datos y responsabilidad*: creación de mecanismos y procedimientos que aseguren que los responsables y encargados del tratamiento de datos que operen en más de una jurisdicción, o los transmitan a una jurisdicción distinta de la suya, puedan garantizar y ser efectivamente hechos responsables por el cumplimiento de estos principios.

12. *Excepciones*: Cualquier excepción a alguno de estos principios debería estar prevista de manera expresa y específica en la legislación nacional.

13. *Autoridades de protección de datos*: establecer órganos de supervisión independientes, dotados de recursos suficientes, para monitorear y promover la protección de datos personales de conformidad con estos principios.

Tal como se puede apreciar, en cada uno de estos postulados está presente el factor humano, por lo que con la implementación de una ley es posible garantizar que los datos que la Administración recopile a través de la IA sean tratados de manera independiente y segura, dándole oportunidad al ciudadano de auditar las bases de datos o solicitar su exclusión de los mismos.

4. Transparencia algorítmica

Por último, consideramos que un aspecto fundamental para una adecuada implementación de la inteligencia artificial en el sector público, y particularmente en la actividad de policía administrativa, es la transparencia algorítmica. Para ello, primero es necesario comprender que los algoritmos que pueden tener mayor relevancia en la Administración Pública son los algoritmos de aprendizaje automático, debido a que estos:

[C]onstituyen la base para el desarrollo de una tecnología idónea para automatizar procesos más sofisticados que el enfoque clásico de programación, pues supone acceder a reglas más potentes y flexibles, que se van ajustando automáticamente al entorno a medida que los datos de la muestra van evolucionando y reconociendo variaciones en función de muchísimos factores⁶³.

⁶³ Carlos Araya Paz, "Transparencia algorítmica ¿un problema normativo o tecnológico?", *Revista Cuhso de la Universidad Católica de Temuco*, vol. 31, núm. 2 (2021): 1.

Es dentro de estos algoritmos que el concepto de transparencia viene a tomar relevancia como un mecanismo que permita a los ciudadanos conocer las bases que fundamentan el proceso de toma de decisiones en una determinada organización. Lo que ha llevado a la generación de varias iniciativas en lo que respecta al uso de estos algoritmos, a modo de ejemplo destacamos el proyecto:

Algorithmic Accountability Act. El objetivo del proyecto de ley era obligar a las grandes empresas a analizar de forma periódica sus algoritmos y reparar aquellos que generen decisiones discriminatorias, injustas, sesgadas o imprecisas...⁶⁴

En ese sentido, la transparencia algorítmica aparece para generar mayor confianza en los usuarios, permitiendo que estos puedan controlar el funcionamiento adecuado de la organización y que en caso de afectar un derecho se puedan establecer de forma eficiente las responsabilidades.

Con la transparencia algorítmica podemos ver como se satisface un derecho identificado por la doctrina como “el derecho a la explicación”, según el cual todas las entidades –públicas o privadas– que administren datos personales deben hacerlo de forma leal y transparente, para lo cual los ciudadanos deben contar con acceso a “información significativa sobre la lógica aplicada en determinados sistemas automatizados de adopción de decisiones”⁶⁵. Ahora bien, ¿Cuándo el ciudadano tiene derecho a la explicación?

Pues cuando la decisión automatizada afecte la esfera jurídica de los particulares, es decir, cuando se afecten o se comprometan los derechos fundamentales, lo que puede ocurrir con:

[L]a cancelación de un contrato; la denegación de una prestación concedida por ley; la denegación automática de una solicitud de crédito en línea; decisiones que afecten el acceso de una persona a servicios sanitarios; decisiones que denieguen una oportunidad laboral a una persona o la sitúen en una posición de gran desventaja; decisiones que afecten el acceso de una persona a la educación; y decisiones que provoquen diferencias de precios sobre la base de datos o características personales; entre otros casos⁶⁶.

De esta forma el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de la Unión Europea ha identificado un conjunto de principios rectores que deben guiar a los funcionarios públicos en la aplicación de la inteligencia artificial, entre ellos destacan⁶⁷:

⁶⁴ *Ibid.*, 11.

⁶⁵ *Ibid.*, 13.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁷ Evelyn Téllez Carvajal, “Derechos humanos, ética y transparencia algorítmica”, *Ius et scientia*, vol. 7, núm. 1 (2021): 370-386. <https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA>.

El principio de explicabilidad. Significa que los procesos han de ser transparentes, que es preciso comunicar abiertamente las capacidades y la finalidad de los sistemas de IA y que las decisiones deben poder explicarse –en la medida de lo posible– a las partes que se vean afectadas por ellas de manera directa o indirecta.

(Omissis)

El principio de equidad. El desarrollo, despliegue y utilización de sistemas de IA debe ser equitativo.

(Omissis)

El principio de diversidad y no discriminación. Para hacer realidad la IA fiable, es preciso garantizar la inclusión y la diversidad a lo largo de todo el ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial. Además de tener en cuenta a todos los afectados y garantizar su participación en todo el proceso, también es necesario garantizar la igualdad de acceso mediante procesos de diseño inclusivos, sin olvidar la igualdad de trato. Este requisito está estrechamente relacionado con el principio de equidad.

Por último, queremos advertir que en la actualidad el sector público en general no tiene capacidad para construir y esquematizar su propio sistema de inteligencia artificial, esto lleva a que la Administración Pública deba contratar con privados para implementar estos sistemas, así lo ha reconocido la doctrina especializada al sostener:

[L]as entidades públicas no *inventan* sus propios sistemas de IA sino que, en todo caso, se apoyan en empresas que les suministran las herramientas necesarias. A partir de este punto, debemos observar la regulación de la contratación pública en conexión con la adquisición o suministro de IA⁶⁸.

Lo cual permite afirmar que la transparencia en la implementación de la inteligencia artificial no solo se debe extender al momento de su aplicación (*ex post*), sino que también se debe emplear al momento de realizarse licitaciones para contratar dichos servicios (*ex ante*). Esto es cónsono con las directrices que guían las contrataciones públicas, como se encuentra establecido en la Ley de Contrataciones Públicas de Venezuela donde se dispone:

Artículo 2. Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y fuerza de ley se desarrollarán respetando los principios de economía, planificación, *transparencia*, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y simplificación de trámites; y deberán promover la

⁶⁸ Gabriele Vestri, “La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56 (2021): 368-398.

participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción⁶⁹. (Destacado nuestro).

VI. Conclusiones

1. El derecho a la buena administración es un componente esencial para tener un Derecho Administrativo para la libertad y en ese sentido condicionar las diversas actividades que realiza la Administración Pública.
2. La aplicación de la IA permite satisfacer las ilimitadas demandas de los ciudadanos, pero a su vez representa un riesgo para los Derechos Humanos cuando el Estado la aplica para vigilar y controlar a las sociedades.
3. La forma de evitar que la IA aplicada a la actividad de policía administrativa viole los Derechos Humanos es a través de la aplicación del test de proporcionalidad, que constituye un principio general en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y un fundamento del Derecho Administrativo.
4. Los Estados deben guiarse en su labor de policía administrativa por el test de expectativa razonable de privacidad para que los ciudadanos puedan mantener inalterado su Derecho Humano a la intimidad.
5. Para evitar desviaciones en la aplicación de la IA los humanos deben mantener el control en su aplicación, de esta forma se evitaría que a través de los datos la IA pueda tomar decisiones discriminatorias.
6. En el marco de una gobernanza democrática deben crearse instrumentos que permitan la transparencia algorítmica ante decisiones que afecten o puedan afectar intereses legítimos de los particulares.

⁶⁹ Ley de Contrataciones Públicas (Gaceta Oficial No. 6154, extraordinario, 19/11/2014).

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL ¿ES POSIBLE EN VENEZUELA?

Daniel Alejandro León *

I. Introducción

La inteligencia artificial (en adelante IA) se encuentra en auge y su uso no escapa de la realidad del sector público. La implementación de la IA en la Administración Pública –como veremos en el desarrollo de este trabajo– ha traído beneficios no sólo para la Administración sino también para los ciudadanos. La introducción de las distintas tecnologías de IA dentro del sector público ha originado diferentes reformas y elaboración de leyes en los países donde se ha aplicado, para poder regular procedimientos y trámites y aprovechar sus beneficios, dando paso a lo que se conoce como Administración digital. De esta forma encontramos, por ejemplo, que la Unión Europea se encuentra en la elaboración de una Ley de IA por medio de la cual se planea regular su uso en los ámbitos de la vida humana, reconociendo que ya esta tecnología forma parte del día a día de las personas y previniendo las aplicaciones y usos negativos que se le pudiesen dar a la misma¹.

En este año 2023, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana cumple 43 años de vigencia, sin recibir ninguna reforma, quedándose atrás en el tiempo en relación al surgimiento de los medios electrónicos y mucho más con relación a la IA. Por ello cabe preguntarse ¿es posible hablar de procedimientos administrativos con IA en Venezuela?

Para responder la anterior pregunta, en este trabajo se realizarán definiciones necesarias para comprender los términos sobre los cuales se trabajará. Luego de ello, se analizará la experiencia de España, Chile y Uruguay, países en los que ya se ha implementado el procedimiento administrativo electrónico y que poseen un desarrollo legal distinto, lo cual servirá como base para analizar la posibilidad de la implementación de estas nuevas tecnologías en el caso venezolano. Por último, se revisará la legislación venezolana con miras a determinar qué tan posible es aplicar

* Este trabajo obtuvo el segundo lugar del Concurso de Artículos Jurídicos para Jóvenes, primera edición, 2023.

¹ Noticias Parlamento Europeo, *Ley de IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial*, en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20230601ST093804/ley-de-ia-de-la-ue-primer-normativa-sobre-inteligencia-artificial> (consultado el 30/9/2023)

el procedimiento administrativo con IA tomando como base la legislación vigente. Además, se mencionarán algunas particularidades y problemas del contexto venezolano, así como sus posibles soluciones, para concluir si es posible o no implementar la IA dentro del procedimiento administrativo venezolano.

La IA ha traído beneficios, sin embargo, no todos los países están preparados para su implementación, aunque con ello no se pretende decir de entrada que no se debe hacer uso de ella en el sector público, al contrario, se reconoce la necesidad de aplicar a la IA dentro de él, pero para ello, se deberá analizar la realidad del país que planee introducirla, y en nuestro caso, se hará ese análisis en este trabajo.

II. Entendiendo el significado de administración pública, inteligencia artificial y procedimiento administrativo

Antes de abordar el tema principal de este trabajo, consideramos necesario analizar, desarrollar y delimitar los términos sobre los cuales se construirá todo este artículo, y en este sentido, se explicará lo que entendemos por Administración Pública, la IA y el procedimiento administrativo.

1. Administración Pública

En primer lugar, se delimitará el concepto de Administración Pública, el cual ha variado según la época y el país del que se trate. Por ello, se presentará un breve análisis de las distintas acepciones de Administración Pública, y una vez entendida cada una, se explicará el concepto que se utilizará en este trabajo.

Así pues, indicamos que se pueden identificar al menos dos acepciones del término “Administración Pública”, la primera planteada por Peña Solís y referida a la “realización de una acción para el logro de uno o varios asuntos”², es decir, a la actividad; y la segunda, expuesta por Lares Martínez y relacionada con el “conjunto de entes u órganos ordinariamente encargados de ejercer la expresada actividad o función”³. En tal sentido, tenemos que, en el primero se entiende a la Administración Pública en un sentido objetivo o funcional –como una tarea o función del Estado–; mientras en la otra, se asume a la Administración pública en un sentido subjetivo u orgánico, como un sujeto. En este orden de ideas, conviene explicar ambas acepciones.

² José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, edición en Kindle (Caracas: Cidep, 2021): 33.

³ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, XIII edición (Caracas: Sucesión Lares Martínez y Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2008): 23.

A. Criterio orgánico

Tal como lo señala Peña Solís⁴, desde mediados del siglo XIX había un consenso entre los tratadistas del Derecho Administrativo en estudiar a la Administración Pública como un sujeto, como parte del poder ejecutivo. De igual forma, el profesor Brewer-Carías al explicar a la Administración Pública en un sentido orgánico y su concepción en el siglo XIX, comenta que se definía como un conjunto de órganos que integran y ejercen el poder ejecutivo⁵, entendiendo que dicha definición tradicionalmente redujo el estudio de la Administración Pública únicamente al poder ejecutivo⁶.

De acuerdo con Brewer-Carías la Administración Pública se divide en Administración Pública Central y Administración Pública Descentralizada. En la Administración central se encuentran las personas jurídicas político-territoriales que derivan de la forma federal del Estado que ejerzan el poder ejecutivo; a estos se les denomina en el lenguaje jurídico común “poder ejecutivo”. Es así como encontramos a la presidencia y ministerios a nivel nacional denominado “ejecutivo nacional”; las gobernaciones de los estados denominado “ejecutivo estatal” y las alcaldías municipales denominadas “ejecutivo municipal”⁷. En la Administración descentralizada se encuentran los órganos que actúan adscritos y bajo el control de tutela de los órganos que ejercen el poder ejecutivo, sea que se hayan constituido mediante ley con forma jurídica de derecho público –como los institutos autónomos o públicos– o con forma jurídica de derecho privado –como las empresas del Estado–⁸.

La crítica al criterio orgánico fue propuesta por el positivismo jurídico –cuyos autores se mencionarán en el apartado siguiente– a finales del siglo XIX, sosteniendo que se debía cambiar el enfoque del estudio de los poderes del Estado al estudio de sus funciones⁹ ya que el poder ejecutivo realizaba funciones similares a las de otros poderes. Así pues, la Administración Pública dictaba normas al igual que el parlamento (aunque de rango distinto) y también resolvía conflictos de intereses al igual que los órganos jurisdiccionales¹⁰.

⁴ Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, 50

⁵ Allan, R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho Público en Iberoamérica, La Administración pública*, vol. II, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2023): 14

⁶ *Ibidem*, 15

⁷ *Ibidem*, 14

⁸ *Ibidem*

⁹ Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, 51

¹⁰ *Ibidem*

B. Criterio funcional

A raíz de las críticas al criterio orgánico sobre la Administración Pública, surge el criterio funcional en el último tercio del siglo XIX. Esta corriente planteó la necesidad de estudiar a la Administración como función en abstracto¹¹, lo cual trajo como consecuencia que se sostuviese que la función administrativa no sería un monopolio del poder ejecutivo, sino que dicha función sería realizada también por el parlamento o el poder judicial.

Doctrinaria y didácticamente, se pueden agrupar en distintas corrientes de pensamiento jurídico en el siglo XIX, siendo las más importantes las escuelas de Viena, Francia e Italia¹². Entre los máximos partidarios de la corriente positivista se encontraban juristas muy reconocidos tales como Hans Kelsen y Adolf Merkl (escuela de Viena); Leon Duguit y Maurice Hauriou (escuela francesa); Guido Zanobini, Vittorio Orlando y Santi Romano (escuela de Italia)¹³.

Por un lado, de acuerdo con Merkl (exponente de la escuela de Viena), la Administración Pública es entendida como “la actividad ejecutiva condicionada por instrucciones mediante las cuales se interpreta la ley”¹⁴. Esta definición de Administración Pública también fue criticada; según Moles Caubet porque termina soslayando importantes actuaciones de la Administración, tales como los servicios públicos y las empresas públicas, reduciendo, sin duda, el objeto de la Administración¹⁵.

Por su parte, la escuela francesa define a la Administración Pública como la “actividad estatal destinada a lograr el funcionamiento de los servicios públicos”¹⁶, es decir, el servicio público vendría a ser la obra que la Administración Pública debe realizar, y el poder público su medio de realización¹⁷. Tal concepción de Administración Pública estuvo vigente por casi 50 años en Francia, sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, esta cayó en desuso. Se le criticó fuertemente por reducir a la Administración Pública a mero servicio público, pues tal como sostiene Moles Caubet “todo servicio público es administración, no toda la administración es servicio público”.¹⁸

¹¹ *Ibidem*

¹² *Ibidem*, 52

¹³ *Ibidem*, 53-62

¹⁴ Adolf Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 1ra ed. (Argentina: Ediciones Olejnik, 2018): 17-111

¹⁵ Antonio Moles Caubet, “Lecciones de Derecho Administrativo –Parte General–”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 84 (1992): 114

¹⁶ Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, 60

¹⁷ Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 30

¹⁸ Moles Caubet, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 121

Por otro lado, la escuela italiana sostuvo que la Administración Pública “era la actividad realizada para la consecución de los fines del Estado, o para el logro de los intereses públicos o colectivos”¹⁹. Esta definición de la Administración fue criticada por el italiano Severo Giannini al explicar que esta actividad no es solamente realizada por la Administración, sino que también es realizada por el Poder Legislativo y el Poder Judicial.²⁰

C. Situación actual

Actualmente, los criterios funcional y orgánico por sí solos resultan insuficientes para delimitar la Administración Pública y distinguir las actividades que ella realiza de las otras ramas del poder público, y es que, el criterio orgánico desconoce que existen otros órganos y entes públicos que no son poder ejecutivo en sentido estricto y que desempeñan funciones similares a este, mientras que el criterio funcional planteado por las escuelas de Viena, Francia e Italia terminaban siendo visiones reduccionistas que no llegaban a abarcar la totalidad de las actividades que desarrolla la Administración Pública –recordemos que la escuela de Viena entendía a la Administración Pública como un órgano que se encargaba solamente de la ejecución de la Ley, dejando por fuera la actividad prestacional de la misma, mientras que la escuela francesa pretendía reducir a la Administración a la prestación de los servicios públicos–.

Así las cosas, se entiende –tal como señala Lares Martínez– que la Administración Pública debe ser relacionada con ambos criterios (orgánico y funcional), pero atendiendo a la importancia de la función administrativa²¹ ya que esta nos permitirá diferenciar, por ejemplo, cuándo la actividad que ejecuta el poder judicial es función administrativa y cuándo es función jurisdiccional, de allí que resulte importante referirnos al concepto de función administrativa.

Para ello citaremos al jurista argentino Gordillo, quien realiza un profundo análisis sobre las funciones del Estado en su obra “Tratado de Derecho Administrativo” y estudia la teoría de la separación de poderes de Montesquieu²² en donde se divide el poder estatal en 3 poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). De este modo, resalta la importancia de comprender que la división de poderes no significa que cada uno de estos sean soberanos en su esfera (es decir, una división solamente de órganos donde cada uno administra, juzga y legisla únicamente dentro de la esfera de su actividad), sino que esta división se debe ver como una división de

¹⁹ Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, 61

²⁰ *Ibidem*

²¹ Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 35

²² Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, tomo 8 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013): 85

funciones además de una división de órganos,²³ por lo cual, esta separación de funciones atribuidas a cada órgano diferenciado, se ha de realizar de forma imperfecta²⁴.

De esta manera, el nombramiento, la dirección y remoción de los empleados del poder legislativo; o la adquisición de material, edición de los diarios de sesiones de este mismo poder; o cuando el poder judicial hace lo propio con sus empleados; o cuando adquiere, compra libros, papel, tinta; los actos que en esos casos realizan serían orgánicamente (en razón del órgano que los dicta) legislativos o judiciales, pero materialmente (sustancialmente, en razón de su esencia propia) son administrativos, es decir, los órganos del poder judicial y legislativo pueden ejercer la función administrativa.²⁵

Gordillo concluye definiendo a la función administrativa del siguiente modo: “es toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos, respectivamente, los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales”²⁶.

Del mismo modo, el catedrático español, Parada Vázquez, explica a la función administrativa, como las actividades accesorias que realizan los órganos legislativos y judiciales, y no la función específica que les ha sido atribuida por la Constitución, pero que es absolutamente necesaria para la realización de sus cometidos constitucionales, las cuales se regirán por el Derecho Administrativo, pues afirma:

Mayores dificultades se han producido para configurar como Administración Pública a las organizaciones burocráticas que sirven de soporte logístico a los poderes públicos distintos de los gobiernos de las administraciones territoriales, como son las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado), los Parlamentos autonómicos, el Tribunal Constitucional, la Corona, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas. Evidentemente, la función específica que constituye la razón de ser de esos poderes públicos no se rige por el Derecho administrativo, sino por reglas del Derecho constitucional o parlamentario por las normas orgánicas propias de cada uno de dichos poderes, pues en ellos, el Estado no actúa normalmente como Administración Pública –esto es, como sujeto de Derecho–, sino como creador de Derecho o garante del mismo. Sin embargo, el Estado se manifiesta también a través de esos poderes públicos como sujeto de Derecho –esto es, como Administración Pública– cuando dichas instituciones desarrollan una actividad materialmente administrativa, ya sea celebrando contratos instrumentales, administrando su patrimonio o gestionando su personal de

²³ *Ibidem*, 86

²⁴ *Ibidem*

²⁵ *Ibidem*

²⁶ *Ibidem*, 99

apoyo. Toda esta actividad accesoria, que no constituye propiamente la función específica que les ha sido atribuida por la Constitución, pero que es absolutamente necesaria para la realización de sus cometidos constitucionales, se rige por el Derecho administrativo²⁷.

Así las cosas, entendemos que la Administración Pública es el conjunto de órganos y entes que forman parte del poder ejecutivo –nacional, estatal y municipal– quienes ejercen función administrativa, pero, que la función administrativa no se limita sólo al poder ejecutivo, sino que, conforme a lo desarrollado por Parada Vázquez y Gordillo –y haciendo especial énfasis a la definición de “función administrativa” de este último–, entenderemos que, los otros órganos que integran el poder público en Venezuela –legislativo, judicial, ciudadano y electoral–²⁸ también ejercen función administrativa, excluyendo de este concepto, los hechos y actos que materialmente pertenezcan a los mencionados órganos, es decir, esas actividades accesorias de las que habla Parada Vázquez, y que son absolutamente necesarias para la realización de los fines que la Constitución les otorgan.

2. Procedimiento administrativo

En segundo lugar, se abordará el concepto de procedimiento administrativo y los tipos de procedimientos sobre los cuales trabajaremos en el presente artículo. Comencemos por definir “procedimiento administrativo”, que según Lares Martínez es:

El conjunto de actos preparatorios o de trámite que preceden al acto administrativo decisorio, y asimismo, los trámites y diligencias posteriores a este, constituyen los procedimientos administrativos (...). Esos procedimientos comprenden, pues, la cadena de resoluciones de carácter previo que han de ser dictadas por los órganos de la Administración y que conducen a la emisión de actos administrativos, las formalidades complementarias de esos actos, o sea, su *notificación* a los interesados o su *publicación*, e igualmente, las decisiones dictadas por las autoridades administrativas, de oficio o a instancia de parte interesada, mediante las cuales se convalida un acto anulable, se reconoce la nulidad absoluta de un acto, o se corrige, revoca, modifica o confirma un acto administrativo anterior²⁹.

Similar, aunque de forma más resumida, lo define Severo Giannini, al decir que el procedimiento administrativo “es una serie de actos de autoridad administrativa, coligado entre sí y tendientes a una única finalidad”³⁰. Asimismo, encontramos la definición que nos da Gordillo, según el

²⁷ Ramón Parada Vázquez, *Concepto y fuentes del derecho administrativo*, II edición (Madrid: Marcial Pons, 2012): 16-17.

²⁸ Brewer-Carías, *Tratado de derecho administrativo: la Administración pública*, 35

²⁹ Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 617-618

³⁰ Citado por Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 617

cual, para quien el procedimiento administrativo es “la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa”³¹. Explica el mismo autor que el procedimiento administrativo estudia la participación y defensa del interesado (ya sea un particular, funcionario o autoridad pública) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa y su tramitación; y también, estudia la defensa de los interesados y la impugnación de los actos y procedimientos administrativos (a través de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas)³².

En la legislación de algunos países latinoamericanos podemos encontrar la definición del procedimiento administrativo, que no difiere mucho de lo que ya hemos señalado en párrafos anteriores, así pues, tenemos que la Ley N° 19880 de Chile³³, en su artículo 18, define al procedimiento administrativo como una “sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”. De igual forma, conseguimos que en la legislación peruana la Ley N° 27444³⁴ define al procedimiento administrativo como “un conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”.

En suma, podemos definir entonces al procedimiento administrativo como el conjunto de actos jurídicos (los llamados “actos preparatorios” o “actos de trámite” en la definición de Lares Martínez), ordenados y vinculados entre sí, que están destinados a la producción de una decisión administrativa (el cual es el llamado “acto administrativo principal” o “acto administrativo definitivo”).

La materia de procedimientos administrativos en Venezuela se encuentra regulada en un conjunto de leyes, estas son: la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (en adelante LOPA)³⁵; la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos (en adelante LSTA)³⁶; la Ley Orgánica de la Administración Pública (en adelante LOAP)³⁷; y demás leyes que establezcan procedimientos especiales. También hay varios tipos de

³¹ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 458

³² *Ibidem*

³³ Ley N° 19.880 (Diario Oficial de la República de Chile de 29/5/2003)

³⁴ Ley N° 27.444 (Diario Oficial El Peruano de 11/4/2001)

³⁵ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Gaceta Oficial núm. 2.818 extraordinario de 1/7/1981)

³⁶ Ley de Simplificación de Trámites Administrativos (Gaceta Oficial núm. 40.549 de 26/11/2014)

³⁷ Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial núm. 6.147 del extraordinario de 17/11/2014)

procedimientos administrativos, tenemos el procedimiento ordinario³⁸, el procedimiento sumario³⁹, el procedimiento simple⁴⁰, los procedimientos especiales⁴¹ y los procedimientos de impugnación⁴².

El procedimiento ordinario es el procedimiento que se sigue cuando no está previsto otro procedimiento expresamente en la ley⁴³, es decir, es el que constituye la regla y dejará de regir cuando existan procedimientos establecidos en leyes especiales los cuales se aplicarán preferentemente en las materias que constituyan la especialidad⁴⁴. Su regulación se encuentra entre los artículos 47 y 66 de la LOPA.

Por su parte, el procedimiento administrativo sumario se tramita cuando la Administración lo estima necesario, es decir, conforme al artículo 67 de la LOPA su inicio es siempre de oficio, no procede en aquellos casos donde haya instancia de parte, ya que en estos casos se deberá seguir el procedimiento ordinario. Se caracteriza por su brevedad (30 días para ser resuelto)⁴⁵, sólo se lleva a cabo en casos de urgencia o asuntos de fácil resolución. Su regulación se encuentra entre los artículos 67 y 69 de la LOPA.

En otro orden, el procedimiento administrativo simple es el que se sigue para resolver todas las peticiones de los particulares que no requieran sustanciación⁴⁶. Su regulación se encuentra en el artículo 5 de la LOPA. Además, los procedimientos especiales son todos aquellos procedimientos administrativos previstos en leyes especiales o aquellos procedimientos especiales que se encuentren en la propia LOPA. Como lo explica Brewer-Carías, con base al artículo 47 de la LOPA, estos procedimientos especiales se basan en el principio de especialidad y de supletoriedad; el primero se refiere a que los procedimientos especiales se aplicarán al caso concreto que constituya su especialidad; mientras que el segundo supone que se aplicará el régimen general de la LOPA cuando no exista un procedimiento administrativo especial⁴⁷.

Por último, los procedimientos administrativos de impugnación son todos aquellos mediante los cuales se regulan los recursos contra los actos administrativos⁴⁸. Lares Martínez define a los recursos administrativos como “la impugnación de un acto administrativo por ante un órgano

³⁸ Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho Público en Iberoamérica, El procedimiento administrativo*, vol. IV, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2023): 601

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ *Ibidem*

⁴² *Ibidem*, 601-602

⁴³ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, artículo 47

⁴⁴ Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 620

⁴⁵ *Ibidem*, 621

⁴⁶ Brewer-Carías, *Tratado de derecho administrativo: el procedimiento administrativo*, 615

⁴⁷ *Ibidem*, 731

⁴⁸ *Ibidem*, 601-602

de la Administración que puede ser el propio autor del acto o su superior jerárquico”⁴⁹. Se encuentran regulados entre los artículos 85 y 99 de la LOPA.

Ahora bien, para el presente artículo estaremos trabajando con el procedimiento administrativo ordinario, para determinar la posibilidad o no de la utilización de la IA en cada una de sus fases (cuestión que desarrollaremos posteriormente).

3. Inteligencia artificial

En tercer lugar, se delimitará el concepto de IA, el cual varía conforme a aquello que se quiera abarcar como IA y al tiempo en el que se trate. Del mismo modo vamos a definir otros conceptos tales como *Machine Learning*, *Knowledge Discovery in Data bases*, árboles de decisiones y *Big Data*, que serán necesarios entender para poder abordar cada uno de los campos de la IA y evaluar su aplicabilidad en los procedimientos administrativos.

Es necesario utilizar una definición de IA lo suficientemente amplia para que pueda abarcar cada detalle de lo que queremos abordar; de esta manera, los profesores Díaz-Díaz y González Cabanes definen a la IA como “una disciplina que intenta replicar y desarrollar la inteligencia natural, de humanos y seres vivos, a través de computadoras o máquinas”.⁵⁰ Por su parte, Matheus Hidalgo entiende por IA aquella que “persigue emular las facultades intelectuales humanas en máquinas para que estas puedan realizar tareas propias de los seres humanos”⁵¹.

De igual modo, Petteri Rouhiainen define la IA como “la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano”⁵² y compara a los humanos con las máquinas, sosteniendo que los dispositivos basados en IA no requieren descansar y pueden analizar grandes volúmenes de información a la vez, y la proporción de errores es muchísimo menor en las máquinas que en los humanos en las mismas tareas que puedan hacer⁵³.

La IA puede abarcar diversos campos, algunos de ellos son el *Computer Vision* (cuando se centra en la habilidad de ver); el llamado

⁴⁹ Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 623

⁵⁰ Francisco González Cabanes y Norberto Díaz-Díaz, “¿Qué es la Inteligencia Artificial?”, en Eduardo Gamero Casado (dir.), *Inteligencia Artificial y sector público* (Valencia: Tirant lo blanch, 2023): 40

⁵¹ Mayerlin Matheus Hidalgo, “Inteligencia artificial: Problemas y reflexiones para el Derecho Administrativo”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, núm. 20 (2021): 11

⁵² Lasse Petteri Rouhiainen, *Inteligencia Artificial, 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*, (Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2018): 17

⁵³ *Ibidem*

Procesamiento del Lenguaje Natural (en adelante PLN), que se centra en la habilidad del lenguaje en texto; el *Speech*, centrado en la habilidad del lenguaje hablado; y la robótica, cuando se trata de emular movimientos y desplazamientos⁵⁴.

Hoy día la IA está tan normalizada que incluso pasa desapercibida, al punto de que no nos damos cuenta que hacemos uso de ella. Así pues, las tareas automatizadas realizadas por computadoras son también IA, como por ejemplo el filtro del spam de los correos electrónicos, que decide qué correo es *spam* y cuál correo no lo es y debe estar en nuestra bandeja principal⁵⁵. Similar en cuanto a la automatización, aunque un poco más complejo respecto al uso de la IA, es la protección contra amenazas de seguridad cibernética que es muy funcional en los bancos y sistemas que envían y reciben pagos⁵⁶. Y así, podemos ubicar un sin fin de ejemplos de usos de la IA en la cotidianidad.

Ahora que entendemos qué es la IA, pasamos a definir qué es el *Machine Learning* (en adelante ML). El ML es el área de estudio dentro de la IA que hará el trabajo de emular en las máquinas la capacidad que tenemos de aprender los seres humanos⁵⁷, en consecuencia, el ML se dedica a aprender de los patrones de datos. Podemos observar el ML, por ejemplo, en los autocompletados de los navegadores webs, traducciones automáticas, detección de fraudes bancarios, detección de posibles riesgos de fraudes por parte de los contribuyentes, asistentes virtuales, etc.

La funcionabilidad del ML se observa más claramente en el llamado *Knowledge Discovery in Data bases* (en adelante KDD). Este es el proceso global de búsqueda de nuevo conocimiento a partir de un conjunto de datos. Este proceso comprende diversas etapas y van desde la obtención de datos hasta la aplicación del conocimiento adquirido⁵⁸. El proceso del KDD se observa, por ejemplo, cuando se etiqueta un correo como *spam* y más adelante ese correo en otras bandejas de entrada será catalogado como *spam*. Posteriormente, el KDD será importante en nuestro artículo cuando toquemos el tema de los *chatbots* y el cómo estos pueden ayudar en el procedimiento administrativo.

Del KDD se derivan varios tipos de ML entre los que se encuentran el aprendizaje supervisado, no supervisado, y reforzado⁵⁹. El aprendizaje supervisado es cuando los algoritmos usan datos que ya se han etiquetado u organizado anteriormente indicando cómo tendría que ser categorizada la nueva información⁶⁰. Un ejemplo de esto podría ser el

⁵⁴ Díaz-Díaz y González Cabanes, *¿Qué es la Inteligencia Artificial?*, 40

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ Petteri Rouhiainen, *Inteligencia Artificial*, 18

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ Díaz-Díaz y González Cabanes, *¿Qué es la Inteligencia Artificial?*, 47

⁵⁹ Petteri Rouhiainen, *Inteligencia Artificial*, 20

⁶⁰ *Ibidem*, 21

etiquetado de spam; o el decirle a la IA quien es A o B en una foto de Google, y más adelante la propia IA va a etiquetar como A o B a la persona que salga en una foto.

El aprendizaje no supervisado es cuando los algoritmos no usan ningún dato etiquetado u organizado previamente, por lo cual tendrían que encontrar la forma de clasificarla ellos mismos⁶¹. En el aprendizaje reforzado, los algoritmos aprenden de la experiencia⁶², es decir; a través del ensayo-error. Después de cada ensayo se le otorga una recompensa o penalización al sistema y de esta forma aprende y refuerza las acciones que le llevaron a la recompensa⁶³. De esta manera, el agente sabrá qué hacer en una situación determinada. Un ejemplo de esto es en el control de calidad en las líneas de producción, donde el descarte de lo que producen les ayuda a entender qué acción es la que deben reforzar y qué es aquello que deben desechar⁶⁴.

El tipo de aprendizaje del ML también lo podemos clasificar en clásicos (desarrollados antes del 2000) o modernos (desarrollados después del 2000). En nuestro trabajo haremos referencia al algoritmo clásico de aprendizaje de los árboles de decisión. El árbol de decisión es un modelo de clasificación que sirve para concatenar decisiones⁶⁵ y con ello poder tomar una decisión en específico con base a determinada regla. Si, por ejemplo, A tiene B, entonces no puede ser AC sino AB; o si un sujeto realiza algo para el cual el sistema tiene en su programación qué es correcto o no, al hacerlo de forma incorrecta (ya sea saltándose un paso, omitiendo un dato, etc.), el sistema de forma automática marcará como incorrecto lo realizado (o no procesa la información, o cualquier orden que tenga el algoritmo), ocasionando que la persona deba ejecutar la acción nuevamente, pero de forma correcta.

Ya entendido lo que es el KDD, ML y sus clasificaciones, definiremos a la *Big Data*. Ésta hace referencia a conjuntos de datos tan grandes y complejos que se precisan de aplicaciones informáticas no tradicionales para su adecuado procesamiento⁶⁶. Este conjunto de datos crece de manera exponencial con el tiempo lo que los hace más complicados de manejar. Ejemplo de aplicaciones que funcionan para el enorme manejo de datos son MySQL u Oracle⁶⁷, ambas se manejan como un sistema gestor de base

⁶¹ *Ibidem*

⁶² *Ibidem*

⁶³ Díaz-Díaz y González Cabanes, *¿Qué es la Inteligencia Artificial?*, 49

⁶⁴ *Ibidem*, 50

⁶⁵ Díaz-Díaz y González Cabanes, *¿Qué es la Inteligencia Artificial?*, 51

⁶⁶ *Ibidem*, 42

⁶⁷ MySQL y Oracle son *software* utilizados para crear y administrar bases de datos

de datos (en adelante SGBD), y con ello se encargan de crear bases de datos, gestionar registros, realizar acciones o recuperar datos⁶⁸.

La *Big Data* se caracteriza por el concepto de las 3 V's introducido por Doug Laney⁶⁹, que son: volumen, referido al tratamiento de grandes volúmenes de datos; variedad, referido a la heterogeneidad de dichos datos; y velocidad, por la rapidez con la que dichos datos se generan y procesan. Así pues, se puede observar que el mundo de la IA es amplio y complejo, y que día a día va evolucionando. Más adelante, cuando abordemos los posibles problemas que se pueden generar a la hora de aplicar la IA a los procedimientos administrativos, veremos que esta velocidad de evolución puede ser un problema para su regulación legal.

4. Procedimiento administrativo con inteligencia artificial

Definidos como han sido, por una parte, el procedimiento administrativo y por la otra, la IA, es necesario explicar lo que entendemos por uso de la IA dentro del procedimiento administrativo. Está claro, con base a las definiciones que se han dado, que para la existencia y funcionamiento de la IA se requiere del uso de los medios electrónicos que según el diccionario panhispánico del español jurídico se definen como “los mecanismos, instalaciones, equipos o sistemas que permitan producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones, incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como internet, telefonía fija y móvil u otras”⁷⁰.

Al introducir los medios electrónicos al procedimiento administrativo surge la expresión “procedimiento administrativo electrónico”⁷¹. Ahora bien, como observaremos más adelante, el manejo de los expedientes electrónicos requiere de los SGBD para poder clasificar la información del usuario; de igual modo, las distintas plataformas digitales para el funcionamiento del procedimiento administrativo electrónico hacen uso de *Big Data*, ML, PLN, KDD. Es decir, para la tramitación del procedimiento administrativo electrónico y la construcción del expediente electrónico se utilizan herramientas propias de la IA que –con mayor frecuencia– se integran más y con mayores funcionalidades, tales como los árboles de

⁶⁸ Digital Guide Ionos, *Oracle Database: definición y funcionamiento*, en <https://www.ionos.es/digitalguide/hosting/cuestiones-tecnicas/oracle-database/#:~:text=en%20la%20nube,%,%C2%BFC%C3%B3mo%20funciona%20Oracle%20Database%3F,realizar%20acciones%20o%20recuperar%20datos> (consultado el 20/9/2023)

⁶⁹ Citado por Díaz-Díaz y González Cabanes, *¿Qué es la Inteligencia Artificial?*, 42

⁷⁰ Diccionario panhispánico del español jurídico, *Medio electrónico*, en <https://dpej.rae.es/lema/medio-electr%C3%B3nico> (consultado el 29/9/2023)

⁷¹ Sandra González Aguilera y María Ascensión Moro Cordero, “El procedimiento administrativo electrónico”, en Agustí Cerrillo Martínez (coord.) *A las puertas de la Administración digital, Una guía renovada para la aplicación de las leyes 39/2015 y 40/2015*, 2da ed. (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2023): 307

decisiones para poder escoger si una solicitud contiene o no todos los requisitos para iniciar un procedimiento administrativo. Es por ello que a efectos de este trabajo cuando hagamos referencia al procedimiento administrativo electrónico haremos también referencia al uso de la IA dentro de los procedimientos administrativos.

III. Procedimiento administrativo e inteligencia artificial: algunas experiencias comparadas

Poco a poco la IA se ha ido incorporando al día a día del sector público. En el caso de la Administración Tributaria, la aplicación de la IA ha servido para combatir el fraude y la evasión fiscal a través de análisis de riesgos⁷²; de igual modo ha servido para poder atender a un mayor grupo de personas, reducción de costos en personal asignado y una mayor calidad de atención a través de los *Smart Virtual Assistant*⁷³ (también llamados *chatbots*, los cuales explicaremos más adelante).

La puesta en práctica del procedimiento administrativo electrónico ha logrado la simplificación administrativa, pues tal como lo explican González Aguilera y Moro Cordero, ha traído una “importante repercusión económica” ya que ha contribuido a reducir los costes de desplazamientos, tiempos de espera, la posibilidad de tener que trasladarse más de una vez, pérdidas de horas de trabajo, desplazarse para ver expedientes, etc.⁷⁴.

Son varios los países que utilizan la inteligencia artificial, tanto en el sector público como en el sector privado, sin embargo, a efecto del tema que nos ocupa nos referiremos a España, Chile y Uruguay que poseen experiencia en la utilización de la IA en sus procedimientos administrativos:

1. España

En España, el procedimiento administrativo tuvo su regulación general bastante temprana. Las bases del procedimiento administrativo español las encontramos en la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889 cuyo desarrollo se realizaría a través de los reglamentos de cada uno de los ministerios⁷⁵. Esta ley se convertiría en el

⁷² María Laura Arenas Gutiérrez, “Uso y Aplicación de la Inteligencia Artificial por las Administraciones Tributarias”, *Revista Tribútum*, núm. 8 (2022): 20

⁷³ *Ibidem*, 22

⁷⁴ González Aguilera y Moro Cordero, *El procedimiento administrativo electrónico*, 311

⁷⁵ Antonio Moles Caubet, “Introducción al procedimiento administrativo”, en Allan, R. Brewer-Carías (dir.), *Archivo de derecho público y ciencias de la Administración, el procedimiento administrativo*, vol. IV (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 1983): 17

primer cuerpo regulador del procedimiento administrativo de la época⁷⁶, pues como comenta García de Enterría –citado por Vaquer Caballería– esta se volvería la “primera ley del mundo sobre el procedimiento administrativo”⁷⁷.

En 1992 se promulga la Ley 30/1992, la cual derogarí la Ley de 17 de julio de 1958 sobre procedimientos administrativos. Esta Ley 30/1992 sería sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁷⁸. Sería el punto de partida para la introducción de los medios electrónicos en el procedimiento administrativo⁷⁹, ya que en su artículo 45 se estableció:

Artículo 45. Incorporación de medios técnicos.

1. Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes.
2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.
3. Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce.
4. Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características.
5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes.

⁷⁶ Marcos Vaquer Caballería, “La codificación del procedimiento administrativo en España”, *Revista General de Derecho administrativo*, núm. 42 (2016): 6

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285 de 27/11/1992)

⁷⁹ González Aguilera y Moro Cordero, *El procedimiento administrativo electrónico*, 307

Pasaron varios años de desarrollo legal en cuanto al procedimiento administrativo hasta que en el 2015 se promulga la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁸⁰ (en adelante LPACAP) en la que se incorpora la Administración digital, y de allí, surge la necesidad de añadir en las Administraciones Públicas nuevas infraestructuras para llevar a cabo cada uno de los aspectos digitales regulados en la mencionada ley⁸¹.

La LPACAP tiene distintas novedades, sin embargo, la que nos interesa destacar en este trabajo es la del procedimiento administrativo electrónico y es que esta Ley incorpora en las distintas fases del procedimiento administrativo el uso generalizado y obligatorio de los medios electrónicos⁸². Otra novedad que encontramos es que en su artículo 70.2 se regula el expediente administrativo electrónico (punto que se explicará en la fase de ordenación del procedimiento).

La LPACAP abre la posibilidad de escoger entre el uso o no de los medios electrónicos, y es que su artículo 14 establece el derecho y el deber de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas. El numeral 1 del artículo 14 sostiene que las personas físicas podrán escoger entre ejercer sus derechos y obligaciones a través de los medios electrónicos o no, y el medio que hayan escogido podrán cambiarlo en cualquier momento; sin embargo, el numeral 2 del mismo artículo dispone que determinados sujetos están obligados a relacionarse de manera electrónica con la Administración para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo. Así explica el artículo:

Artículo 14.

2. En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos:

- a) Las personas jurídicas.
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.
- c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.
- d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración. e) Los empleados de las

⁸⁰ Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236 de 2/10/2015)

⁸¹ González Aguilera y Moro Cordero, *El procedimiento administrativo electrónico*, 309-310

⁸² *Ibidem*, 329-330

Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

El prenombrado artículo, en su numeral 3, contempla que las Administraciones a través de sus reglamentos podrán obligar a relacionarse con ellos de forma electrónica a “ciertos colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios”. Además, el artículo 36.1 de la LPACAP establece que “los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia”.

Ahora bien, pasaremos a explicar las distintas fases del procedimiento administrativo, haciendo énfasis en el uso de los medios electrónicos. El procedimiento administrativo común español (lo que conocemos como “procedimiento administrativo ordinario” en Venezuela), tiene las fases de iniciación, instrucción y terminación; y a su vez, la LPACAP agrega 2 fases complementarias⁸³ que son la fase de ordenación y la de ejecución.

La iniciación es la fase donde la automatización tiene mayor relevancia pues el proceso de registro de entrada contempla diversas actuaciones, tales como: la comprobación de los requisitos de la solicitud, la expedición automática del recibo del registro de entrada, entre otros, que por razones de eficiencia se aconseja se realice de manera electrónica⁸⁴. Conforme al artículo 54 de la LPACAP el procedimiento administrativo podrá iniciarse a solicitud de parte interesada o de oficio. Este último, conforme al artículo 58, podrá ser “por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia”.

En caso de que el procedimiento administrativo inicie de oficio los administrados tendrán la oportunidad (una vez tengan conocimiento de la incoación) de optar entre continuar el procedimiento administrativo de manera electrónica o seguirlo de forma escrita, debido que hasta ese momento aún no se cuenta con el consentimiento del administrado⁸⁵; consentimiento que se debe hacer conforme a lo ya visto en el artículo 14.1 de la LPACAP.

En cuanto a los sujetos no obligados a la relación electrónica, la LPACAP establece en su artículo 41.4 que la Administración Pública podrá recabar mediante consulta a las bases de datos del Instituto Nacional

⁸³ Universidad Internacional de La Rioja, *Las fases del procedimiento administrativo*, en <https://www.unir.net/derecho/revista/fases-procedimiento-administrativo/> (consultado el 24/9/2023)

⁸⁴ González Aguilera y Moro Cordero, *El procedimiento administrativo electrónico*, 330

⁸⁵ *Ibidem*, 331

de Estadística, los datos sobre el domicilio del interesado recogidos en el padrón municipal, remitidos por las entidades locales conforme a lo previsto en la Ley 7/1985⁸⁶.

Si el procedimiento iniciare a solicitud de parte interesada –pues tal como señalan González Aguilera y Moro Cordero, se requiere “de la puesta a disposición de la ciudadanía en general de una serie de instrumentos y plataformas que posibiliten al menos el inicio de la tramitación electrónica”⁸⁷ –será necesario que el órgano actuante de la Administración disponga en su sitio web acceso a los servicios públicos digitales⁸⁸. A tal efecto, en la Ley 11/2007⁸⁹ se crea la sede electrónica, y en su artículo 10.1 se explica que ella es “aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración pública, órgano o ente administrativo en el ejercicio de sus competencias”.

Para posibilitar toda la tramitación del procedimiento administrativo la Administración pública deberá disponer de un registro electrónico⁹⁰. Para ello, el artículo 16 de la LPACAP establece la creación del Registro Electrónico General (en adelante REG), en donde se “deberá hacer asiento de todo documento presentado o recibido en cualquier órgano administrativo, organismo público o ente vinculado a estos”⁹¹.

El REG “se configura como un registro de entrada y salida de documentos que las personas interesadas dirijan para su tramitación a cualquier órgano de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o entidades dependientes o vinculados”⁹². A través del REG se pueden presentar solicitudes, escritos y comunicaciones que no cuenten aún con un procedimiento electrónico especial en la sede electrónica del departamento ministerial competente⁹³, estas sedes electrónicas de los departamentos ministeriales dan acceso a los servicios y trámites electrónicos que cuentan con formularios normalizados específicos para la mayor parte de los trámites administrativos.

De conformidad con el artículo 16.4 de la LPACAP, los registros electrónicos de todas las Administraciones deberán ser interoperables de

⁸⁶ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE núm. 80 de 3/4/1985)

⁸⁷ González Aguilera y Moro Cordero, *El procedimiento administrativo electrónico*, 333

⁸⁸ *Ibidem*

⁸⁹ Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (BOE núm. 150 de 23/6/2007)

⁹⁰ González Aguilera y Moro Cordero, *El procedimiento administrativo electrónico*, 334

⁹¹ Ley 39/2015, artículo 16

⁹² Registro Electrónico General, *Preguntas frecuentes*, en <https://reg.redsara.es/preguntas-frecuentes> (consultado el 24/9/2023)

⁹³ Punto de Acceso General, *Registro Electrónico*, en https://administracion.gob.es/pag_Home/atencionCiudadana/encuentraTuOficina/REG.html (consultado el 24/9/2023)

manera que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y documentos que se presenten en cualquiera de los registros⁹⁴. El registro electrónico posee diversas ventajas, entre ellas se encuentra que se permite su uso para presentar solicitudes, escritos y comunicaciones durante todos los días del año, sin limitación horaria y sin tener que desplazarse a las oficinas administrativas. Así mismo, el registro electrónico ha servido para mecanizar diversas actuaciones, como lo es, por ejemplo, la comprobación de requisitos de la solicitud presentada⁹⁵.

Para evitar la dispersión de la información de las Administraciones Públicas en distintos portales y páginas web, la LPACAP en el artículo 13.a ordena la creación de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración (en adelante PAGE). En su portal web, el PAGE se define como un portal de internet de la Administración General del Estado que se constituye como “un punto único de acceso para la ciudadanía a todas las administraciones públicas: Estatal, Autonómica, Local y de la Unión Europea (UE)”. La web del PAGE da acceso a cada uno de los sitios webs de los ministerios, organismos autónomos, comunidades autónomas, entidades locales y sus sedes electrónicas. A través del PAGE los interesados pueden acceder a sus datos personales, al estado de sus expedientes administrativos, a sus notificaciones, etc.

En cuanto a la presentación de solicitudes a través de medios electrónicos, el artículo 66 de la LPACAP establece una serie de requisitos que deberá contener la solicitud a la hora de configurar el procedimiento administrativo electrónico. Entre los requisitos encontramos el nombre y apellido del interesado o la persona que lo represente; identificación del medio electrónico o lugar físico donde quiera recibir la notificación; hechos, razones y petición; lugar y fecha; firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad; órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige, con su correspondiente código de identificación (artículo 66.1).

Un punto a resaltar del artículo 66 de la LPACAP, es su numeral 4, donde se contempla que la Administración Pública deberá establecer modelos y sistemas de presentación masiva que permitan a los interesados presentar simultáneamente varias solicitudes. Otro aspecto a resaltar es el de la firma electrónica. Según el portal web oficial de la administración electrónica del Estado⁹⁶ se define a la firma electrónica como “un conjunto de datos electrónicos que acompañan o que están asociados a un

⁹⁴ González Aguilera y Moro Cordero, *El procedimiento administrativo electrónico*, 336-337

⁹⁵ *Ibidem*, 334

⁹⁶ Firma electrónica, *La Firma Electrónica*, en <https://firmaelectronica.gob.es/Home/Ciudadanos/Firma-Electronica.html#:~:text=La%20firma%20electr%C3%B3nica%20es%20un,la%20integridad%20del%20documento%20firmado> (consultado el 25/9/2023)

documento electrónico”. Esta firma electrónica tiene diversas funciones, entre ellas está el identificar a los órganos administrativos y a los ciudadanos, es decir, identificar a quien firme de manera inequívoca⁹⁷.

Otra de las fases que se incluyen en el procedimiento administrativo español es la de ordenación del procedimiento que se regula entre los artículos 70 y 74 de la LPACAP. En estos artículos encontramos la definición y el contenido del expediente administrativo⁹⁸; conforme al artículo 70.1 se define como “el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarlas”. El numeral 2 del mismo artículo establece que los expedientes tendrán formato electrónico, y estarán formados con lo que allí se indica, mientras que en el numeral 4 expresamente se establece qué no formará parte del expediente electrónico, como se aprecia a continuación:

Artículo 70. Expediente Administrativo.

2. Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada.

4. No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento

En la fase de iniciación y de ordenación del procedimiento administrativo, se puede observar el uso de la IA, por ejemplo, en el trámite de registro en las sedes electrónicas que posee la Administración. Desde allí, los datos de los usuarios se registrarán y procesarán a través de un SGBD⁹⁹ el cual ayudará a que el sistema de datos que maneja el gobierno digital español sea más ágil y funcional utilizando las 3 V's¹⁰⁰ que caracterizan a las *Big Data*. Estos datos comenzarán a constituir la *Big Data*, que funcionará para poder realizar la interoperabilidad que la ley exige.

⁹⁷ *Ibidem*

⁹⁸ González Aguilera y Moro Cordero, *El procedimiento administrativo electrónico*, 368

⁹⁹ Sistema gestor de bases de datos, explicado anteriormente, que se encarga de crear, clasificar y administrar bases de datos

¹⁰⁰ Volumen, referido al tratamiento de grandes volúmenes de datos; variedad, referido a la heterogeneidad de dichos datos; y velocidad, por la rapidez con la que dichos datos se generan y procesan

Estas distintas herramientas de IA simplifican los procesos reduciendo el costo en medios electrónicos en la Administración para crear bases de datos que no sean interoperables, pero también los repetidos procesos de tener que registrarse en las sedes electrónicas de los distintos órganos de la Administración, pues un solo registro da acceso a todos los servicios de los órganos administrativos.

Tomando en consideración la definición de Matheus Hidalgo sobre la IA¹⁰¹, los expedientes administrativos electrónicos igualmente hacen uso de la IA al crear, clasificar cada expediente y ordenarlo, creando los índices electrónicos¹⁰², todo ello de forma automática, y así emulando lo que haría un funcionario público en una sede física, logrando que este funcionario se dedique a otras tareas de la Administración y ya no a la ordenación de cada expediente administrativo.

La siguiente fase en el procedimiento administrativo es la de instrucción. En esta fase –en palabras de González Aguilera y Moro Cordero– “se han de recabar todos los datos, documentos y pruebas necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos sobre cuya base se dictará la resolución administrativa”¹⁰³.

Los actos de instrucción deberán realizarse de oficio a través de medios electrónicos¹⁰⁴. Así mismo, las aplicaciones y sistemas de información que se utilicen para la instrucción de los distintos procedimientos tendrán el deber de garantizar el control de los tiempos y plazos, la identificación de los órganos responsables y la tramitación ordenada de los expedientes; al igual que deberán de facilitar la simplificación y publicidad de los procedimientos¹⁰⁵.

En cuanto a la fase de terminación del procedimiento, con base al artículo 81 de la LPACAP se podrá terminar el procedimiento con la resolución de este; con su desistimiento; con la renuncia del derecho en que se funde la solicitud y por la declaración de caducidad. De igual modo, conforme al artículo 86.1 *ejusdem*, las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos o convenios con los interesados. La resolución es la terminación lógica del procedimiento y se da con la decisión de las cuestiones que se plantearon durante el procedimiento¹⁰⁶. La actuación

¹⁰¹ Matheus Hidalgo, *Inteligencia artificial: Problemas y reflexiones para el Derecho Administrativo*, 11

¹⁰² Gobierno de España, *Expediente Administrativo*, 2da ed. (España: Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2016): 13-29

¹⁰³ *Ibidem*, 372

¹⁰⁴ Ley 39/2015, artículo 75 numeral 1

¹⁰⁵ *Ibidem*, numeral 2

¹⁰⁶ González Aguilera y Moro Cordero, *El procedimiento administrativo electrónico*, 381

de la Administración Pública se debe realizar mediante la firma electrónica del titular del órgano o empleado público¹⁰⁷.

La legislación actual española no contempla nada sobre los libros de resoluciones que la Administración debe de llevar, al punto de que se encuentra vigente el Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las entidades locales. En el decreto se dispone que los libros se deberán confeccionar utilizando el papel timbrado del Estado o el papel numerado de la comunidad autónoma¹⁰⁸. Advertimos que se ha planteado la inaplicabilidad de esa norma, pues carece de total lógica obligar a la tramitación de todo un expediente electrónico, y en la fase final, obligar a la Administración a imprimir todos los documentos que se encuentren en el expediente¹⁰⁹.

En cuanto a la notificación, igualmente se prevé que sea preferiblemente electrónica según el artículo 41 de la LPACAP, salvo las excepciones que en él se establecen. La forma electrónica para realizar la notificación es mediante la comparecencia en la sede electrónica de la Administración Pública que esté actuando, o a través de la dirección electrónica habilitada única; o bien, por ambas formas.

La notificación se entenderá practicada en el momento en que el ciudadano que forme parte del procedimiento acceda a su contenido. Cuando la notificación por el medio electrónico sea de carácter obligatorio o haya sido escogida expresamente por el interesado, se entenderá rechazada si han transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.

En la notificación también se emplea el uso de la IA, y es que, al hacerse las notificaciones a través de los medios electrónicos se elimina la necesidad de que el funcionario público tenga que redactar notificaciones, y peor aún, llevarlas al lugar donde el administrado hubiese preferido que se le realizasen la notificación. Es un proceso en el que se emula la función del ser humano a través de máquinas, para que éstas simplifiquen, en el caso concreto, el proceso de notificación de los actos administrativos¹¹⁰.

Por último, en cuanto a la fase de ejecución del procedimiento administrativo, el uso de medios electrónicos en esta fase se prevé en el artículo 98.2 de la LPACAP que establece que cuando finalice el procedimiento administrativo y nazca una obligación de pago derivada de una sanción pecuniaria que se tenga que pagar a la Hacienda Pública, esta se

¹⁰⁷ *Ibidem*

¹⁰⁸ *Ibidem*, 382

¹⁰⁹ *Ibidem*

¹¹⁰ Matheus Hidalgo, *Inteligencia artificial: Problemas y reflexiones para el Derecho Administrativo*, 11

hará a través de tarjeta de crédito, transferencia bancaria, domiciliación bancaria, etc.

En el ordenamiento jurídico español encontramos regulación sobre la automatización en la toma de decisiones en el procedimiento administrativo electrónico, ello lo encontramos en el artículo 41 de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público¹¹¹ (en adelante LRJSP), que define a la actuación administrativa automatizada como “cualquier acto realizado íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”. Esta norma abre la imposibilidad de adoptar una actuación administrativa desprovista de intervención humana, al menos en el diseño y gestión del sistema de información¹¹², aplicable no sólo a las decisiones definitivas sino también a los actos de trámite, sin embargo, destacamos que el uso de sistemas de IA en la toma de decisiones no exime de la intervención humana dentro del proceso, al menos indirectamente.

Otro punto a destacar es el uso de los *Smart Virtual Assistant* o *chatbots*, estos son asistentes virtuales que intentan simular la comunicación humana dando respuestas a las distintas preguntas realizadas por el usuario¹¹³. Funciona a través del KDD (ya explicado anteriormente) en cualquiera de los tipos de ML que explicamos con anterioridad. Ejemplos de estos son el *WebChat*¹¹⁴ que se encuentra en la plataforma web del punto de acceso general, igualmente encontramos distintas herramientas de *chatbots* en la sede electrónica de la Agencia Tributaria¹¹⁵, o también en la web de la Seguridad Social se encuentra “Issa” como asistente virtual¹¹⁶, entre otras. Estos *chatbots* ayudan al administrado respondiendo dudas sobre el servicio que necesiten consultar, incluyendo la manera de enviar solicitudes a la administración para la iniciación de un procedimiento administrativo.

Entonces, podemos observar cómo el procedimiento administrativo electrónico en España se encuentra avanzado y en él se hace uso constante de la IA. Las distintas plataformas webs mediante las cuales se

¹¹¹ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236 de 2/10/2015)

¹¹² Eduardo Gamero-Casado, “Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial”, en Eduardo Gamero Casado (dir.), *Inteligencia Artificial y sector público* (Valencia: Tirant lo blanch, 2023): 405

¹¹³ Arenas Gutiérrez, *Uso y Aplicación de la Inteligencia Artificial por las Administraciones Tributarias*, 22

¹¹⁴ Punto de Acceso General electrónico, *WebChat*, en https://administracion.gob.es/pag_Home/contacto/WebChat-info.html (consultado el 28/9/2023)

¹¹⁵ Agencia Tributaria, *Herramientas de asistencia virtual*, en <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/herramientas-asistencia-virtual.html> (consultado el 28/9/2023)

¹¹⁶ Seguridad Social, *Asistente de la Seguridad Social*, en <https://issa.seg-social.es/> (consultado el 28/9/2023)

construye toda la Administración digital poseen sistemas de IA como el KDD en los casos de los *chatbots*, o cuando clasifican los procedimientos dentro de las bases de datos de sus plataformas webs, apoyándose en el PLN¹¹⁷ para el reconocimiento de los datos y de esa forma poder organizar de mejor manera las distintas bases de datos que manejen (cuestión que realizan a través de los expedientes electrónicos y el manejo de las bases de datos).

Constantes ejemplos de *Big Data* podemos observar en las plataformas webs del gobierno digital, pues en ellas se almacenan los datos de los millones de ciudadanos e instituciones que se encuentran en el Estado. Sus beneficios se observan al crear las infraestructuras necesarias a través de los SGBD, mediante las cuales la *Big Data* logran funcionar. El procesamiento a través de las 3 V's que las caracterizan ha funcionado para agilizar cada uno de los procesos que debe realizar día a día. De igual modo, ha tenido repercusiones positivas para la Administración al reducir los gastos generados por la compra de diferentes útiles de oficina (tales como hojas, lapiceros, etc.) al almacenar en bases de datos electrónicos toda información que fuese necesaria; y, además, ha servido en la sistematización de los expedientes electrónicos, ayudando en su orden, y, en consecuencia, haciendo que los funcionarios públicos puedan centrarse en realizar otro tipo de tareas.

Ahora bien, según el Consorcio Administración Abierta de Cataluña¹¹⁸ la Administración digital –y el uso de la IA– trajo consigo un conjunto de beneficios económicos. Dicho Consorcio afirma que hubo una reducción desde 5 euros hasta casi 20 euros en varios trámites que se realizasen con la Administración Pública a través de los medios electrónicos. Entre otros beneficios se tiene que cualquier trámite ante la Administración se puede realizar durante las 24 horas del día durante todo el año, lo cual hace innecesario tener que ir a la Administración a realizar las fases del procedimiento administrativo, ahorrando dinero en transporte; ahorrando igualmente horas que podrían perderse al hacer filas, esperar turno, etc.¹¹⁹.

Se debe destacar que la legislación española, aun cuando regula el procedimiento administrativo electrónico y las Administraciones Públicas hacen uso de la IA, se le permite al ciudadano escoger entre realizar el procedimiento administrativo de forma tradicional o tramitarlo de forma electrónica, según considere cuál será el procedimiento que le permita ejercer de mejor forma sus derechos frente a la Administración.

¹¹⁷ Procesamiento del Lenguaje Natural

¹¹⁸ Citado por González Aguilera y Moro Cordero, *El procedimiento administrativo electrónico*, 381

¹¹⁹ *Ibidem*

2. Chile

En el caso chileno, el procedimiento administrativo tuvo su primera regulación general a principios del siglo XXI. El 22 de mayo del 2003 se promulga la Ley N° 19880 por medio de la cual se establecen las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (en adelante LBPA). El procedimiento que estaba previsto en esta ley del 2003 ha sufrido diferentes cambios por la aprobación de la Ley N° 21180¹²⁰ sobre la transformación digital del Estado (en adelante LTDE).

La LBPA abrió las puertas a la implementación del procedimiento administrativo electrónico en Chile, las últimas modificaciones que se realizaron a través de la LTDE lo terminaron desarrollando aún más. De este modo, observamos que desde el artículo 1 de la LBPA ya se empieza a regular al procedimiento administrativo como electrónico, pues su segundo párrafo establece que “todo procedimiento administrativo deberá expresarse a través de los medios electrónicos establecidos por la ley, salvo las excepciones legales”.

En el artículo 19 de la LBPA se establece la obligación de los órganos de la Administración a utilizar plataformas digitales para efectos de llevar expedientes electrónicos, y estos deberán seguir estándares de seguridad, interoperabilidad, interconexión y ciberseguridad.

En el artículo 4 de la LBPA se enumeran una serie de principios que regirán el procedimiento administrativo, entre los cuales están el de celeridad, gratuidad, transparencia, publicidad, etc., y termina diciendo “y aquellos relativos a los medios electrónicos”. Los relativos a los medios electrónicos los encontramos en el artículo 16 bis, que señala que en los procedimientos administrativos por medios electrónicos se deberá de cumplir con los principios de neutralidad tecnológica, actualización, equivalencia funcional, fidelidad, interoperabilidad y cooperación.

El principio de actualización hace referencia a que los órganos de la Administración tendrán el deber de actualizar sus plataformas a tecnologías no obsoletas. El de equivalencia funcional consiste en que los actos administrativos suscritos por medio de firma electrónica han de ser válidos y producirán los mismos efectos que si se hubieren llevado a cabo en soporte de papel. Por su parte, el de fidelidad hace referencia a que todas las actuaciones del procedimiento se registrarán y conservarán íntegramente y en orden sucesivo en el expediente electrónico (tal como se señala en la fase de ordenación del procedimiento administrativo electrónico español)¹²¹.

¹²⁰ Ley N° 21.180 (Diario Oficial de la República de Chile de 11/11/2019)

¹²¹ Ley N° 19.880, artículo 16 bis

El principio de interoperabilidad supone que los medios electrónicos deben ser capaces de interactuar y operar entre sí. El de cooperación refiere a que los órganos de la Administración del Estado tendrán el deber de cooperar entre sí en la utilización de medios electrónicos¹²². Estos dos últimos principios son concordantes con los artículos 9 y 24 *ejusdem*; en cuanto al artículo 9, en su tercer párrafo, se establece que “toda comunicación entre órganos de la Administración que se practique en el marco del procedimiento, se realizará por medios electrónicos”; en cuanto al artículo 24, se ordena a los órganos de la Administración deberán de remitir, por medios electrónicos, los documentos o información que posean, en materia de su competencia, que sean necesarios para la resolución de un procedimiento administrativo.

Similar a España en donde se crea el REG y diversas plataformas digitales para hacer efectivo todo el procedimiento administrativo, en Chile se crean plataformas tales como el Gobierno Digital, Clave Única, entre otras. La plataforma de Gobierno Digital es una plataforma que funciona para “coordinar y asesorar intersectorialmente a los órganos de la Administración del Estado en el uso estratégico de las tecnologías digitales”¹²³. Por su parte, la plataforma de Clave Única es “una iniciativa que busca proveer a los ciudadanos de una Identidad Electrónica Única (RUN y contraseña) para la realización de trámites en línea del Estado”¹²⁴.

En cuanto al procedimiento administrativo, el artículo 18 de la LBPA establece que consta de 3 fases: iniciación, instrucción y finalización. Continúa el artículo diciendo que todo el procedimiento administrativo deberá de constar en un expediente electrónico, salvo las excepciones que contemple la ley, en consecuencia, el ingreso de las solicitudes, formularios o documentos se hará mediante documentos electrónicos a través de las distintas plataformas digitales de los órganos de la Administración. Se debe resaltar del mismo artículo 18, que aquellas personas que carezcan de los medios electrónicos o actúen excepcionalmente a través de ellos, podrán solicitar ante el órgano respectivo efectuar la presentación dentro del procedimiento administrativo en soporte papel. Todo lo que pertenezca al procedimiento administrativo y sea presentado en soporte papel, el funcionario correspondiente se encargará de su digitalización.

Los expedientes electrónicos deberán contener un registro actualizado de todas las actuaciones del procedimiento y se encontrarán tanto en las plataformas electrónicas como en las dependencias de la Administración; esto último para aquellas personas que fuesen autorizadas a efectuar presentaciones en soporte papel.

¹²² *Ibidem*

¹²³ Gobierno Digital, *Nosotros*, en <https://digital.gob.cl/nosotros/> (consultado el 26/9/2023)

¹²⁴ Clave Única, *Preguntas frecuentes*, en <https://claveunica.gob.cl/preguntas-frecuentes> (consultado el 26/9/2023)

El procedimiento administrativo, conforme al artículo 28 de la LBPA, podrá iniciarse de oficio o a solicitud de parte interesada. La ley, a diferencia de la legislación española, no hace especificaciones con respecto a la iniciación de oficio; sin embargo, sí lo hace con respecto a la iniciación a solicitud de parte interesada. En la ley no se aclara la manera en que se ha de realizar dicho procedimiento administrativo a través de las distintas plataformas digitales, aunque la web del Gobierno Digital sí determina que el inicio de los procedimientos administrativos se deberá hacer de forma digital y que cada órgano deberá establecer plataformas o formularios electrónicos para que las personas puedan realizar el ingreso de solicitudes o documentos al Estado.

El literal a del artículo 30 LBPA contiene los elementos que debe contener la solicitud, entre los que se encuentra el medio electrónico a través del cual se llevarán a cabo las notificaciones, pudiendo para ese efecto indicar una dirección de correo electrónico. Sobre las notificaciones encontramos su regulación en el artículo 46 de la LBPA que dicta como regla general de las notificaciones la utilización de medios electrónicos, y se realizarán con base a la información contenida en un registro único dependiente del Servicio de Registro Civil e Identificación donde se configurarán domicilios digitales únicos, cuyas características y operatividad se regularán mediante reglamento. En el caso de las personas que carezcan de medios electrónicos, la regulación es igual al artículo 18 ya explicado con anterioridad.

En las fases de instrucción y de terminación del procedimiento administrativo, la precitada ley no hace especial referencia al uso de medios digitales. Según el párrafo anterior, las notificaciones que se practiquen en esta fase se deberán de hacer por el medio que el ciudadano hubiese escogido.

En conclusión, el procedimiento administrativo chileno se encuentra menos desarrollado que el español. Sus plataformas digitales aún están en desarrollo, al punto que, conforme a la web del Gobierno Digital, la implementación total de la ley se realizará en diciembre del año 2027¹²⁵. Aun así, esta plataforma tiene estadísticas sobre el uso de los distintos sitios webs en los que se promueve la Administración digital¹²⁶. Se destaca que es posible observar manejo de la *Big Data* a través de sus distintas plataformas digitales, al igual que en el caso español¹²⁷. De igual modo,

¹²⁵ Gobierno Digital, *Ley de Transformación Digital del Estado*, en <https://digital.gob.cl/transformacion-digital/ley-de-transformacion-digital/> (consultado el 26/9/2023)

¹²⁶ Gobierno Digital, *Gobierno digital en cifras*, en <https://digital.gob.cl/transformacion-digital/estadisticas/> (consultado el 26/9/2023)

¹²⁷ Como es el caso de la web de ClaveÚnica –ya citada anteriormente– en donde se almacenan todos los datos de los usuarios al registrarse; y con ello, se crea la interoperabilidad entre los distintos órganos de la Administración permitiendo el acceso del usuario en cada plataforma web del Estado para la realización de trámites y realizar solicitudes a la Administración

se puede ver el uso del *chatbot* en algunas plataformas digitales del Estado, aunque en menor cantidad en relación a España; funciona de la misma forma, otorgando información a los ciudadanos para la realización de los distintos trámites administrativos

3. Uruguay

Sobre Uruguay, el procedimiento administrativo tuvo su primera regulación general en el año 1966 a través del Decreto N° 575/966 de procedimiento administrativo¹²⁸. Como menciona Brito Checchi “por primera vez en la historia del país, se reunían en un solo cuerpo normativo, de una forma sistemática, disposiciones que regulaban el procedimiento administrativo general y algunos procedimientos especiales”.¹²⁹ Sin embargo, será el decreto 500/991 sobre la aprobación del procedimiento administrativo y disciplinario aplicable al funcionario público de la Administración central¹³⁰ el que abrirá las puertas a los medios electrónicos a la Administración.

El decreto 500/991, en su artículo 14, promueve el uso de los equipos de procesamiento electrónico de información a efecto de implantar sistemas de libre flujo de información; de igual modo establece que la Administración podrá brindar el servicio de acceso electrónico a sus bases de datos a las personas físicas o jurídicas que lo solicitaren. Concordante con el artículo 14 es el 33, que ordena a la Administración propiciar el uso de soportes de información electrónicos, magnéticos, audiovisuales, etc., siempre que facilitaren la gestión pública. Asimismo, el artículo 32 establece la autenticidad de los documentos emergentes de la transmisión a distancia por medios electrónicos entre dependencias oficiales.

Ahora bien, antes de pasar a explicar el procedimiento administrativo electrónico, conviene explicar lo que es la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (en adelante AGESIC). La AGESIC –explica el propio sitio web del gobierno de Uruguay– “es una unidad ejecutora con autonomía técnica dependiente de Presidencia de la República Oriental del Uruguay”. Conforme al artículo 2 del Decreto N° 205/006¹³¹, la AGESIC tiene como objetivo procurar el mejor de los servicios al ciudadano, aprovechando la posibilidad que brindan las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC’s). En el artículo 3 del decreto, se expresan los cometidos que tendrá la AGESIC, y, en resumen, será esta agencia la que se encargará de crear las condiciones

¹²⁸ Decreto N° 575/966 (Diario Oficial de 31/1/1967)

¹²⁹ Mariano Romeo Brito Checchi, “Ordenamiento normativo básico del procedimiento administrativo en Uruguay y la cuestión de los principios”, *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, núm. 6 (2009): 117

¹³⁰ Decreto N° 500/991 (Diario Oficial de 3/10/1991)

¹³¹ Decreto N° 205/006 (Diario Oficial de 7/7/2006)

para lograr el desarrollo del gobierno electrónico, por lo cual, todo lo relativo a la Administración electrónica en Uruguay habrá sido impulsado por y a través de la AGESIC.

En Uruguay aún se encuentran en desarrollo las distintas plataformas para el pleno funcionamiento de la Administración digital. La empresa encargada de la gestión de expedientes de Uruguay es *Apiadocumentum*, que pertenece al Estado desde el año 2009¹³². Los distintos órganos de la Administración utilizan el sistema Apia por medio del cual han hecho funcionar los expedientes electrónicos o la realización de los distintos trámites del Estado. Asimismo, se encuentra la aplicación web de Intercambio Documental (en adelante InDOC). Esta plataforma funciona para el envío y recepción de documentos¹³³, colaborando en la interoperabilidad y cooperación de los órganos de la Administración.

Otra plataforma web a destacar es la de Usuario gub.uy –también funciona en celular a través de la aplicación App gub.uy–. Este es un método de identificación digital que pone a disposición el Estado uruguayo¹³⁴. Mediante una única cuenta el usuario podrá acceder a muchos de los servicios digitales del Estado; de esta forma no tendrá que crearse una cuenta nueva en cada sistema de identificación de cada organismo¹³⁵. A través de este sistema se podrá crear un domicilio digital por medio del cual podrá recibir y almacenar las notificaciones y comunicaciones digitales que el Estado envíe a las personas físicas, jurídicas y a las entidades públicas que así lo habiliten¹³⁶. De igual forma, un sistema integrado al Usuario gub.uy es el de los oficios digitales, mediante el cual los usuarios podrán crear, enviar, recibir, responder y consultar oficios de manera digital en los organismos del Estado¹³⁷.

Respecto al procedimiento administrativo electrónico propiamente dicho, este se regula a través del decreto N° 276/013¹³⁸ que reglamenta

¹³² Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento, *Expediente Digital*, en <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/politicas-y-gestion/expediente-digital> (consultado el 26/9/2023)

¹³³ Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento, *InDOC*, en <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/politicas-y-gestion/indoc> (consultado el 26/9/2023)

¹³⁴ Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento, *Qué es Usuario gub.uy*, en <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/politicas-y-gestion/es-usuario-gubuy> (consultado el 26/9/2023)

¹³⁵ IDUruguay, *Acerca de*, en <https://mi.iduruguay.gub.uy/acerca-de> (consultado el 26/9/2023)

¹³⁶ Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento, *Domicilio Digital*, en <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/soluciones/domicilio-digital> (consultado el 26/9/2023)

¹³⁷ Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento, *Oficios Digitales*, en <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/politicas-y-gestion/oficios-digitales> (consultado el 26/9/2023)

¹³⁸ Decreto N° 276/013 (Diario Oficial de 9/9/2013)

la Ley N° 18600¹³⁹ y regula el procedimiento administrativo electrónico desarrollado en los órganos de la Administración central. Este reglamento es uno de los 3 que desarrollan la prenombrada ley.

El decreto en su primer artículo establece el ámbito de aplicación y dispone que se aplicará a todo el procedimiento administrativo electrónico que se desarrolle en los distintos órganos de la Administración central. Este procedimiento se deberá documentar en un expediente electrónico, que conforme al artículo 3 del mismo decreto, se podrá realizar a través de formularios o seguir todas las etapas necesarias para la formación de la voluntad administrativa. Este artículo es concordante con el artículo 24 de la Ley N° 17243¹⁴⁰ en el cual se ordena a la Administración Pública central y descentralizada la implantación del expediente electrónico para sustanciar todas las actuaciones administrativas.

Al igual que en Chile, en la legislación uruguaya se establecen 3 fases del procedimiento administrativo: iniciación, sustanciación y finalización¹⁴¹. El procedimiento administrativo electrónico podrá iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada de conformidad con el artículo 6 del decreto N° 276/013. De iniciarse a solicitud de persona interesada, esta podrá hacer uso de las plataformas webs que el Estado pone a su disposición, tales como Usuario gub.uy. A través de estas plataformas se deberán presentar los oficios electrónicos concernientes al procedimiento¹⁴². En caso de presentarlo en otros soportes, el ciudadano tendrá que consignar el documento original al funcionario quien deberá digitalizarlo para incorporarlo al expediente electrónico¹⁴³. Entre los requisitos para presentar la solicitud a la Administración se debe colocar el domicilio electrónico en el caso de optar por relacionarse electrónicamente con la Administración¹⁴⁴.

La fase de sustanciación se realizará de oficio sin perjuicio de la impulsión que puedan darles los interesados. Todas las actuaciones deberán ser registradas en el sistema informático correspondiente, conforme al artículo 11 del decreto N° 276/013. En caso de que el procedimiento administrativo se realice por medios tradicionales, el órgano competente sin perjuicio de proseguir con su gestión electrónica, deberá reproducir en soporte papel los documentos que fueren necesarios para la continuación del procedimiento. Por último, señala el artículo 15 *ejusdem*, que en la fase de finalización todos los actos que pongan fin al procedimiento

¹³⁹ Ley N° 18.600 (Diario Oficial de 5/11/2009)

¹⁴⁰ Ley N° 17243 (Diario Oficial de 6/7/2000)

¹⁴¹ Decreto N° 276/013, artículo 5

¹⁴² *Ibidem*, artículos 6-7

¹⁴³ *Ibidem*, artículo 8

¹⁴⁴ *Ibidem*, artículo 9

administrativo se dictarán a través de los medios electrónicos y su notificación se realizará igualmente por esos medios.

Se puede observar que el procedimiento administrativo electrónico en Uruguay se encuentra avanzado, aunque como se comentó al inicio de este punto, Uruguay aún está desarrollando y mejorando el conjunto de aplicaciones y plataformas digitales que servirán para construir por completo al gobierno digital. Parte del desarrollo se dio de conformidad al llamado Plan de Gobierno Digital 2020 en el cual la AGESIC promovió la participación ciudadana en el desarrollo de las nuevas tecnologías para el funcionamiento del gobierno digital, y con ello, innovar en la relación entre el Estado y los ciudadanos¹⁴⁵. De la misma forma, el Plan de Gobierno Digital 2025 planea la total digitalización de los procesos de gestión del Estado, la transformación de sus servicios y el desarrollo de la ciberseguridad¹⁴⁶.

Es en Uruguay en donde se sabe con mayor certeza cuál es el tipo de SGBD ¹⁴⁷ que se utiliza, pues tal como se explicó en párrafos anteriores, hacen uso de *Apiadocumentum*, de tal manera que es a través de ese SGBD que manejan todo lo relacionado con la *BigData*, y es por ello que plataformas como Usuario gub.uy pueden almacenar y procesar toda la información de cada usuario que se registra y hace uso de los distintos servicios digitales que ofrece la Administración digital, entre ellos la realización de los diferentes procedimientos administrativos.

IV. ¿Es posible aplicar la IA en los procedimientos administrativos en Venezuela?

Como se ha podido observar, la IA ha tenido una enorme influencia dentro del sector público, la experiencia comparada nos indica que el futuro trata de la implementación de los medios electrónicos en la Administración Pública, esto al observar los planes de desarrollo de la Administración digital que tienen los países estudiados¹⁴⁸.

En Venezuela –como explica Urdaneta Troconis– la regulación de procedimientos administrativos es de larga data, aunque en un principio las leyes que establecían procedimientos administrativos lo hacían en materias específicas, como en el caso de leyes de expropiación por causa

¹⁴⁵ Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento, *Plan de Gobierno Digital 2020*, en <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/politicas-y-gestion/plan-gobierno-digital-2020> (consultado el 26/9/2023)

¹⁴⁶ Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento, *Plan de Gobierno Digital 2025*, en <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/politicas-y-gestion/plan-gobierno-digital-2025> (consultado el 26/9/2023)

¹⁴⁷ Sistema gestor de base de datos, ya explicado previamente

¹⁴⁸ En Uruguay el Plan de Gobierno Digital 2025; en Chile la implementación total de la Ley que expresa la web del gobierno digital; y la agenda de España Digital 2026

de utilidad pública o en materia inquilinaria¹⁴⁹; empero, para el resto de áreas donde actuaba la Administración no existían normas generales de procedimiento administrativo que la regulasen¹⁵⁰. No es sino hasta 1981 cuando se promulga una ley de procedimientos administrativos general, esta es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que no ha tenido modificación alguna para actualizarla a una ley más acorde a la realidad digital del siglo XXI y sigue vigente hasta la fecha.

A pesar de ello, sí encontramos un conjunto de leyes en el que se da apertura al uso de los medios electrónicos en los distintos servicios de la Administración y que se explicarán –haciendo énfasis en su regulación electrónica– a continuación:

Podemos encontrar a la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (en adelante LSMDFE)¹⁵¹ cuyo artículo 1 establece que:

Artículo 1.

El presente Decreto-Ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.

El presente Decreto-Ley será aplicable a los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas independientemente de sus características tecnológicas o de los desarrollos tecnológicos que se produzcan en un futuro. A tal efecto, sus normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

La LSTA, que en su artículo 45 ordena la creación de un sistema de información centralizada, automatizada, ágil y de fácil acceso en cada órgano de la Administración y que deberán habilitar sistemas de transmisión de datos con el objeto de que las personas interesadas envíen o reciban la información requerida en sus actuaciones frente a la Administración Pública. Asimismo, a través del artículo 57 se crea el Instituto Nacional para la Gestión Eficiente de Trámites y Permisos, que vendrá a ser una autoridad nacional en materia de trámites administrativos y su simplificación y entre las atribuciones que posee, se encuentra la de fijar un domicilio electrónico obligatorio para la notificación de comunicaciones o actos administrativos que requiera hacer la Administración (artículo 62.7 LSTA).

¹⁴⁹ Gustavo Urdaneta Troconis et al., “Seminario: 40 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en Jessica Vivas Roso (coord.), *Anuario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo* (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Administrativo), 101

¹⁵⁰ *Ibidem*

¹⁵¹ Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (Gaceta Oficial núm. 37.148 de 28/2/2001)

La LOAP en su artículo 152 ordena la incorporación de cualquier medio electrónico en la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines. Además, se establece que los documentos electrónicos gozarán de la misma validez y eficacia del documento original siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezca la ley y se pueda garantizar su autenticidad, integridad e inalterabilidad de la información. Su artículo 11 ordena que los órganos de la Administración tienen el deber de utilizar las tecnologías que desarrolle la ciencia para su organización, funcionamiento y relación con las personas; en el mismo artículo se ordena a los órganos de la Administración Pública crear un sitio web donde contendrán la información que consideren relevante, tales como: datos correspondientes a su misión, organización, procedimiento, normativa que los regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, ubicación de sus dependencias e información de contactos, entre otros.

La Ley Sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentación entre los Órganos y Entes del Estado¹⁵² (en adelante LSAIEDIDOOE) regula el principio de interoperabilidad que pudimos estudiar en el derecho comparado. Esta ley establece las bases y principios que regirán el acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos entre los órganos del Estado. A través de la ley se puede observar cómo se les da preponderancia a los medios electrónicos en cuanto a la interoperabilidad.

Por último, en la Ley de Infogobierno¹⁵³ (en adelante LI) se da mayor énfasis al uso de los medios electrónicos. Su artículo 6 obliga al poder público en general a utilizar las TIC's. Es resaltable el artículo 8 de la ley, pues su numeral 1 establece que las personas tienen el derecho de dirigir peticiones de cualquier tipo haciendo uso de las tecnologías de información, al mismo tiempo que obliga a los distintos órganos del poder público a responder y resolver estas solicitudes de la misma forma que si se hubiesen realizado por los medios tradicionales.

Reverón –citado por Alfonso Paradisi y Miralles Quintero– sostiene que el procedimiento administrativo electrónico se puede realizar en Venezuela con su legislación vigente, explica que en estas dos últimas leyes explicadas (la LSAIEDIDOOE y la LI) regulan diversos aspectos del procedimiento administrativo, tales como el valor del expediente electrónico, el uso de firmas electrónicas, la forma de incorporación de documentos físicos a los expedientes electrónicos, la interoperabilidad, entre otros¹⁵⁴.

¹⁵² Ley Sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentación entre los Órganos y Entes del Estado (Gaceta Oficial núm. 39.945 de 15/6/2012)

¹⁵³ Ley de Infogobierno (Gaceta Oficial núm. 40.274 de 17/10/2013)

¹⁵⁴ Juan Domingo Alfonso Paradisi y Juan Andrés Miralles Quintero, "Aportes para un procedimiento administrativo electrónico en Venezuela", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, núm. 25 (2022): 9

A su vez, otro sector de la doctrina venezolana sostiene que no es posible la implementación del procedimiento administrativo electrónico, entre ellos están Trocel Yabrudy¹⁵⁵, Pellegrino Pacera¹⁵⁶, Hernández González¹⁵⁷, Alfonso Paradisi y Miralles Quintero¹⁵⁸. Por un lado, Trocel Yabrudy¹⁵⁹ sostiene que, para la validez del procedimiento administrativo electrónico en Venezuela, se debe modificar la norma sustantiva y adjetiva que regula la materia. Por su parte, Pellegrino Pacera no se inclina específicamente por una reforma de la norma sustantiva y adjetiva sino más bien a una elaboración y promulgación de una ley especial en la materia¹⁶⁰.

En la misma línea de ideas, Hernández González afirma que es necesaria la elaboración y promulgación de una ley especial que otorgue cobertura a la Administración electrónica¹⁶¹, algo así como la LPACAP en España y sus diferentes leyes especiales que regulan la materia electrónica o la Ley N° 18600 de Uruguay que regula especialmente el procedimiento administrativo electrónico. De igual forma, Alfonso Paradisi y Miralles Quintero ratifican las dos posturas del párrafo anterior y convienen en que es necesaria la reforma de la LOPA vigente o la promulgación de una nueva Ley Especial de Procedimientos Administrativos Electrónicos¹⁶².

Ya entendiendo los dos sectores doctrinarios existentes en Venezuela respecto a la implementación de los procedimientos administrativos electrónicos, vamos a estudiar la posibilidad de la implementación de la IA dentro de los procedimientos administrativos, entendiendo que, como se explicó los procedimientos administrativos electrónicos necesariamente usan a la IA en sus fases, aunque en muchos casos en menor medida.

¹⁵⁵ Andrea Trocel Yabrudy, "El procedimiento administrativo electrónico como medio para alcanzar la buena administración en Venezuela", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 73 (2019): 64

¹⁵⁶ Cosimina Pellegrino Pacera, "La necesidad de replantear la noción del acto administrativo en un mundo virtual (Una propuesta para la reforma de la Ley orgánica de Procedimientos Administrativos)", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3 (2014): 285

¹⁵⁷ José Ignacio Hernández González, "El control judicial de la Administración electrónica. Comentarios a la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 15 de diciembre de 2011", *Revista de Derecho Público*, núm. 131 (2012): 223

¹⁵⁸ Alfonso Paradisi y Miralles Quintero, *Aportes para un procedimiento administrativo electrónico en Venezuela*, 12-13

¹⁵⁹ Trocel Yabrudy, *El procedimiento administrativo electrónico como medio para alcanzar la buena administración en Venezuela*, 64

¹⁶⁰ Pellegrino Pacera, *La necesidad de replantear la noción del acto administrativo en un mundo virtual*, 285

¹⁶¹ Hernández González, *El control judicial de la Administración electrónica. Comentarios a la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 15 de diciembre de 2011*, 223

¹⁶² Alfonso Paradisi y Miralles Quintero, *Aportes para un procedimiento administrativo electrónico en Venezuela*, 9

Para ello, analizaremos los problemas que podrían surgir con el manejo de la IA y culminaremos con la respuesta a la pregunta. Asimismo, es necesario repasar que la IA se puede expresar a través de herramientas como *Big Data*, KDD, ML (en sus diferentes expresiones), *computer vision*, *speech*, robótica, PLN y cualquier otra forma de intentar replicar y desarrollar la inteligencia natural, de humanos y seres vivos, a través de medios electrónicos.

Un problema común en la implementación de bases de datos para sistemas de IA son los posibles sesgos desde su programación, haciendo que las decisiones se tornen hacia un lado u otro; o bien, el sesgo se puede generar a partir de los datos que utiliza la IA al tomar una decisión¹⁶³. Aunado a esto, la IA trabaja a través de la *Big Data*, un conjunto enorme y complejo de datos que crece de manera exponencial con el tiempo y que requieren de aplicaciones informáticas no tradicionales para su procesamiento. En países donde las actuaciones de sus gobiernos se ponen en tela de juicio debido a la falta de transparencia y credibilidad existente, esto podría constituirse como un enorme problema debido a:

En primer lugar, los datos que se otorguen en el procedimiento administrativo y requiriesen privacidad, estarán en control de una Administración dudosa que podría usarlos para algún fin totalmente alejado de los fines del procedimiento administrativo; desde la firma electrónica del usuario, contraseñas, y demás problemas de seguridad que pueden ser vulnerados por la propia Administración¹⁶⁴. En segundo lugar, otro problema que se puede suscitar es que la programación del sistema podría darse de tal manera que pudiesen realizarse sesgos en favor de la Administración, especialmente cuando las personas que realizan peticiones o interponen recursos ante los órganos administrativos pudiesen tener alguna afiliación política contraria al gobierno de turno. El sesgo podría generar discriminación y violación del principio de igualdad ante la ley¹⁶⁵.

El problema del sesgo puede darse también por errores en la programación de los algoritmos de la IA. Esto podría traer como consecuencia que la Administración, en el mejor de los casos, aun cuando velase por la transparencia de los procedimientos y el acceso a la información, no pudiese explicar por qué se tomó una determinada decisión.¹⁶⁶ En el peor de los casos, podría ocurrir que los funcionarios públicos, conociendo las fallas de la programación, se aprovechen de los errores, pudiendo

¹⁶³ Matheus Hidalgo, *Inteligencia artificial: Problemas y reflexiones para el Derecho Administrativo*, 15

¹⁶⁴ Un ejemplo de la violación del secreto y la privacidad en Venezuela fue la conocida "Lista Tascón"

¹⁶⁵ Matheus Hidalgo, *Inteligencia artificial: Problemas y reflexiones para el Derecho Administrativo*, 23

¹⁶⁶ *Ibidem*, 18

excusarse en que los problemas vienen desde la propia programación, y por ende, pretender que se les deba eximir de cualquier responsabilidad¹⁶⁷.

Relacionado a ello, se debe destacar el artículo 75 de la LI en el que se regula el suministro de información, es decir, la interoperabilidad entre los distintos órganos y la recolección de los datos de los administrados, se establece:

Artículo 75. El Poder Público y el Poder Popular, a través de las tecnologías de información, están obligados a notificar a las personas:

1. Que la información será recolectada de forma automatizada;
2. Su propósito, uso y con quién será compartida;
3. Las opciones que tienen para ejercer su derecho de acceso, ratificación, supresión y oposición al uso de la referida información y;
4. Las medidas de seguridad empleadas para proteger dicha información, el registro y archivo, en las bases de datos de los organismos respectivos.

El problema que surge con el artículo que se cita, es que en ninguna parte regula que se debe pedir autorización del ciudadano para que este acceda o no a compartir sus datos. Parece pues, que la Administración tendría derecho total a compartir información privada, generando entonces desconfianza.

La LI, por medio de su artículo 77, regula la protección de la información, ordenando a los órganos del poder público proteger la información que obtienen de manera electrónica. Ello resulta contradictorio con la realidad, pues como veremos a continuación, ni los propios ministerios (entendiendo que son parte de la Administración Pública) son confiables para la protección de datos.

En Venezuela existen 33 ministerios, cada uno con diferentes sitios webs dispersos por todo el mundo del internet –pues no existe una plataforma web centralizada en el cual se acumulen todos estos sitios webs y sus servicios–. De las 33 plataformas ministeriales, 14 se encuentran fuera de servicio¹⁶⁸ –casi la mitad– y tan sólo 2 ministerios utilizan como protocolo de transferencia de datos HTTPS, mientras que los 31 restantes utilizan HTTP. El HTTPS es un protocolo de transferencia de hipertexto seguro que funciona para poder tener seguridad en un sitio web al encriptar las comunicaciones de él, es la versión segura de HTTP. Las plataformas que sólo utilizan HTTP hacen mucho más fácil los *hackeos* y robos de información en sus sitios webs. Como se observa, existe un serio problema de ciberseguridad en las plataformas webs de la Administración–

¹⁶⁷ *Ibidem*

¹⁶⁸ Para la fecha en que se accede, 29 de septiembre de 2023.

aunque para este análisis nos centramos en las webs ministeriales y no las de toda la Administración-. Esto es un punto a tener en cuenta de cara a realizar procedimientos administrativos a través de plataformas webs de la Administración, y en ellos se colocará la información de los usuarios.

Igualmente se debe destacar que según cifras del último trimestre del año 2022¹⁶⁹ publicadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)¹⁷⁰ sólo 17.402.270 de venezolanos tienen acceso al servicio de internet y según la web del *World Bank*¹⁷¹—se utilizan estos datos ante la falta de cifras oficiales por el Instituto Nacional de Estadística (INE)—hay aproximadamente 28.301.696 de habitantes en Venezuela¹⁷², es decir, hay al menos 10.899.426 personas sin acceso a internet, lo que es aproximadamente un 40% de la población.

Lo anterior se erige como un problema para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos por la falta de la infraestructura para el acceso de toda la población al internet, pues imposibilitaría a millones de personas su acceso para la realización de procedimientos administrativos electrónicos. Adicionalmente, personas que viven en las calles, comunidades indígenas donde el internet no llegase, personas de la tercera edad que no tengan dominio del internet, serían grupos vulnerables que podrían llegar a no tener acceso a los procedimientos administrativos electrónicos.

Asimismo, la deficiencia del sistema eléctrico venezolano podría llegar a ser otro problema. Los constantes apagones que duran desde minutos, horas o días, le imposibilitan al ciudadano el acceso a los medios electrónicos para la realización de trámites administrativos; consecuencia aparte de los apagones son la quema de los electrodomésticos, dañándose desde celulares hasta computadoras, medios que serían necesarios para el acceso a los portales web de las distintas Administraciones Públicas.

Otro punto es que, no es recomendable la total automatización de los procedimientos administrativos en Venezuela al menos en las fases de sustanciación y finalización. Ello, primero, observando que aún ni siquiera España —siendo el país más avanzado de los que hemos estudiado— lo ha hecho, pues aún se requiere intervención humana conforme a la legislación vigente¹⁷³; segundo, que la Administración Pública venezolana no genera confianza alguna para dejar al arbitrio de algoritmos la decisión final del procedimiento y es que los mismos pudieran estar

¹⁶⁹ Son las últimas publicadas

¹⁷⁰ CONATEL, *Informes cifras del cuarto trimestre 2022*, en <http://www.conatel.gob.ve/informe-cifras-del-cuarto-trimestre-2022/> (consultado el 30/9/2023)

¹⁷¹ The World Bank, *Population, total - Venezuela, RB*, en <https://data.worldbank.org/indicador/SP.POP.TOLT?locations=VE> (consultado el 30/9/2023)

¹⁷² Teniendo en cuenta la cifra negra que pudiese existir por los miles de personas que viven en la calle y aquellos que por diversas razones no se contabilicen

¹⁷³ Este punto ya se explicó cuando se tocó el tema de España

modificados o “errados” a propósito en pro de lograr beneficios para la propia Administración.

¿Y en la fase de iniciación? Sí sería posible, debido a que esta es la fase en la que menos discrecionalidad de la Administración podría haber. En esta fase del procedimiento administrativo se puede crear un sistema automatizado a través de formularios para iniciar el procedimiento administrativo de manera uniforme utilizando herramientas como ML. De esta manera, se puede reducir la probabilidad de que falte algún dato que deberá solicitar la ley en su futura reforma y/o promulgación. Aun así, faltando algún dato, o que alguno pudiese ser incorrecto, se usaran herramientas como los árboles de decisión para lograr un correcto procesamiento de la información y decidir positiva o negativamente el inicio del procedimiento administrativo. Asimismo, se puede implementar un sistema de *chatbot* con herramientas como PLN o KDD para responder cualquier duda con respecto al procedimiento administrativo durante las 24 horas del día o reportar problemas en la funcionabilidad de las plataformas webs para que puedan ser arregladas con inmediatez.

Ahora bien, un ejemplo a resaltar sobre lo anterior y que se vive en la actualidad en Venezuela es el de la plataforma web del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME). Esta plataforma permite la iniciación de diferentes procedimientos administrativos de manera electrónica las 24 horas del día –o al menos ese es su objetivo–; sin embargo, son varios los problemas que el sitio web posee. Su acceso está imposibilitado por el propio sistema ya que en diversas oportunidades muestra errores para iniciar sesión; si olvidaste la clave, te muestra errores como *bad request* al momento de querer recuperar los datos perdidos; si se pretende registrar, el sistema igualmente arroja error¹⁷⁴.

A esto se le suma que trámites como la emisión de una nueva cédula de identidad o pasaporte se deben realizar por la web del SAIME, pero los problemas de acceso de la web lo imposibilitan, trayendo consigo la violación del derecho a la identidad de los venezolanos al no poder realizar el procedimiento de obtención de sus documentos de identidad. Ello genera, además, la violación de otros derechos como el de la educación pues los documentos de identificación son exigencia en los distintos centros educativos del país para el inicio o continuación de los estudios en los distintos niveles académicos.

La situación actual en Venezuela (los problemas de internet, electricidad, y deficiencia en las plataformas de la Administración) no permite una iniciación del procedimiento administrativo de forma exclusivamente electrónica. Si bien se considera posible su total automatización a través de las plataformas webs de la Administración, también se

¹⁷⁴ Según último acceso a la web del SAIME el 30 de septiembre de 2023

considera estrictamente necesario que, al igual que en los países estudiados, se permita la iniciación de los procedimientos administrativos a través también de la manera tradicional, es decir; que el ciudadano pueda acudir al órgano o ente de la Administración Pública a solicitar el inicio de un procedimiento administrativo. De esta forma, toda la población podría ejercer sus derechos ante la Administración de la manera en que su realidad le permitiese.

Y en cuanto a las demás fases del procedimiento administrativo ¿es posible aplicar la IA a los procedimientos administrativos en Venezuela al menos con cierta intervención humana? La respuesta es que sí es posible, pero esta debe estar acompañada, como se comentó en un inicio, de una reforma de la LOPA y/o la creación de una ley especial de procedimientos administrativos electrónicos. En ellas, sería importante regular la protección de datos personales de forma estricta, el desarrollo de la ciberseguridad, el manejo estricto de licitaciones públicas para la adquisición de correctos y eficientes prestadores de servicios de IA para evitar, en lo posible, los errores en sus algoritmos¹⁷⁵; además, se deberá regular la atribución de responsabilidad en casos de errores que pudiesen afectar a los ciudadanos.

También es necesario que se destinen los fondos suficientes en la creación de plataformas digitales verdaderamente destinadas a la Administración digital y al procedimiento administrativo electrónico y fondos para la adquisición de los medios electrónicos necesarios para la correcta implementación del procedimiento administrativo.

Asimismo, se deben destinar recursos para el acceso y mejora del internet en el país. Además, aun corrigiendo las deficiencias de electricidad e internet, es sumamente importante que se permita realizar las fases de sustanciación y finalización no sólo de la manera electrónica sino también de la forma tradicional¹⁷⁶.

Por último, secundamos las propuestas que hace Belandria García, quien propone una serie de elementos necesarios para el funcionamiento del procedimiento administrativo electrónico, dichos elementos son: portal en internet, enlaces para formular peticiones, registro electrónico, identificación electrónica, firma electrónica, expediente electrónico, acto administrativo electrónico y notificación electrónica.¹⁷⁷ Todo ello como indicamos previamente, a través de la reforma de la LOPA o la aprobación de una ley especial de procedimientos administrativos.

¹⁷⁵ Antonio David Berning Prieto, "La naturaleza jurídica de los algoritmos", en Eduardo Gamero Casado (dir.), *Inteligencia Artificial y sector público* (Valencia: Tirant lo blanch, 2023): 124-127

¹⁷⁶ Por las varias razones que se explicaron con mayor detalle al hablar de la fase de iniciación.

¹⁷⁷ José Rafael Belandria García, "El procedimiento administrativo telemático", *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo*, núm. especial II (2017): 43

V. Conclusiones

Estamos en el momento indicado para empezar a discutir en la Asamblea Nacional la reforma de la LOPA y la creación de una ley especial sobre procedimientos administrativos tal como existe en Uruguay. Y el momento es el indicado porque tenemos múltiples ejemplos que han funcionado en nuestra región y que pueden servir de referencia para implementarlos en nuestro país; y aunque deben buscarse las tecnologías adecuadas, nos encontramos en una etapa de desarrollo de distintos procesos de la vida humana a través de las diferentes maneras de expresión de la IA.

Se requiere una atención absoluta por parte de quienes ejerzan la rama legislativa del poder público, pues la IA día a día evoluciona o cambia, pudiendo desfasar a las leyes nuevas que se pudieran promulgar para regular la materia. Se deben regular normas amplias que puedan abarcar cualquier cambio o avance tecnológico, o estar preparados para realizar constantes reformas a los textos normativos.

Si bien pareciese complicada la implementación de la IA en los procedimientos administrativos en Venezuela, surge la necesidad de realizarlo. Como se estudió, en otros países los beneficios han sido múltiples, desde económicas, hasta para el medioambiente incluso; la simplificación de los trámites administrativos y el poder realizarlos en cualquier hora el día, son parte de toda esta implementación de la IA en los procedimientos administrativos.

La Administración Pública debe centrar esfuerzos para la creación de las condiciones necesarias en el uso de la IA, y de este modo, se destinen todos los recursos que se necesiten—con un correcto control para evitar casos de corrupción— para lograr el procedimiento administrativo electrónico eficiente.

CONTROL JUDICIAL DE LA PROPORCIONALIDAD EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS MEDIANTE EL USO DE HERRAMIENTAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Fernando Javier Delgado Rivas*

I. Introducción

De entre los avances tecnológicos más recientes que nos ha traído la presente era digital¹, sin duda alguna aquel de las tecnologías de la inteligencia artificial o IA es el que mayor irrupción está generando en estos momentos en nuestra sociedad globalizada.

Pero esta inteligencia artificial no es por supuesto una como la que se imaginó en la literatura y artes cinematográficas de mediados del siglo pasado –al menos no aún– circunscrita a la existencia de máquinas robóticas capaces de reemplazar a las personas en una gran variedad de actividades e incluso de pensar por sí mismas o ser conscientes, sino una que se centra en una gran capacidad de procesamiento de datos, mediante el empleo de complejos algoritmos que pueden ser programados para emitir determinadas respuestas y al mismo tiempo ir “aprendiendo” de esa metodología.

De modo que hoy en día es posible concebir que un software o programa de computación pueda recopilar una gran cantidad de información y quizás a una velocidad mucho más rápida que la de una persona promedio, con la finalidad de poder emitir respuestas coherentes y lógicas sobre cualquiera asunto o tema que pueda estar incluido dentro de la universalidad de los datos e información recopilados, ya sea a través del uso del lenguaje o incluso de representaciones audiovisuales o gráficas.

Esto sin duda alguna representa una nueva facilidad y ventaja para el cumplimiento de muchas labores básicas, que anteriormente sólo podían ser realizadas por seres humanos. Así, cualquiera seguramente ya se ha

* Este trabajo obtuvo el tercer lugar del Concurso de Artículos Jurídicos para Jóvenes, primera edición, 2023.

¹ También llamada “cuarta revolución industrial”, ha sido catalogada como “[...] aquello que estaría relacionado con la circunstancia técnica por la cual hubiera una viabilidad de tecnología digital para soportar toda la información de la sociedad”, *vid.* Fernando Sáez Vacas, “La Era Digital”, en Universidad Complutense (ed.), *Del cobre a plataformas digitales*, cursos de verano 1997 (Madrid: Editorial Teldat, 1997): 139.

topado con los denominados “chat bots”², herramientas tecnológicas e informáticas concebidas para brindar cierto tipo de atención a usuarios o clientes de determinados servicios en línea o en internet, sustituyendo de esa manera a la fuerza laboral que se necesitaría para brindar ese servicio.

La irrupción de este tipo de tecnologías no ha dejado de tener su impacto en el derecho y las posibles consecuencias que ella pueda tener en los roles que cumplen cada uno de los operadores del ordenamiento jurídico. Más allá del típico enfoque de necesaria reglamentación o regulación de estas tecnologías, que es algo que siempre ocurre cada vez que se presenta un nuevo fenómeno en la sociedad frente al derecho, la segunda cuestión esencial que generalmente se plantea sobre el impacto de estas tecnologías en el derecho, es si los abogados, jueces, funcionarios y auxiliares del sistema de justicia -entre otros- podrían delegar o sustituir parte de sus atribuciones, actuaciones o labores, en herramientas que usen la tecnología de la inteligencia artificial.

En ese mismo sentido, el uso de la inteligencia artificial no tendría que implicar solamente la plena sustitución en sus funciones de las personas que cumplan determinados roles dentro del ordenamiento jurídico o del Estado, sino que podría constituirse también en una muy útil herramienta para el mejoramiento de sus capacidades y de la eficiencia en general, apuntando especialmente a la procura de un desempeño no sólo más rápido o económico, sino incluso hasta de una índole quizás mucho más objetiva, en lo que a la ejecución de preceptos legales se refiere.

Ante esta segunda posibilidad que se plantea sobre el uso de la inteligencia artificial en el derecho, cobra mucha importancia considerar la viabilidad de que dicha tecnología pueda ser empleada como un factor de optimización en el cumplimiento de los principios y principales preceptos del Derecho Administrativo, debido a que por ser éste un Derecho Público, cada ventaja operativa que suponga la reducción de arbitrariedades y equívocos, se traduce en mejoras que de forma inmediata impactan a toda la colectividad.

Por lo mismo, contar con herramientas que incrementen la eficiencia en el cumplimiento de actividades de la Administración Pública, puede igualmente servir para un mejor control de las desviaciones e ilegalidades que puedan suceder en el ejercicio de la función administrativa.

En el presente ensayo, precisamente nos proponemos la posibilidad de concebir controles en el Derecho Administrativo que se basen en el

² Aplicaciones informáticas que son capaces de mantener una “conversación” mediante la emisión de respuestas automática programadas, pero que cada vez son más complejas o se sirven de una metodología de aprendizaje conocida como “machine learning” por medio de complejos algoritmos propios del funcionamiento de la actual inteligencia artificial.

uso de la inteligencia artificial, específicamente sobre el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, por ser ésta la que lógica y usualmente deviene en la mayor parte de las arbitrariedades, despropósitos y gravosas consecuencias para los particulares, cada vez que no se ejerce acorde con las garantías de derechos fundamentales y demás principios que consagra el ordenamiento jurídico venezolano.

En este propósito, nos abocaremos especialmente a la posibilidad de que pueda ejercerse un más eficiente control en sede jurisdiccional –mediante el uso de la inteligencia artificial– del debido cumplimiento de las actuaciones sancionatorias de la Administración Pública con el principio de proporcionalidad. Para ello, nos referiremos brevemente y en primer lugar a una noción de potestad sancionatoria de la Administración.

De seguidas, haremos también referencia al entendimiento de la inteligencia artificial y de su utilidad, que actualmente –como veremos– debe considerarse inseparable de los datos e información que la alimentan como fuente de su funcionalidad, siendo que entender también la naturaleza de éstos supone el poder verificar la transparencia de los resultados que son obtenidos al hacer uso de esta tecnología.

Como corolario de todo lo anterior, nos pronunciaremos acerca de un vehículo procesal idóneo que pueda proveer la correspondiente legislación adjetiva, a los fines de la introducción de esta tan novedosa funcionalidad tecnológica en la mejora de los debidos y siempre necesarios controles que deben efectuarse sobre la actuación del poder público en su arista administrativa.

Esa es la idea que subyace en las motivaciones del presente ensayo, que no es otra que la de explorar las posibilidades que podría conllevar el uso de nuevas tecnologías, en la optimización de las limitaciones y controles jurídicos sobre la función pública estatal que más impacta directa y constantemente sobre las personas, la función administrativa.

II. Sobre la potestad sancionatoria de la Administración

Cuando se trata de referirnos a la función administrativa en general y a las distintas potestades y actividades en las que ésta se manifiesta, parece ineludible –al menos en el sistema continental de derecho y dentro de nuestra concepción de Derecho Público– que no dejemos de observar las potestades sancionatorias de la Administración pública.

Ciertamente, en Venezuela hoy nos encontramos ante un ordenamiento jurídico repleto de una gran cantidad de leyes y normas que expresamente consagran potestades sancionatorias a los distintos entes y

órganos de la Administración Pública³; en todos sus niveles, pero principalmente en los niveles nacional y municipal.

Sobre su conceptualización actual, la doctrina patria más calificada ha indicado que:

La potestad sancionatoria es una de las típicas manifestaciones de la actividad de administración, por medio de la cual los órganos del poder público, previamente facultados por ley para ello (principio de legalidad) imponen sanciones, previamente definidas en la ley, por la comisión de hechos o la omisión de actuaciones establecidas en la ley como faltas en cuanto ponen en riesgo o atentan contra el orden público⁴.

Más allá de las discusiones de fondo, acerca de si el principio de separación orgánica de las ramas del poder público debiera comprender o no que la posibilidad de ejercer el llamado *ius puniendi*, debe de quedar relegada a la rama judicial en todos sus formas y tipos posibles (ya sea de una marcada naturaleza penal o administrativa), la realidad es que ya se ha reiterado y es casi una costumbre de nuestro legislador, el que se establezca no solo la posibilidad de que la Administración Pública pueda directamente proceder con la determinación de una sanción, producto de las infracciones en las que incurran los particulares cuando violentan las leyes y normas de contenido administrativo, sino también de proceder igualmente con su ejecución forzosa y jurídicamente irresistible frente a los presuntos infractores, sin la necesidad de tener que acudir a órgano jurisdiccional alguno para ello.

Esta realidad, que se encuentra definitivamente positivizada en nuestro ordenamiento y que en general no encuentra oposición o pronunciamiento en contra de parte de la doctrina⁵, tiene que ver también con uno de los principios o características esencialísimas de la naturaleza de la Administración Pública en el Derecho Administrativo venezolano, que no es otra que la llamada autotutela, lo que implica no tanto la mera posibilidad de revisar y revocar los propios actos que ésta dicte, sino más principalmente la de que a esos actos se les reconozca la cualidad de un título ejecutivo y susceptible de ser forzosamente ejecutado sin auxilio judicial

³ José Peña Solís, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana* (Caracas: Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, 2005): 20.

⁴ Rafael Badell Madrid, "Potestad sancionatoria de la administración en Venezuela", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, núm. 22 (2022): 40.

⁵ No obstante, un sector de la doctrina se ha mostrado en contra de esta clásica postura, como es el caso del profesor Luis Alfonso Herrera Orellana, que en uno de sus trabajos llegó a afirmar sobre la potestad de autotutela de la Administración pública que "Es irresponsable, inconstitucional y contrario a la libertad, seguir afirmando que todo acto dictado por la Administración, cualquiera, está dotado de ejecutividad y ejecutoriedad y que la actuación judicial sólo ha de estar asegurada a posteriori". Luis Alfonso Herrera Orellana, "Derecho administrativo y libertad. O por qué el derecho administrativo venezolano no ha respetado ni promovido la libertad", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, núm. 2 (2014): 88-89.

alguno, lo que se ha conocido también como la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos⁶.

Dentro del universo del *ius puniendi* del Estado, que comprende tanto las sanciones penales como las administrativas, es necesario indicar que la diferencia entra una y otra radica en que “(...) las penas generalmente comprenden medidas privativas de libertad, las cuales no tienen cabida, bajo ningún supuesto, cuando de sanciones administrativas se trata”⁷.

Muchas son las razones y argumentaciones que se han esgrimido como sustento de esta forma de actuación de la Administración Pública⁸, la cual por supuesto encuentra su arista de mayor impacto en el ejercicio de las potestades sancionatorias⁹, que son las que afectarán en forma negativa sobre los particulares. En ese sentido, observa Díaz que:

(...) ese privilegio de ejecución de oficio cobra sentido en los “actos administrativos que imponen deberes y *restricciones a los particulares*” y no para aquellos cuya puesta en práctica revela innecesario recurrir a la fuerza, siendo ejemplos de los últimos, la designación de un funcionario público, la revocación de una beca (...) ¹⁰ (resaltado nuestro).

Lógicamente, es entonces en el ejercicio de la potestad sancionatoria, en el que más resalta este principio de autotutela que rige las actuaciones de la Administración Pública, toda vez que no se trata solamente de una limitación genérica de los derechos de los particulares, sino más concretamente de una afectación en su esfera jurídica subjetiva, que seguramente podría implicar una disminución patrimonial, una reducción o revocación en sus derechos previamente habilitados o no por la Administración, y en suma, cualquier otra actuación material que signifique un resultado inequívocamente no querido ni ventajoso en forma alguna para el particular sancionado.

En el caso de Venezuela, el exponencial crecimiento del aparato administrativo conllevó también al elevado desarrollo de su rama

⁶ Eloy Lares Martínez lo explica de la siguiente manera: “Así como la voluntad de la administración pública se impone sin mediación de los tribunales, cuando se trata de dar ejecución a sus actos, también dicha voluntad se basta a sí misma, sin necesidad de intervención judicial”. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, XIII edición (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2008): 200-201.

⁷ Jesús David Rojas-Hernández, *Los principios del procedimiento administrativo sancionador como límites de la potestad administrativa sancionatoria* (Caracas: Ediciones Paredes, 2004): 31.

⁸ Casi todas las ideas detrás de este razonamiento se centran en el atribuido fin de la Administración pública, de tutelar el interés público o general.

⁹ Lo cual –según Jesús David Rojas-Hernández– se ha asumido en forma pacífica por la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera. Rojas-Hernández, *Los principios del procedimiento administrativo sancionatorio*, 31.

¹⁰ Ángel Alberto Díaz, “Comentarios sobre la ejecutoriedad de actos administrativos a propósito de la sentencia 405/2018 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia”, *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*, año 2018 (2019): 132

sancionatoria, que a mediados del siglo pasado aparecía como modesta, pero que hoy sin duda exhibe una enorme potencialidad sancionatoria, aunque a veces latente¹¹, y otras veces más activa.

Así lo indica la doctrina –concretamente Peña Solís– quien ya desde el año 2005 advertía en nuestro país, acerca de la existencia de “(...) una verdadera yuxtaposición de normas sancionatorias (...) de la cual resulta la atribución de una potestad sancionatoria de la Administración Pública *exorbitante*, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo (...)”¹².

No obstante, en forma paralela al comentado crecimiento, también se vino construyendo jurisprudencia y doctrina que ha tendido no sólo al entendimiento del ejercicio de potestades administrativas sancionatorias en Venezuela, sino también a su concreta delimitación legal¹³, “(...) produciéndose un tránsito muy lento hacia la idea de que la actuación punitiva de la Administración Pública, debía estar rodeada de ciertas garantías, moduladas sobre la base del esquema conceptual en el que reposa el principio de legalidad penal”¹⁴. Todo lo cual, muy seguramente contribuyó a que la vigente Constitución de 1999 finalmente reconociera expresamente el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa y su necesaria delimitación legal¹⁵, a través de su artículo 49, numeral 6¹⁶.

Sobre la base de lo anterior, corresponde entonces no tanto verificar si la Administración Pública en Venezuela cuenta o no con una amplísima y hasta quizás avasallante potestad de imponer sanciones a los particulares que a consideración de ésta, hayan infringido el ordenamiento jurídico administrativo dispuesto en la legislación y en la también gran cantidad de normas de rango sublegal que ésta misma dicta a través del ejercicio de otra de sus potestades, que se concreta en la actividad de ordenación o reglamentación; sino que en cambio recientemente la labor de

¹¹ En la práctica esto se ha observado con el peculiar caso de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), que durante un tiempo mantuvo una estricta y represiva actividad sancionatoria por la presunta infracción de precios regulados, pero que actualmente pareciera haber abandonado cualquier intención de sancionar conductas que hasta el momento siguen estando tipificadas como infracciones en leyes vigentes.

¹² Peña Solís, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana*, 21.

¹³ Lo que ha devenido en una especialidad del derecho administrativo, el derecho administrativo sancionatorio o derecho administrativo represivo “(...) cuyo objetivo es el estudio de la actividad administrativa sancionatoria del Estado con el propósito de disuadir al agente de atentar contra el ordenamiento jurídico establecido, de modo que su finalidad no es la sola aplicación, a ultranza, de una sanción.” Rojas-Hernández, *Los principios del procedimiento administrativo sancionatorio...*, 32.

¹⁴ Peña Solís, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana...*, 35.

¹⁵ *Ibidem*, 57.

¹⁶ Artículo 49 de la Constitución: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: (...) 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. (resaltado nuestro).

la doctrina ha sido la de precisar los canales formales que para ello deberá inexorablemente seguir la autoridad pública para legal y constitucionalmente poder cumplir con sus cometidos sancionatorios, toda vez que también es doctrina pacífica y reiterada así como inobjetable por la propia jurisprudencia, que la obligación de los órganos jurisdiccionales de cumplir con el debido proceso en el ejercicio del poder punitivo penal, es igual de exigible a los órganos y entes de la Administración Pública, al momento de ejercer la potestad sancionatoria dentro del ámbito de sus competencias.

Adicional a ello, no se trata sólo de la formalización y del cumplimiento con el mandato constitucional de seguir un procedimiento¹⁷ legalmente establecido para que un acto administrativo sancionatorio pueda legalmente existir y ser susceptible de ejecución, sino que también la doctrina¹⁸, la misma legislación y reiterada jurisprudencia, ha propugnado el establecimiento de límites al ejercicio de esta potestad. En otras palabras, se trata de "(...) una laboriosa pero no menos apasionante misión de determinar *los límites de la potestad administrativa sancionatoria*"¹⁹.

Convengamos en que al ser una realidad el poder punitivo administrativo, al Derecho Administrativo ya no le corresponde tanto reconocerlo y admitirlo, sino más bien mitigarlo en cuanto sea posible, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales, libertades de los particulares, y así evitar la arbitrariedad en el ejercicio de ese poder.

Así, consideramos que hoy el Derecho Administrativo no debe ser visto como un factor de equilibrio entre los privilegios del poder y los derechos de las personas. Antes bien, conviene más entenderlo como el límite de ese poder que, a través de distintos mecanismos jurídicos positivizados, tales como el principio de legalidad en materia sancionatoria, la garantía de reserva legal en cuanto el establecimiento de procedimientos, y otros principios que incluso son exportados del clásico Derecho Penal,

¹⁷ Una de las críticas que a bien tuvo en señalar Peña Solís sobre la potestad sancionatoria de la Administración en Venezuela, es la falta que aún sufrimos hoy en día de un procedimiento sancionatorio común positivizado. En lugar de ello, impera un numeroso catálogo de procedimientos especiales encontrados en forma dispersa en la gran cantidad de leyes de contenido administrativo, y muchas veces el legislador incluso se limita a sólo establecer sanciones sin más, todo lo cual genera un "(...) un panorama normativo confuso y caótico, porque no existe un verdadero hilo conductor en materia procedimental, al punto de que trámites tan fundamentales como el acto de apertura, en algunas leyes está previsto y en otras no (...)" Peña Solís, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana*, 22.

¹⁸ De hecho, conforme a doctrina de la propia Contraloría General de la República (1997), cuando la Administración ejerce la potestad sancionatoria "(...) no puede aspirar a tener un poder absoluto sobre los ciudadanos, sino sólo poderes concretos que son excepciones singulares a la situación básica de libertad, pues como toda potestad administrativa, la potestad sancionatoria de la Administración no es ilimitada y global, por el contrario, es específica, concreta y tasada" Rojas-Hernández *Los principios del procedimiento administrativo sancionatorio...*, 34.

¹⁹ *Ibidem*, 33.

servirán como un edificio o muro de contención²⁰ ante lo que más de las veces se nos presenta como un mal necesario, que es el ejercicio del poder político y la ineludible noción de autoridad y coerción que ello implica frente al ciudadano común²¹.

Frente al enorme y hasta a veces tenido como desmedido²² poder sancionador de la Administración pública en nuestra y otras latitudes, el particular aparece como muy disminuido y más de las veces sujeto a todo tipo de arbitrariedades o situaciones que pueden ser percibidas como injustas o por lo menos inequitativas, al producirse la circunstancia de que el ejercicio de la potestad sancionatoria –que es obligatorio por tratarse del ejercicio de una competencia–²³ en la práctica recae sobre la persona que decida al funcionario inspector o fiscalizador, quien en un ejercicio puro de razones de oportunidad y conveniencia, selecciona a uno o varios de entre un posible universo de infractores, lo que conlleva a que por cuestiones del azar, el resto de los infractores termine evadiendo la sanción, sin que tal situación de desigualdad pueda ser reclamable de forma alguna²⁴.

Ante este panorama un poco desolador que parece dejar sin convincentes argumentos el mantenimiento de un sistema punitivo administrativo, conviene resaltar razonamientos dirigidos precisamente a sustentar

²⁰ En efecto, consideramos que el derecho administrativo debe ser visto como la herramienta de control y limitación de los poderes de la administración, incluso yendo más allá –en ese fin de disminuir la arbitrariedad y la situación precaria frente al poder del particular– de los clásicos principios encontrados en la legislación civil ordinaria, tal y como lo apuntó José Peña Solís al proponer que en el ámbito de las sanciones administrativas, sea reinterpretada la norma contenida en el artículo 3 del Código Civil venezolano, que establece la inoponibilidad de la ignorancia de la ley como defensa ante su incumplimiento. Al respecto, este autor propone –muy acertadamente– que “(...) una garantía que tendería a equilibrar esa ecuación sería, por ejemplo, armonizar el citado dispositivo, con el derecho a la suspensión automática de la sanción, con la mera interposición del correspondiente recurso, administrativo o contencioso”. Peña Solís, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana*, 28.

²¹ Y es que esta es una idea o noción que a nuestro entender nunca debe ser olvidada, cuando se trate de la Administración Pública y del derecho administrativo en general, el poder debe ser permanente cuestionado, limitado y sólo utilizado para lo estrictamente necesario, porque un poder que se comprenda sin prudencia y precaución pasa de ser un mal necesario o un mal incontrolable.

²² Peña Solís, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana*, 31.

²³ Carácter de obligatorio que se desprende del artículo 26 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial núm. 6.147 del extraordinario de 17/11/2014). Artículo 26: Toda competencia atribuida a los órganos y entes de la Administración Pública será de *obligatorio cumplimiento* y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos. (resaltado nuestro).

²⁴ Lo que es comentado por Nieto respecto de un criterio reiterado de la jurisprudencia española, según el cual dicha situación es irreproachable por cuanto “(...) el infractor no puede escudarse –se argumenta– en la irregularidad de los demás ni invocar la igualdad en situaciones ilegales”. Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Cuarta edición (Madrid: Editorial Tecnos, 2005): 29.

el ejercicio de la potestad sancionatoria, como parte de un mecanismo de exigibilidad en el cumplimiento de las leyes que redunde en su eficacia, más allá del delimitado y no pocas veces intrincado²⁵ sistema de los procedimientos judiciales. Sobre ello, nos resultan como muy esclarecedoras y cercanas a la realidad, las reflexiones del catedrático español Nieto, quien señala el sentimiento ambivalente sobre las sanciones que operan desde el gobernante, de la siguiente manera:

Los particulares suelen protestar por el exceso de intervencionismo administrativo, por la multitud de reglamentos que predeterminan hasta las más mínimas actividades de la vida cotidiana; pero luego, cuando sucede un accidente (incendio de una discoteca, envenenamientos masivos) reprochan a la Administración su negligencia o tolerancia, es decir, el no haber controlado lo suficiente al causante²⁶.

No podríamos estar más de acuerdo con la afirmación recién citada. Efectivamente, sin bien no hay duda de lo arbitrario, odioso y no pocas veces hasta desproporcionado o ilegal que puede llegar a ser el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria, tampoco es menos cierto que los ciudadanos inmediatamente apuntan a las autoridades y gobierno en general cuando ocurren situaciones desastrosas o cuando unos y otros vulneran sus propios derechos, ya que parece haber un sentimiento generalizado de exigencia frente a la autoridad, de su deber de prevenir todas esas situaciones indeseadas.

Esto es palpable en el día a día. A la vez que las personas se quejan de la persecución de las autoridades cuando desafortunadamente la sanción recae sobre ellas, por otro lado, en incontables otras veces reclaman que “no hay ley” o que existe una “falta de gobierno”, cuando se trata de las afectaciones que les causan los demás, sobre las que además tienen la impresión de que han podido ser prevenidas o evitadas por la autoridad²⁷. Dicho de otra manera, es difícil negar que una gran parte de la sociedad “(...) no ha comprendido que quien gobierna no puede sancionar”, por lo

²⁵ Tal y como lo afirma Rojas Hernández, sobre la actuación del sistema penal de justicia que “(..) la inadecuación de la legislación penal y del juez común, que, por su lentitud, rigidez y tipicidad, o por el contenido socialmente infamante para el infractor, no recomiendan (un sector de la doctrina) que todas las sanciones sean impuestas por los Tribunales de Justicia y siguiendo el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Rojas-Hernández *Los principios del procedimiento administrativo sancionatorio...*, 37.

²⁶ Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 33.

²⁷ Casi nadie podría negar esta observación. Nada más con remitirnos al recientemente popular caso del “Bosque de la Alameda” en el que se presentó un conflicto entre parte de los habitantes del municipio Baruta del Estado Miranda que públicamente rechazaron la construcción de unas canchas de pádel en un área verde de la urbanización la Alameda, y los propietarios promotores de tal proyecto, por presuntamente violentar dicha construcción una serie de leyes y normas ambientales, ante lo cual los primeros reclamaron firmemente el accionar de la Administración competente tanto en su nivel local como nacional. Véase: Víctor Amaya (2 de agosto de 2023), “Proyecto de canchas de pádel desató guerra entre vecinos de La Alameda y una constructora”, *Tal Cual*, en <https://talcualdigital.com/proyecto-de-canchas-de-padel-inicio-guerra-entre-vecinos-de-la-alameda-y-una-constructora/> (consultado el 23/9/2023)

que “(...) el problema no está en admitir esa potestad sancionatoria sino en evitar su expansión innecesaria o exclusiva y establecerle algunos límites precisos”²⁸.

Se trata como hemos dicho entonces de un mal necesario. Sí, de una imposición legal que fácilmente puede degenerar en arbitrariedad e incluso en una constante sensación de inseguridad jurídica, debido a que ante un enorme universo de leyes y normas contentivas de sanciones por infracciones de índole administrativa²⁹, no habrá el particular -por muy diligente y bien asesorado que esté- que opere de una manera perfecta, que conozca con plenitud de todas esas disposiciones, y que al mismo tiempo cumpla absolutamente con todas estas en todo momento³⁰.

Pero por otra parte ¿resultaría realmente conveniente o útil a los efectos de la eficacia de las normas de contenido administrativo, que todo aspecto sancionatorio dependa única y exclusivamente de la previa declaratoria o ejecución de parte de un juez? ¿Realmente sería efectiva una función administrativa que no pueda directamente exigir de los particulares el cumplimiento de los deberes y limitaciones impuestos por la ley? Son preguntas cuyas respuestas deben necesariamente plantearse, ante el fundamental fin de tutelar el interés general que está llamado a cumplir la Administración Pública.

De hecho, puede decirse que esta misma finalidad es la que sirve como única justificación del poder de autotutela de la Administración. En otras palabras, la razón que respalda el que la Administración Pública sea la única persona que en el mundo jurídico pueda hacer uso de la fuerza pública para hacer cumplir los actos que ella misma dicta y que son la manifestación de su voluntad, es la tutela del interés general, en clara diferencia al resto de las personas que procuran actuar y son movilizados – como es natural– por sus propios derechos e intereses.

De otra manera, no vemos que otra justificación puede explicar mejor esta circunstancia, siendo que una mera apelación al simple poder, a la autoridad, o a lo meramente público³¹, parecen más bien retrotraer a un contexto ideológico más propio del absolutismo, en el que la obediencia

²⁸ Rojas-Hernández *Los principios del procedimiento administrativo sancionatorio*, 38.

²⁹ Peña Solís, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana*, 25.

³⁰ Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 29.

³¹ Un sector de la doctrina (Carretero Pérez, A. y Carretero Sánchez, A. 1995) llegó a fundamentar el poder sancionatorio de la Administración, como una manifestación del poder positivizada “que emana del derecho de legislar”, citados por: Rojas-Hernández *Los principios del procedimiento administrativo sancionatorio*, 36. Ciertamente, es fácil concebir la potestad de sancionar como una simple manifestación del poder público, más aún cuando se trata de la rama ejecutiva de ese poder, que no hace las leyes, sino que está llamada a cumplirlas y hacerlas cumplir. Pero de nuestra parte preferimos ir más allá de lo que puede parecer obvio o tradicional y precisar un fin más acorde con las necesidades detrás de ese “poder” en la actualidad, que no son otras que proteger ámbitos colectivos y públicos de la vida cotidiana, que en la realidad escapan siempre del mero interés privado o particular de cada persona individualmente considerada.

plena al mandato de la autoridad provenía de apreciaciones metajurídicas y hasta –si se quiere– metafísicas, como lo era el supuesto origen divino de los monarcas³².

Es por tal razón que, para reforzar la protección de la colectividad en variados aspectos de la vida cotidiana, como la salud, el ambiente, el urbanismo y demás ámbitos similares, se puede comprender como conveniente y útil que la Administración Pública esté llamada a cumplir y *hacer cumplir las leyes* que el Estado a través de sus órganos legislativos haya dictado, y por tanto cuente con la potestad de sancionar directamente a los infractores de esas disposiciones. Todo ello a los fines de mitigar el riesgo en la ocurrencia de situaciones, accidentes, prácticas y hechos que no sólo perjudiquen a una individualidad, o a un grupo pequeño, sino a toda la sociedad o al menos a una parte muy importante de ésta.

La potestad sancionatoria sirve de esa manera para evitar la producción de daños generalizados, de esos que –como ya la mencionamos– una vez que se producen, las personas tienden a señalar como objetivamente responsables (por no haberlos evitado) a las autoridades. Así, si un lago llega a estar contaminado, se cuestionará a las autoridades ambientales competentes por no haber reprimido oportunamente las prácticas contaminantes de quienes hayan causado esa situación. Si por ejemplo un alimento en particular causa la intoxicación generalizada de una población, muy seguramente se exigirá responsabilidad por la falta de previsión y de control de las autoridades sanitarias.

De manera que, como bien lo indica Nieto “Lo que las normas sancionadoras fundamentalmente pretenden es, por tanto, que *el daño no se produzca y para evitar ese daño hay que evitar previamente el riesgo, que es el verdadero objetivo de la política represiva*”³³, planteamiento al que

³² De ahí que no pocas veces se afirme que muchas de las instituciones del derecho administrativo, sobre todo en su origen francés, no significaron otra cosa que la sobrevivencia de las ideas e imposiciones del absolutismo propias del viejo régimen y que por ello son realmente atentatorias del principio de separación de poderes, además de las libertades y derechos individuales. De nuestra parte creemos que aunque resulta innegable las conexiones entre uno u otro régimen respecto de las relaciones de sujeción entre la autoridad y el particular, que anteriormente era entre el súbdito y el soberano, la entrada del derecho moderno y más propiamente del derecho administrativo como conjunto de normas que regularizan o formalizan esa relación a fin de precisar su alcance y límites, funciona como límite del poder de la autoridad, que ahora sólo puede basarse en la necesidad de acometer fines que impactan en toda la colectividad y no en el mandato divino de un soberano al que se le debe ciega e incuestionable obediencia. Es por eso que insistimos en la noción del poder como un mal necesario, que debe ser en todo momento delimitado y controlado por el derecho. Similares consideraciones se produjeron respecto de la potestad tributaria, que evolucionó de un deber casi moral de pagar tributo al soberano, hacia la necesidad de contribuir con los gastos y costos públicos de impacto frente a toda la colectividad. Al respecto véase: Antonio Canova González, “Un Derecho Administrativo Liberal ¿Por qué no?” (conferencia Aula Brewer-Carías, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Universitat Fundació, 22 de agosto de 2023), en <https://www.youtube.com/watch?v=6uYcJSBrJmI> (consultado el 23/9/2023)

³³ Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 40.

nos acogemos plenamente, por cuanto para la reparación de un daño individual existe la responsabilidad civil extracontractual demandable en los tribunales, pero para la protección directa de la salud pública que evite el que sigan produciéndose situaciones de este tipo y los costos que ello implica, aparece como mucho más efectiva la actuación de la Administración Pública, que como tutora del interés general en forma directa, reprima preventivamente prácticas que aumenten el riesgo de accidentes, desastres y demás eventos con una inequívoca potencialidad dañosa frente al público³⁴.

Y es que de otra manera, si se pensara que todas estas cuestiones debieran resolverse por medio de las reclamaciones de reparación de daños, solicitadas ante un tribunal, no habría jamás observancia de parte de una autoridad para la mitigación de riesgos, ni la exigencia coactiva del cumplimiento de normas técnicas preventivas ni nada similar, por cuanto es bien sabido que ningún juez civil puede actuar de oficio y menos aún intervenir preventivamente en relaciones de índole privada a fin de evitar que una parte produzca un eventual daño en la otra; sería ese un planteamiento totalmente absurdo o ilógico frente a lo que entendemos como actividad jurisdiccional del Estado, en el ámbito civil.

Además, si la Administración Pública no estuviera llamada a cumplir estos fines de tutela –si se quiere netamente preventiva– del interés general ¿Qué otro rol o finalidad justificaría su existencia? ¿La única y simple labor auxiliar en la ejecución de las órdenes de los tribunales, es decir, servir sólo de cuerpo de ejecución de sentencias? Resulta difícil encontrar en el mundo occidental de hoy una Administración o rama ejecutiva del poder público única y exclusivamente llamada a cumplir ese rol de policía (en el sentido coloquial de un cuerpo armado de seguridad ciudadana) o de fuerza armada tenida sólo para el ejercicio de la guerra, incluso en el ámbito del derecho anglosajón que se presenta a veces como algo totalmente extraño, contrario y ajeno a las Administraciones Públicas del derecho continental o del *civil law*³⁵.

En suma, salvo que operase un radical cambio de paradigma en la mayoría de la sociedad, en cuanto a lo que se entiende por relación entre

³⁴ Agrega Nieto a manera de ejemplo explicativo que “La fabricación de productos tóxicos ocasiona indudablemente perjuicios individualizados a sus consumidores; pero para su regulación no harían falta normas sancionadoras, ya que bastaría con la responsabilidad civil. *El Derecho Administrativo Sancionador no surge para proteger a los damnificados individuales sino a la salud pública, a los damnificados potenciales, a los que podrían llegar a serlo si no se tomaran las debidas precauciones y no supiera el causante la amenaza que pesa sobre la infracción. Pues bien, tal es la clave de la inteligencia de todo el Derecho Administrativo Sancionador*” (resaltado nuestro). *Ibidem*, 40.

³⁵ Al respecto véase la conferencia de Tomás Arias Castillo, “La Teoría Jurídica Liberal frente al Administrative State en EE.UU”, (conferencia, Universidad Francisco Marroquín, Madrid, 20 de mayo de 2022), en <https://www.youtube.com/watch?v=Koa6O2W0il8> (consultado el 23/9/2023)

la autoridad (gobierno, poder público ejecutivo, Administración Pública), la realidad es que se espera de los órganos y entes administrativos que hagan cumplir la ley y que por ello deben contar con suficiente potestad sancionatoria para ello.

Esta lógica que hemos venido describiendo sin duda se encuentra positivizada en nuestro ordenamiento jurídico. Pero también la Constitución y las leyes están dirigidas a precisar, limitar y en la medida de lo posible disminuir y restringir tan poderosa herramienta, por la sencilla razón de que no puede admitirse el sacrificio de lo esencial en cuanto a los derechos y libertades de las personas, bajo la excusa de actuar a favor del interés general.

Aquí es cuando cobra enorme importancia el estudio y precisión del Derecho Administrativo sancionador, en su arista de concebir los principios que limitan la potestad sancionatoria. De entre estos, nos vamos a referir en esta oportunidad al principio de proporcionalidad, sobre lo cual luego analizaremos la posibilidad de que su exigibilidad se vea reforzada, al momento de que el juez contencioso administrativo esté llamado a controlar la legalidad de las actuaciones sancionatorias de la Administración Pública.

III. El principio de proporcionalidad como límite de la potestad sancionatoria

A fin de cumplir con la delimitación de una potestad tan poderosa y de un marcado potencial ablatorio de la esfera jurídica de los particulares, el Derecho Administrativo en distintas jurisdicciones ha concebido una serie de principios que sirven de base al edificio o muro que busca contener la arbitrariedad y el abuso o la desviación de poder en el ejercicio de esa potestad.

Sobre ello nos comenta Nieto que “La cantera de principios (...) parece inagotable. Aquí puede traerse, en efecto, a colación el *de proporcionalidad*, muy utilizado –en cuanto a principio ‘jurídico’– por la Jurisprudencia para adecuar la gravedad de la sanción a la de la infracción”³⁶.

De entre esos principios, nos enfocaremos entonces en el de proporcionalidad, en tanto que sirve para delimitar que una sanción impuesta por la Administración Pública no resulte arbitraria, desmedida y en general inadecuada ante la respectiva infracción tipificada en la ley, de tal manera que la afectación a la que se enfrente el particular presunto infractor, no represente un daño a sus derechos y libertades, que a la postre termine representando un daño mayor a la sociedad, del que se pretende

³⁶ Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 36.

evitar en un primer momento cuando en una ley se establece una sanción administrativa.

Por ello, el principio de proporcionalidad no debería estar pensando únicamente para controlar o limitar la arbitrariedad en el accionar de la Administración Pública, sino que éste además debiera ser exigible también ante el legislador, pudiéndose demandar la nulidad de una disposición legal que al imponer una sanción resulte a todas luces desproporcionada respecto del daño que podría causar la conducta tipificada como infractora.

En efecto, el principio de proporcionalidad puede encontrar base en la propia Constitución, según observa Peña Solís quien afirma que es de recibo la tesis de su aplicación a todo el ordenamiento jurídico y agrega que:

(...) no cabe duda que forma parte del contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, de tal manera que aunque no aparezca expresamente estatuido en una norma legal, la exigencia de su aplicación es inexcusable, por encontrar su sustentación en la referida norma constitucional³⁷.

Generalmente se explica que el principio de proporcionalidad encuentra su base legal principal³⁸ en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³⁹ (LOPA), que reza así:

Artículo 12: Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

De esta norma, se infiere que lo que se quiso controlar o evitar, fue la arbitrariedad con ocasión del ejercicio de las llamadas potestades discrecionales de la Administración⁴⁰, con lo cual surge la duda de si el principio de proporcionalidad sólo puede ser invocado –a los efectos del control de la legalidad de los actos administrativos sancionatorios– cuando la norma

³⁷ Peña Solís, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana*, 187.

³⁸ Pero dicho principio se reivindica como base del desarrollo de la actividad administrativa, en el artículo 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública “Artículo 10: La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, *proporcionalidad*, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales. (resaltado nuestro). ”

³⁹ Publicada en Gaceta Oficial No. 2818 extraordinario del 1/7/1981.

⁴⁰ Definidas como aquellas que “(...) en presencia de determinadas circunstancias de hecho, la autoridad administrativa tiene la libertad de escoger entre varias soluciones posibles (...)”. Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 179.

establece la posibilidad de escoger entre distintas sanciones. Es el caso recurrente en sanciones del tipo pecuniarias o multas, que muchas veces establecen una graduación de multas desde un mínimo hasta un máximo, dependiendo de lo leve o grave de la infracción⁴¹.

La jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (sentencia N° 79 del 1/2/2018) ha mencionado que el principio de proporcionalidad en efecto se encuentra consagrado en el artículo 12 de la LOPA, "(...) conforme al cual las medidas adoptadas por los órganos y entes de la Administración Pública deben adecuarse tanto al supuesto de hecho, como a la norma que sirve de base legal".

Pero el concepto o esencia que aquí deseamos resaltar del principio de proporcionalidad es de una índole garantista que sobrepasa la noción restringida del artículo 12 de la LOPA. Nos referimos precisamente a lo que comenta Peña Solís acerca del verdadero alcance y naturaleza que deben predicarse de dicho principio, en tanto "(...) un mecanismo garantista de la libertad en sentido amplio, de los ciudadanos (hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley)"⁴².

En ese mismo sentido, se ha dicho que el principio de proporcionalidad "(...) formulado como regla general del Derecho Penal en los orígenes modernos de éste, supone una correspondencia entre la infracción y la sanción con *interdicción de medidas innecesarias o excesivas*" (resaltado nuestro)⁴³. Por su función garantista y delimitadora de una potestad que puede llegar a producir efectos muy desventajosos o gravosos para los particulares, el principio de proporcionalidad es también uno "(...) inherente al Estado de Derecho, emanante de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"⁴⁴.

Sobre esta precisión acerca del alcance del principio de proporcionalidad en el ejercicio de potestades sancionatorias en general del Estado, reiteramos que éste debe servir como muro de contención y delimitación no sólo en el ejercicio de potestades punitivas, sino también del establecimiento de sanciones por parte del propio legislador. De tal manera que será "(...) necesario recordar que la actuación del legislador será legítima cuando establezca restricciones a la libertad de los ciudadanos, con la

⁴¹ Debe destacarse que a veces los instrumentos legales establecen parámetros para la determinación de la gravedad o no de la infracción para así poder imponer la sanción que más se adecue con ésta. Pero en otras ocasiones esto se omite, lo que redundaría en una mucho más amplia discrecionalidad del funcionario decisor, incrementándose el riesgo de que éste incurra en arbitrariedad.

⁴² Agrega en ese mismo sentido Peña Solís, que "(...) en cambio, el artículo 12 de la LOPA, como expresamos antes, es un modelo normativo destinado a condicionar mediante la imposición de límites el ejercicio de todas las potestades discrecionales de la Administración." Peña Solís, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana*, 188-189.

⁴³ Rojas-Hernández *Los principios del procedimiento administrativo sancionatorio*, 152.

⁴⁴ *Ibidem*, 153.

finalidad de proteger el interés público, siempre y cuando esas restricciones sean necesarias y adecuadas para proteger ese interés público”⁴⁵.

Un ejemplo palpable de una sanción a todas luces desproporcionada y muy acertadamente señalada como tal por la doctrina, es la hoy en día muy popular⁴⁶ sanción de inhabilitación política establecida en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁴⁷, que concretamente contempla una sanción “accesoria” a la principal de multa, representada por la imposibilidad de optar al ejercicio de cualquier cargo público –sea producto del sufragio o no– por hasta un lapso de quince años. Tanto es así, que se ha llegado a catalogar a esta sanción como una suerte de “muerte civil”⁴⁸.

Se trata sin lugar a duda de una sanción sumamente desproporcionada, que entra en franca contradicción con la supuesta principal de sólo entre 100 a 1.000 Unidades Tributarias, cuya infracción se trata de haber incurrido en responsabilidad administrativa conforme a los artículos 91 y 92 de la precitada Ley.

Sobre este despropósito sancionatorio, nos comenta Peña Solís⁴⁹ que esa es la misma sanción accesoria que se le puede imponer a quien incurra en el delito de homicidio intencional (artículo 407 del Código Penal), lo que ya de por sí nos asoma lo grave y arbitraria de esta disposición, amén de que también violenta directamente la disposición contenida en el artículo 65 constitucional, del cual se predica que la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos solo opera sobre la base de una condena penal definitiva.

Pero volviendo sobre la evidente vulneración del principio de proporcionalidad que se demuestra con este ejemplo, Peña Solís señala que con éste se “(...) revela el exceso o *desproporción* en que incurrió el

⁴⁵ Consideramos útil en este punto, citar un extracto de una sentencia del Tribunal Constitucional Español, dictada en 1999, que es citada por Peña Solís, la cual, refiriéndose a la legislación penal indica lo siguiente: “El alcance de un control constitucional externo de la proporcionalidad de las normas penales se limita, en cualquier caso, a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”. Peña Solís, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana*, 191.

⁴⁶ Al momento de escribirse este artículo, uno de los temas más debatidos en la política nacional –o lo poco que queda de ella– es la de la participación de políticos sancionados con la inhabilitación comentada, en un proceso de primarias opositoras, con miras a que se elija un candidato unitario que se mida frente al candidato oficial en el año 2024. El solo hecho de que sea un tema tan debatido y que no se reconozca como válida, legítima ni constitucional esta sanción por un importante sector de los actores políticos, ya dice mucho acerca de su inequívoca desproporcionalidad, máxime cuando se trata de una sanción administrativa.

⁴⁷ Publicada en Gaceta Oficial No. 6.013 Extraordinario del 23/12/2010.

⁴⁸ Peña Solís, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana*, 193.

⁴⁹ *Ibidem*

legislador al pretender proteger el señalado interés público con este tipo de sanciones”⁵⁰ (resaltado nuestro).

Es claro entonces que el principio de proporcionalidad como mecanismo de limitación de la potestad punitiva del Estado, debe observarse en el campo de las potestades administrativas del Estado y, en consecuencia, los órganos jurisdiccionales del contencioso administrativo deberán verificar que las sanciones establecidas por el legislador o las finalmente impuestas por la Administración, no hayan vulnerado dicho principio, cada vez que las personas o particulares afectados demanden la inconstitucionalidad o ilegalidad de sanciones a las que puedan eventualmente estar sujetos o sobre las que se haya seguido un procedimiento para su imposición.

La pregunta que se nos presenta de seguidas es si en ese ejercicio de control judicial de la Administración Pública sancionatoria, podría hacerse uso de una herramienta basada en tecnologías de inteligencia artificial, para verificar si una determinada sanción administrativa es proporcional y adecuada con el supuesto de hecho de la infracción sobre la cual se pretenda basar.

IV. Inteligencia artificial y las dudas en cuanto a su funcionamiento: datos y algoritmos

Precisada su importancia y los aspectos más difíciles que se derivan del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública en Venezuela, nos enfocamos ahora muy brevemente en lo que a grandes rasgos podemos entender como inteligencia artificial, desde una perspectiva de su aplicabilidad actual y de los elementos más principales que la conforman, o mejor dicho que forman parte de su esencia, que es el caso de los datos y los algoritmos.

En efecto, ya habíamos asomado al inicio que la inteligencia artificial que hoy se implementa en distintas aplicaciones y programas informáticos, es una con determinadas características y funcionalidades particulares, lo que se traduce en una noción o concepto más restringido⁵¹, que el

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ En efecto, la doctrina sobre este aspecto ha tenido a bien en comentar que “Si bien los desarrolladores han estado por décadas enseñando a las computadoras a ver, oír, hablar y entender a los seres humanos, lo cual representa implementaciones de IA, su desarrollo, ubicuidad y alcance actuales son exponenciales dada la enorme cantidad de información (Big Data) disponible, combinada con su procesamiento y almacenamiento por el cómputo en la nube, y sus algoritmos, cuyas fórmulas y combinaciones es uno de los secretos mejores guardados, en especial por empresas como Facebook.” Jorge J. Vega Iracelay, “Inteligencia artificial y derecho: Principios y propuestas para una gobernanza eficaz”, *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, núm. 5 (2018): 16.

más abstracto o clásico que comprende un tipo de inteligencia o nivel de consciencia casi igual al humano.

Esta noción más restringida, se refiere a aplicaciones informáticas que son capaces de emitir respuestas basadas en la ejecución de complejos algoritmos que, si bien son previamente programados para responder de una determinada forma, son a la vez capaces de ir “aprendiendo” (*machine learning*) de esa metodología para luego ir emitiendo respuestas cada vez más complejas.

En teoría, se trataría de una herramienta tecnológica que se supone puede realizar ciertas operaciones intelectuales, que anteriormente sólo podían haber sido realizadas por personas. De ahí radica su gran utilidad, porque puede facilitar las tareas diarias de muchas empresas y organizaciones en general, optimizando los resultados y permitiendo que las personas que antes estaban llamadas a emplear su esfuerzo en ciertas tareas, puedan ahora ocuparse con más detenimiento en otras. Se trata de procurar la eficiencia en todos los niveles de operatividad del ser humano.

Así, sobre la inteligencia artificial se ha dicho que puede ser entendida como aquello que sucede “(...) cuando una computadora o dispositivo con poder computacional, o sistema informático, imita las funciones cognitivas que los humanos asocian con otras mentes humanas, como por ejemplo aprender, asociar, y resolver problemas”⁵².

No queda duda entonces de la aplicabilidad de la inteligencia artificial, al menos para las tareas más sencillas –que requieren aún de cierto nivel de capacidad de respuesta lógica y útil– del quehacer cotidiano, como lo es la atención al cliente en empresas prestadoras de servicios comerciales, o las también ya muy conocidas herramientas que suministran soluciones de información emitidas en un lenguaje bastante acabado (redacción de párrafos y documentos sencillos) o inclusive mediante imágenes. Pero una de las más importantes inquietudes que ha surgido de todo ello es ¿Puede implementarse la inteligencia artificial en el ámbito de las funciones del Estado o más concretamente del poder público ejecutivo y de los gobiernos?

De esta gran pregunta, surge preliminarmente una dicotomía, en cuanto a las ventajas que se proyectan, por un lado, y las desventajas o inquietudes que igualmente se piensan, por el otro. No podemos obviar lo normal de esta situación, porque sería más bien inusual que ante la aparición de una tecnología tan disruptiva, no tengamos dudas o preguntas acerca de su real conveniencia, como herramienta para el más efectivo cumplimiento de distintos roles y actividades dentro de la sociedad actual.

⁵² *Ibidem*

En primer lugar, las posibles ventajas resultan fáciles de inferir, ya que el uso de tecnologías siempre redundaría en el mejoramiento de la eficiencia de las labores y actividades del ser humano. Ello implica que todo se obtenga más rápido, con mejor calidad y con menos empleo de recursos materiales y humanos. Específicamente en nuestro caso, es harto conocida la constante crítica que se hace al funcionamiento lento y poco eficiente de las Administraciones Públicas enormes y burocratizadas, siendo la nuestra un claro y actual ejemplo de ello.

Además, en cuanto a la Administración Pública, la alta burocratización no bien compensada y sujeta a presiones de todo tipo –particulares y políticas– puede devenir no sólo en el simple retardo o defectuoso funcionamiento de los distintos entes y órganos públicos, sino peor aún, en el riesgo de corrupción y de la imposición de culturas autoritarias o totalmente arbitrarias frente a los particulares que se supone son a los que están llamados a servir⁵³.

De este desesperanzador panorama, surge también otra posible ventaja en cuanto al uso de nuevas tecnologías en la Administración Pública, pero que guarda relación directa con aquella de la inteligencia artificial. Y es que al tratarse de una herramienta que puede emplearse en la toma de decisiones fáciles y sencillas, sin necesidad de una persona física⁵⁴, uno pudiera esperar que las actuaciones que emanen de un procedimiento apoyado en ésta podrían ser mucho más adecuadas⁵⁵ y por tanto objetivas respecto de las leyes en las que se sustenten; ello producto de la implícita neutralidad de una aplicación tecnológica que presuntamente está libre de todo tipo de presiones, vinculaciones y emociones propias del ser humano. Como mínimo, se esperaría entonces una mayor garantía de objetividad en los actos administrativos, si se hace uso de esta tecnología.

De otra parte, están las dudas e inquietudes que podría inferirse del uso de esta tecnología en el contexto de funciones gubernativas o más propiamente administrativas, como lo sería el tema del control de la

⁵³ Artículo 141 de la Constitución: La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

⁵⁴ En ese mismo sentido, pero en cuanto a la actuación de los jueces, se pronuncia Jorge J. Vega Iracelay, al comentar que “En el futuro, se presume que la toma de decisiones algorítmica no solo ayudará a los jueces, sino que los reemplazará en ciertos tipos de casos.”, y de seguidas agrega que sobre una aplicación particular de la inteligencia artificial, lo siguiente “Una aplicación de Machine Learning puede analizar y categorizar la jurisprudencia de un determinado tribunal en una materia jurídica específica” Vega Iracelay, “Inteligencia artificial y derecho: Principios y propuestas para una gobernanza eficaz”, 21.

⁵⁵ Artículo 51 de la Constitución: Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo. (resalto nuestro).

arbitrariedad y la ilegalidad no ya de un funcionario actuante sino de una máquina. También está el tema de la confianza de la colectividad en las actuaciones o decisiones que provengan del uso de esta tecnología, que es algo que todavía no se puede asegurar con plenitud. En efecto, una serie de dudas relacionadas a la inteligencia artificial no parecen estar cerca de dejar de generar preocupaciones, debido a la aún naturaleza disruptiva de este tipo de tecnologías entre nosotros.

Así pues, la confianza en el proceso de formación de decisiones y actuaciones mediante el uso de la inteligencia artificial es quizás uno de las cuestiones que genera mayor inquietud, debido a que esta tecnología depende en su funcionamiento de un elemento esencialmente básico, que son los datos que la nutren y de los cuales obtiene la información necesaria para que los algoritmos que la conforman puedan operar y realizar la operación lógica deductiva que termina en la emisión de una respuesta. No puede entenderse entonces lo que significa la inteligencia artificial, si antes no se precisa lo que son los datos (en materia informática) y qué tipo de datos en específico se toman para poner a funcionar un programa o aplicación que haga uso de esta tecnología.

Los datos han sido definidos como “(...) un documento, una información o un testimonio que permite llegar al conocimiento de algo o deducir las consecuencias legítimas de un hecho”⁵⁶. Desde una perspectiva más cercana a la informática, el dato se entiende de manera más específica como:

(...) expresiones generales que describen características de las entidades *sobre las que operan los algoritmos*. Estas expresiones deben presentarse de una cierta manera *que puedan ser tratadas por una computadora*. En este caso, los datos por sí solos tampoco constituyen información, sino que ésta surge del adecuado procesamiento de los datos⁵⁷ (resaltado nuestro).

En nuestro derecho positivo, encontramos además una definición legal contemplada en el numeral 2 del artículo 4 de la Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado⁵⁸ que reza así:

Dato: Hecho, concepto, instrucción o caracteres, que se expresa por sí mismo, representado de una manera apropiada para que sea comunicado, transmitido, o procesado por seres humanos o por medios automáticos, y al cual se le asigna o se les puede asignar un significado.

Más concretamente y a los efectos de lo que verdaderamente utilizan las herramientas de inteligencia artificial para su más exacto

⁵⁶ Definición.DE, *Definición de datos*, en <https://definicion.de/datos/> (consultado el 27/9/2023)

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Publicada en Gaceta Oficial No. 39.945 del 15/6/2012.

funcionamiento, se maneja el concepto en informática o dentro del contexto de las tecnologías de la comunicación y la información de la “Big Data”, que se refiere al manejo, por medio de los complejos algoritmos que comprende la inteligencia artificial, sobre los datos masivos o grandes datos que:

(...) son generados por humanos, también biométricamente, máquina a máquina, producto de grandes transacciones o del uso de la web y las redes sociales (...). Billones de *whatsaps*, correos electrónicos, contenidos en Facebook y Twitter, búsquedas en Google y videos en Youtube se generan por la navegación en internet, las comunicaciones del internet de las cosas, las comunicaciones entre máquinas, industrias, estaciones meteorológicas, etc.⁵⁹.

De manera que el manejo de datos masivos o de un gran volumen de éstos que se traduce en el concepto de *Big Data* que

(...) está conectado con la inteligencia artificial cuando los sistemas computacionales son capaces de tratar, aprender, resolver problemas y tomar decisiones a partir de los grandes datos (...) Se aplican algoritmos, redes neuronales artificiales y patrones de razonamiento, en principio similares a los humanos⁶⁰.

Es así como funciona entonces lo que debe entenderse como inteligencia artificial actualmente en el mundo de la informática, como una herramienta tecnológica capaz de emitir razonamientos que anteriormente única y exclusivamente podrían esperarse del razonamiento humano, pero que para poder efectuar dichos razonamientos, necesariamente deberá surtirse de una gran cantidad de datos o de una porción de éstos que pueda permitir a la aplicación o programa de que se trate, “(...) generar patrones dinámicos de tendencias de futuro: la predictibilidad y el *apoyo en la toma de decisiones* (...)”⁶¹ (resaltado nuestro).

Como ya habíamos asomado, el uso de la inteligencia artificial, a pesar de la esperada objetividad y precisión casi matemática o lo más lógica posible que puede esperarse de sus razonamientos y respuestas, no escapa a preocupaciones en cuanto a la transparencia y confianza en esas decisiones, no tanto por el proceso deductivo lógico que implica el proceso de la emisión de una respuesta mediante los algoritmos⁶², sino más

⁵⁹ Jairo Becerra et al., *Derecho y big data* (Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2018): 41.

⁶⁰ *Ibidem*, 40.

⁶¹ *Ibidem*, 42.

⁶² Aunque de estos también se predica una preocupación adicional, que es la de su opacidad. Así, se ha afirmado “(...) que los algoritmos sobre los cuales funciona la IA, son una *black box* o caja negra de los que no sabe qué hay dentro. La opacidad, por diferentes razones, dificulta que pueda saberse a ciencia cierta cómo funcionan los algoritmos, por qué usan los datos que usan para tomar decisiones y en definitiva por qué toman unas decisiones y no otras” Mayerlin Matheus Hidalgo, “Inteligencia artificial: Problemas y reflexiones para el Derecho Administrativo”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, núm. 20, (2021): 14.

bien sobre la base informativa fáctica sobre la que se forma esa operación, que son necesariamente los datos que se toman.

De ahí dependerá en gran parte la adecuación de la respuesta que se espere, y si llegase a suceder que los datos obtenidos son parciales, adulterados o en absoluto correspondientes con la realidad sobre la que se pretende obtener un certero análisis que pueda servir para la toma de una decisión ajustada con lo que se pretende en el mundo real, los resultados pueden ser en demasía mucho más defectuosos que si se tratase de una decisión o razonamiento enteramente obtenido por medio del intelecto humano sin el apoyo de ninguna herramienta tecnológica.

En efecto, “(...) no puede negarse que el sesgo en el tratamiento y procesamiento de datos puede generar discriminación arbitraria y vulneración del principio de igualdad ante la ley”⁶³, lo que a todas luces impone la necesidad de que se procure el mejor tratamiento posible de los datos, que a su vez implique el esfuerzo de contar con una base de datos lo más integral y completa que sea posible, para lograr así un funcionamiento de la inteligencia artificial que a su vez no resulte sesgado, discriminatorio ni arbitrario, sino en cambio objetivo y que se corresponda con la realidad.

Aunado a la posibilidad de que los datos obtenidos sean sesgados, incompletos o en general defectuosos, surge también la preocupación de la transparencia en las operaciones de inteligencia artificial, desde la perspectiva del conocer cómo exactamente opera el funcionamiento de sus algoritmos, que es algo que generalmente no puede ser develado al público o no resulta totalmente transparente, debido a que éstos –en principio– “(...) operan en forma oculta y, por tanto, impiden la supervisión pública.”⁶⁴

Ahondando sobre las particularidades de los datos que alimentan a la inteligencia artificial y su aplicabilidad en el campo de las decisiones estatales (judiciales o administrativas), tengamos en cuenta que ésta “(...) no solo toma los datos y trabaja en función de su programación, sino que mientras analiza esos datos puede generar patrones de decisiones autónomas que podrían estar sesgadas por el *contenido de esos datos* y generar, por ejemplo, decisiones discriminatorias”⁶⁵ (resaltado nuestro).

Esta preocupación de hecho cobra aún mayor importancia en el mundo del derecho. En efecto, la inteligencia artificial sin duda “(...) conlleva una gran innovación en el ser humano” (...)” pero al mismo tiempo “(...) conlleva un enorme riesgo social. El riesgo social que resulta de la toma de decisiones tecno-económicas o de la civilización tecnológica

⁶³ *Ibidem*, 24.

⁶⁴ *Ibidem*, 21.

⁶⁵ *Ibidem*, 16.

protegida por el Derecho que tiene el carácter de contemporaneidad en todo el mundo”⁶⁶.

Adicionalmente, puede ocurrir también que no sólo se trate de una base de datos que incumpla con su función de aportar información realmente adecuada, precisa y exacta con los propósitos que se requiera del uso de la inteligencia artificial en cada caso, sino que aun en el supuesto de que los datos usados abarquen toda la realidad e información necesarias para un adecuado funcionamiento, suceda que las personas que funjan como programadores del respectivo programa o aplicación informática, establezcan una programación para que la inteligencia artificial emita respuestas, decisiones y razonamientos en general de una forma sesgada o a todas luces parcializada con determina postura.

Lo que sería una suerte de pensamiento prejuicioso o preestablecido (si caben estas expresiones) que en absoluto pudiera servir para el ejercicio de funciones estatales, sobre todo si lo que se busca es escapar a la parcialidad y falta de objetividad frente a la ley, que naturalmente se puede esperar es de funcionarios públicos, y de operadores del sistema de justicia en general también. Puede decirse entonces que la inteligencia artificial no está exenta de cometer errores, muy a pesar de que debiera actuar con una precisión casi matemática⁶⁷.

Todos estos son factores que comportan razonablemente dudas e inquietudes ante el uso de esta tecnología, y que deben tomarse muy en cuenta al momento de su implementación en el campo del derecho, debido a las características muy particulares de éste, el ámbito de las ciencias sociales y de los productos culturales en general de la humanidad⁶⁸.

La implementación de estas tecnologías en el quehacer cotidiano de la Administración Pública no es algo que debe ser tomado a la ligera, porque en vez de obtener una mejor eficiencia y objetividad frente a la ley, una implementación inadecuada y poco trabajada, pudiera devenir en mayor arbitrariedad y en una que sería además más difícil de atacar que la tradicional, por lo incompresibles que pudieran llegar a ser los

⁶⁶ Vega Iracelay, “Inteligencia artificial y derecho: Principios y propuestas para una gobernanza eficaz”, 23.

⁶⁷ Matheus Hidalgo, “Inteligencia artificial: Problemas y reflexiones para el Derecho Administrativo”, 15.

⁶⁸ Ante tales dificultades, son elocuentes y muy apropiadas las observaciones del autor Vega Iracelay, quien afirma “Estos sistemas (los de inteligencia artificial) son, por lo tanto, capaces de proporcionar soluciones a preguntas no anticipadas formuladas en lenguaje natural. El razonamiento legal está estrechamente relacionado con la representación del conocimiento legal y sus evaluaciones. Desafortunadamente, en el área de la Ley, esto ha sido probado como extremadamente difícil. El Derecho no es un sistema cerrado ni un campo científico duro, con reglas inmutables, sino que más bien contiene valores relativos y, a menudo, requiere intereses de equilibrio”. Vega Iracelay, “Inteligencia artificial y derecho: Principios y propuestas para una gobernanza eficaz”, 20.

mecanismos detrás de la inteligencia artificial. Por tanto, la inteligencia artificial se debe asumir en el derecho:

(...) con la debida prudencia y análisis que aseguren que en realidad se adopta para beneficiarnos y no para generar problemas a futuro, que desde el punto de vista del derecho causen indefensión, inseguridad jurídica, falta de transparencia o control o directamente daños a las personas⁶⁹.

Sobre las posibles desventajas de la inteligencia artificial en el derecho, y lo que es más importante para lo que nos ocupa en este ensayo que es el Derecho Administrativo, nos comenta la autora Matheus Hidalgo que en cuanto a la opacidad de los algoritmos ello:

(...) evidentemente, supondría un problema para la Administración si decidiera incorporar IA en algunos de sus procesos de tomas de decisiones, pues más allá de la voluntad de cumplir con la transparencia y acceso a la información, la Administración Pública se vería imposibilitada materialmente por carecer de los medios para explicar y dar a conocer las razones de su decisión⁷⁰.

Todas estas cuestiones, sirven como la premisa fundamental, de hacia donde podemos dirigir o establecer actualmente un enfoque en la utilización de la inteligencia artificial en el derecho en general. En cuanto a los fines que nos hemos propuesto en este ensayo, concretamente debemos valorar las ventajas y desventajas de esta tan novedosa, disruptiva y la vez (así se prevé que será) constantemente cambiante tecnología, pero en el caso de las potestades sancionatorias del Derecho Administrativo y la importancia de procurar su debida limitación.

Nos abocamos en el siguiente capítulo a explorar entonces las posibilidades que consideramos más útiles y menos riesgosas de momento, en cuanto a la utilización de la inteligencia artificial en el campo comentado. A todo evento, no será nunca conveniente pregonar una constante reticencia en el uso de las nuevas tecnologías, por mucha inquietud que puedan causar. Al contrario, es altamente recomendable que el Estado, los gobiernos y las Administraciones Públicas, puedan servirse de las

⁶⁹ Matheus Hidalgo, "Inteligencia artificial: Problemas y reflexiones para el Derecho Administrativo", 13.

⁷⁰ *Ibidem*, 18. En un mismo sentido comenta Salvador Leal Wilhelm, quien señala sobre los algoritmos que estos son (...) una caja negra, se alimenta con datos y luego de un proceso más simple o más complejo produce un resultado. Mientras más compleja la realidad que se trata de representar, más difícil es explicar lo que hace el algoritmo". Salvador Leal Wilhelm, "El acto administrativo electrónico", en José Rafael Belandria García (coord.), *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de Funeda* (Caracas: Centro para la Integración y el Derecho Público, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2019): 212.

bondades que brindan los avances tecnológicos, pero siempre con la debida prudencia y procurando una solución transitoriamente adecuada⁷¹.

V. La inteligencia artificial como mecanismo de control antes que de decisión en la Administración Pública

¿Cómo se produciría una decisión administrativa mediante el uso de la inteligencia artificial? ¿Cómo operarían esos algoritmos que se alimentan de los datos o de la Big Data? Y la pregunta más importante de todas ¿Puede sustituirse la inteligencia artificial en el funcionario público –en tanto persona física– para la emisión de cualquier tipo de acto administrativo con independencia de si se trata de uno enteramente reglado o de uno con mayor contenido discrecional?

Al respecto, tengamos en cuenta una aproximación al proceso deductivo de la inteligencia artificial que, al momento de emitir una decisión emplea:

Cálculos matemáticos y acceso a bases de datos [que] pueden ser resueltos por algoritmos o una secuencia de prescripciones o instrucciones que indican de un modo preciso y no ambiguo los pasos a seguir para resolver correctamente a partir de determinada información, un cierto tipo de problema (si una solución existe)⁷².

De manera que acá lo fundamental en la preocupación comentada no es tanto el proceso en sí mismo, sino sus bases, que son por un lado la opacidad de los algoritmos, y por el otro lado algo que de hecho forma parte de esa opacidad, que es el origen y tratamiento de los datos. Estos elementos van a determinar que el procedimiento matemático-lógico del algoritmo pueda devenir en equivoco o arbitrario, en vez de adecuado y legal.

Además, esta preocupación cobra toda la importancia, cuando se trata de actuaciones mayormente discrecionales de la Administración Pública, planteándose la duda de si se “(...) utiliza conceptos jurídicos indeterminados y en consecuencia una valoración de las circunstancias o bien si se trata de ejercer potestades discrecionales”⁷³ que obligan a la Administración a actuar bajo un margen de libertad permitido por la ley para ajustarse a las distintas variables, se pudiera aun en esos casos emplearse los algoritmos de la inteligencia artificial, para alcanzar una decisión.

⁷¹ Transitoria, porque no concebimos un derecho pétreo que se pueda vender como totalmente ajustado y “bueno” respecto de un tiempo y realidad determinados. Lo que se considera útil y ajustado hoy, mañana es obsoleto y desfasado o hasta “injusto”. Algo muy similar pasa con las tecnologías (aunque en una dinámica mucho más rápida), pero la mayor parte del tiempo con menos implicaciones conflictivas y también menos debates de contenido social.

⁷² Leal Wilhelm, “El acto administrativo electrónico”, 206.

⁷³ *Ibidem*, 206.

Ante este planteamiento, y tomando en cuenta el estado actual de esta tecnología, nos acogemos al criterio de Leal Wilhelm, quien afirma sobre esta posibilidad de que la Administración pueda dictar en tales términos una decisión automatizada, que la respuesta tradicional es no⁷⁴, toda vez que “(...) no habría una respuesta unívoca como la que da un algoritmo basado en la fórmula ‘sí... entonces’”⁷⁵.

A pesar de que una decisión de índole discrecional pueda ser sometida a un algoritmo, incluso para iniciar procedimientos de fiscalización⁷⁶ que eventualmente puedan llevar al inicio de uno sancionatorio, por todas las razones antes expuestas nos pronunciamos a favor de una postura quizás conservadora, pero a nuestro parecer actualmente aún necesaria debido a los factores de la posible falta de transparencia y sesgo en los datos, anteriormente expuestos, que aún resaltan como un riesgo latente en lo que a la utilización de inteligencia artificial en la Administración pública respecta.

Así pues, de nuestra parte nos pronunciamos a favor de la inteligencia artificial como fuente de apoyo en la toma de decisión del funcionario público y no como mecanismo de sustitución de éste. Especialmente cuando se trate del ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, que más de las veces cuenta con un determinado nivel de discrecionalidad⁷⁷ en los actos administrativos que culminan con la imposición de una sanción, incluso desde su inicio, mediante el ejercicio de potestades de inspección o fiscalización, que como ya sabemos son de una índole casi completamente discrecional, de parte de la Administración.

En tal sentido, de nuestra parte trasladamos la posibilidad de ese apoyo o asistencia de parte de esa tecnología al funcionario decisor, a la de un control posterior sobre la decisión, de modo que ese apoyo se traduzca en coadyuvar a verificar si una sanción administrativa estipulada en una ley o impuesto al final de un procedimiento sancionatorio, pueda

⁷⁴ *Ibidem*, 207.

⁷⁵ Aunque esa posibilidad no puede descartarse en un futuro, en el que las capacidades de “aprendizaje” (*machine learning*) sean tan complejas y a la vez acertadas, que puedan llegar a generar la confianza suficiente para emitir actos con un determinado nivel discrecional, o por lo menos que podría servir de apoyo al funcionario en su decisión. *Ibidem*, 207.

⁷⁶ Lo que es descrito por el autor Leal Wilhelm de la siguiente manera: “Por ejemplo, qué locales van a ser inspeccionados, un algoritmo puede reemplazar el ejercicio de la potestad discrecional. Así, un algoritmo puede seleccionar aleatoriamente el local que se va a inspeccionar o bien predecir las probabilidades de que el local que se va a inspeccionar se hallado en falta”. *Ibidem*, 207.

⁷⁷ Sobre tal circunstancia nos comenta José Araujo-Juárez que “No hay actos discrecionales puros sino, por el contrario, se habla de un acto administrativo con la combinación de elementos vinculados y de elementos discrecionales. De manera que sólo podemos decir que las potestades son más o menos amplias, y por tanto a ellas son las que cabe calificar de discrecionales o no, y que el acto administrativo es simplemente un instrumento como lo es el reglamento o los contratos, donde precisamente se manifiesta también las potestades discrecionales”. José Araujo Juárez, *Derecho Administrativo General Administración Pública*, (Caracas: Ediciones Paredes, 2011): 120.

ser tenida como proporcional o no a la gravedad del hecho o conducta que se pretende sancionar. En otras palabras, que ésta esté conforme o no con el principio de proporcionalidad, que como ya pudimos observar, es uno de los mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico ha concebido para limitar la potestad sancionatoria de la Administración Pública.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, es nuestra opinión que el establecimiento de una sanción por ley, o su imposición en el ejercicio de la función administrativa, implica el ejercicio de determinadas potestades discrecionales no pocas veces basadas en conceptos jurídicos indeterminados, de tal manera que:

Si la decisión involucra un concepto indeterminado, que exige apreciar la situación con base en las reglas de la ética, la economía o las valoraciones que predominan en el medio donde se desarrolla la actividad administrativa, no será posible el reemplazo del funcionario. *Pero el algoritmo sí podrá asistir en la valoración*⁷⁸ (resaltado nuestro)

En efecto, en el contexto de las sanciones administrativas y el impacto de la inteligencia artificial ante éstas, lo clave es la *asistencia* o el *apoyo* en la valoración de las circunstancias fácticas que rodean la toma de la respectiva decisión.

De momento así lo consideramos y hasta que las condiciones de funcionamiento de la inteligencia artificial alcancen un nivel de desarrollo tal que las inquietudes y dudas en su funcionamiento sean superadas, la emisión de una decisión mediante un acto administrativo contentivo de una sanción debería seguir siendo asumida por un funcionario público, quien sólo podría servirse del apoyo o del auxilio de una herramienta de inteligencia artificial. Y para los fines de este ensayo, trataremos ese apoyo o asistencia que brinda la inteligencia artificial, pero para un control posterior en sede judicial.

VI. Medio procesal para el control de la proporcionalidad a través del uso de la inteligencia artificial

Corresponde ahora dilucidar cuál sería una forma idónea para lograr el control de la proporcionalidad en las actuaciones sancionatorias de la Administración Pública en Venezuela. Debe precisarse en este punto, si el control puede o debe ejercerse en sede administrativa o en cambio en vía judicial, cuando ya de hecho se esté ejerciendo el control judicial general de los actos administrativos o de cualquier otro tipo de actuación administrativa.

Primeramente, conviene acotar que tal y como lo explicamos en el capítulo anterior, de momento no estamos a favor de que las decisiones

⁷⁸ Leal Wilhelm, "El acto administrativo electrónico", 210-211.

administrativas sean tomadas principalmente con base a la utilización de herramientas o aplicaciones de inteligencia artificial, debido a los riesgos detallados que derivan del estado actual de esa tecnología.

Sobre la misma premisa, nos inclinamos también por una postura en la que el control posterior de sus actos que pueda ejercer la Administración Pública (potestad de autotutela entendida como la posibilidad de poder revisar y revocar sus propios actos), no debiera estar tampoco muy determinado por los razonamientos de una inteligencia artificial.

No obstante, no queremos decir con esto que la Administración Pública no pueda hacer uso de cualesquiera herramientas tecnológicas de las que pudiera disponer –incluidas las aplicaciones de inteligencia artificial– para procurar una más eficaz y eficiente actividad, pero en modo alguno eso podría luego establecerse como el sustento principal de toda la motivación del acto de que se trate, no sólo por el hecho de que esa circunstancia antes tendría que estar prevista en una ley, sino porque consideramos también que ya sea en la fase de decisión o la revisora, aún la inteligencia artificial no parece brindar las suficientes condiciones técnicas para que los actos administrativos puedan ser dictados ni revocados o anulados –sobre todo si se tratan de aquellos con un importante contenido discrecional– sobre la base de una apreciación o decisión mayormente obtenida por medio de un mecanismo de tal índole.

Por tanto, no creemos conveniente que un acto administrativo –al menos no todavía– expresamente haga referencia a que se ha basado en las respuestas, decisiones o razonamientos obtenidos de una inteligencia artificial, ni siquiera para ejercer un control en sede administrativa; y si los funcionarios públicos llegasen a usar uso de éstas, frente al particular afectado por el acto y ante los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos, conviene que tal situación sea apreciada como si el acto administrativo en cuestión, hubiese sido emitido con base a la operación intelectual de tal funcionario, no pudiendo éste excusarse en un funcionamiento erróneo imputable a los medios tecnológicos que haya podido utilizar, para arribar a determinada decisión.

Ahora bien, esto nos lleva al punto de tratar de precisar qué tipo de control posterior puede entonces hacer uso o recurrir al auxilio de la inteligencia artificial, específicamente para verificar la proporcionalidad de una sanción administrativa. Para nosotros, el control jurisdiccional es por ahora el más idóneo del momento, para que con la ayuda de estas tecnologías el juez pueda tener a su disposición un elemento adicional de valoración –uno que pudiera ser muy preciso y objetivo en sus resultados– a la hora de determinar si una sanción administrativa ha sobrepasado o no los límites impuestos por el principio de proporcionalidad.

¿Pero, cómo puede manifestarse este control en un juicio contencioso administrativo? Nosotros proponemos que el medio procesal para lograr

tal fin es la promoción como prueba libre de un análisis realizado por inteligencia artificial, apreciable a su vez a través del medio de prueba de la experticia. Efectivamente, las partes en un juicio contencioso administrativo que recaiga sobre la demanda de nulidad de un acto administrativo (o inclusive respecto de recursos de nulidad por inconstitucionalidad de leyes), podrían promover este tipo de prueba, junto con la obtención de un informe pericial o experticia de que se trate, que verse sobre un análisis de determinada sanción administrativa y su relación con la infracción correspondiente, con la finalidad de comprobar o mejor dicho demostrar, si verdaderamente existe una relación de proporcionalidad entre una y otra.

Varias razones nos llevan a apreciar que el medio de prueba de la experticia sería la forma más idónea para hacer valer el uso de la inteligencia artificial, en aras del control de la proporcionalidad en las sanciones administrativas.

En primer lugar, tengamos en cuenta que la proporcionalidad es un concepto lógico y que generalmente es muy utilizado en el campo de la matemática⁷⁹. De manera que el verificar que uno y otro elemento, hecho, o circunstancia guardan proporcionalidad entre sí, supone a nuestro entender un análisis eminentemente lógico y empírico. Un análisis de este tipo estaría lejos de tratarse de uno que involucre valores, sentimientos, emociones y opiniones más propias del campo subjetivo de las personas.

En otras palabras, no se trataría de especificar si una sanción es conveniente o no a la sociedad, o si hubo culpabilidad o no en la actuación juzgada, o si se corresponde o no con otros principios limitadores adicionales al de la proporcionalidad, y demás elementos de índole similar cuya apreciación escaparía de la forma algorítmica de “sí... entonces”

Por tanto, la forma en cómo se pueda apreciar si una sanción administrativa –ya sea que se haya impuesto mediante un acto administrativo, o que se contemple como tipificada en una ley (en ambos casos sujeto a control jurisdiccional, pero a través de distintas acciones) – es proporcional o no respecto de una infracción, es algo que perfectamente puede tratar de ser demostrado mediante el informe de una herramienta o aplicación de inteligencia artificial.

Una segunda consideración que nos inclina por el uso de este medio probatorio en específico, como mecanismo de control judicial sobre la base del principio de proporcionalidad, es el hecho de que al tratarse de un análisis obtenido mediante tecnologías complejas, para la debida

⁷⁹ Desde un punto de vista meramente matemático, la proporcionalidad: “Corresponde entre números proporcionales. Las propiedades fundamentales de la proporcionalidad directa son: a números iguales corresponden números iguales; a números suma corresponden números suma” Diccionario Enciclopédico QUILLET, *Proporcionalidad*, tomo VII (Buenos Aires: Editorial Argentina Arístides Quillet, 1968).

apreciación y valoración por parte de un juez será necesario el apoyo de expertos en tal campo, debido a que obviamente el funcionamiento –ya explicado arriba– tan complejo y a veces hasta opaco de esta tecnología y de sus algoritmos, es algo que va más allá de los conocimientos típicos del juez.

Tómese en consideración que el análisis, razonamiento o dictamen obtenido a través de una aplicación de inteligencia artificial, bien puede ser promovido en juicio como una prueba libre (artículo 395 del Código de Procedimiento Civil), lo cual por demás es válidamente aplicable también a los procedimientos contencioso-administrativos, en los que es aplicable supletoriamente el Código de Procedimiento Civil (artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Pero conviene que para no restarle valor probatorio a dicho análisis y al mismo tiempo para garantizar el más eficaz control de todas las partes sobre esta prueba que sería tan peculiar, reiteramos que la experticia o informe pericial que la acompañe le otorgará sin duda un soporte necesario, no sólo para que todas las partes y el juez puedan entender con plenitud el resultado obtenido, sino también para disminuir los riesgos en cuanto a la opacidad de los algoritmos y el origen de los datos que nutrieron a la operación en particular.

Algo similar se ha visto en la práctica, cuando las partes han promovido como prueba libre impresiones de páginas web o material audiovisual encontrado en tales medios electrónicos, que luego son apreciados por el juez por medio de la inspección judicial e incluso han llegado algunos tribunales a oficiar el auxilio de entes u órganos administrativos especializados para la mejor apreciación de pruebas de este tipo, como por ejemplo ha pasado que se requiere del soporte de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), precisamente para la verificación de pruebas relacionadas a contenidos de páginas web.

En una forma parecida, pudiera el juez también de oficio o por medio de un auto para mejor proveer, solicitar el apoyo de entes u órganos públicos especializados en materia tecnológica relativa a la inteligencia artificial y las tecnologías de la comunicación y la información, a fin de poder apreciar en toda su magnitud y condicionantes, los análisis y razonamientos de una inteligencia artificial que sean traídos a juicio, con la finalidad de demostrar si una sanción administrativa cumplió con el principio de proporcionalidad o no en determinado caso.

Adicionalmente, y siendo congruentes con lo que afirmamos respecto del uso de inteligencia artificial en sede administrativa como herramienta de apoyo o de asistencia y no de remplazo del funcionario, de lo que se trata es que ésta pueda servir como un elemento que coadyuve en la valoración de los hechos controvertidos y no como algo que

obligatoriamente vincule hacia determinada decisión; como una suerte de asistencia en el proceso de valoración y decisión que al final competirá al juez.

En otras palabras, el control que en sede jurisdiccional proponemos, no se presentaría en forma alguna como un dictamen definitivo del que deba presumirse la proporcionalidad o no de una sanción administrativa, sino a lo más como un elemento probatorio adicional a ser tomado en cuenta por el juez, de entre otros, que tendrá que ser valorado por éste por medio de las reglas de la sana crítica, para arribar luego a una conclusión en el juicio.

Sobre esto último, debe traerse a colación que la prueba de experticia no es una del tipo tasada o tarifada según lo dispuesto por nuestros Código de Procedimiento Civil (arts. 451 al 471) y Código Civil (artículo 1.427), y es por esa razón que consideramos su adecuación con los fines propuestos, tomando en cuenta las capacidades actuales de la inteligencia artificial, así como las inquietudes y dudas que ésta aún genera, ya lo suficientemente detalladas en el capítulo anterior.

La doctrina procesalista más calificada ha dicho sobre la libertad de apreciación del juez, con ocasión del valor probatorio de las pruebas o hechos analizados a través de este medio de prueba que:

Resulta absurdo que el juez esté obligado a declarar que un dictamen es plena prueba de un hecho cualquiera, así provenga de dos o más peritos en perfecto acuerdo, si le parece absurdo o siquiera dudoso, carente de razones técnicas o científicas, contrario a la lógica o a las reglas generales de la experiencia o a hechos notorios, reñido con lo expuesto sobre la materia por autores de reconocido prestigio, emanado de personas que no son verdaderos expertos, desprovisto de firmeza y claridad⁸⁰.

Dicha consideración creemos es perfectamente cónsona con las ideas que hemos venido planteando a lo largo del ensayo, que sobre la base de las ventajas y desventajas que se desprenden del uso de la inteligencia artificial en el derecho, se procura concebir un aprovechamiento en el control de la Administración Pública que concilie al mismo tiempo la objetividad, neutralidad y alta capacidad de procesamiento de una gran cantidad de información característica de esa tecnología, con sus desventajas o dudas en cuanto a su funcionamiento.

Todo lo cual apunta a que la decisión de que se trate, esta vez en forma de sentencia, no podrá ser imputada enteramente a la decisión o razonamiento de una aplicación informática, sino simplemente a que, para el proceso correspondiente de toma de decisión, se tomó en cuenta

⁸⁰ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo II, 4ª edición (Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1993): 348.

o no afirmaciones, dictámenes o elementos aportados al juicio por aquella.

En estos casos, consideramos que el juez deberá valorar lo que dicte una aplicación o programa de inteligencia artificial, respaldado con su informe de expertos o de peritos en la materia. De no encontrar el informe ni la prueba en sí misma elementos que arrojen indicaciones de sesgo, falta de transparencia total en sus algoritmos, o dudoso origen de los datos tomados para el análisis⁸¹ que hagan sospechar de un dictamen arbitrario o no correspondido con la realidad, difícilmente el juez podrá dictar una decisión contraria con lo que haya dictaminado la inteligencia artificial sobre la proporcionalidad o no de una sanción administrativa.

En caso contrario, si el informe pericial o la correspondiente experticia arroja todo tipo de alertas sobre una apreciación totalmente equivocada de la inteligencia artificial, el juez podrá fácilmente desestimar la prueba o por lo menos no verse forzado a tomar una decisión vinculada con lo que haya dicho la inteligencia artificial acerca de la proporcionalidad o no de la sanción administrativa.

Es una gran ventaja que la inteligencia artificial como coadyuvante en un mecanismo de control judicial de la Administración Pública, sirva principalmente de un elemento más a ser apreciado por el juez, sin ningún tipo de vinculación o carácter de plena prueba.

De esa manera se sortean las desventajas que se predicen de esta tecnología en el ámbito del derecho, puesto que sea cual sea la decisión que el juez finalmente determine, esta se imputará a él y no a ninguna falla de una máquina o programa informático alguno, en caso de que dicha decisión no esté conforme a derecho. Y en ese aspecto, controlar la actuación de un juez es por los momentos algo que no genera duda alguna en el campo del derecho, distinto a si se tratase de una decisión absolutamente emitida por una entidad distinta a una persona física.

El medio procesal de la prueba de experticia, supone también una ventaja a la contraparte, que a través de su ejercicio al derecho a la defensa podrá controlar en todos sus aspectos la prueba, designando expertos de su lado y pudiendo alegar cualquier factor o elemento que desvirtúe la utilidad de un razonamiento emitido por inteligencia artificial, que como ya vimos puede perfectamente tratarse no sólo de una programación parcializada, o de un funcionamiento indescifrable de sus algoritmos,

⁸¹ ¿Cuáles serían los datos que deberán tomarse para un certero análisis de este tipo? Sin ánimos de aportar una respuesta taxativa o definitiva sobre el asunto, pensamos que una base de datos contentiva de la Constitución, de todas las leyes y normas sancionatorias, doctrina nacional y jurisprudencia, pueden dar suficiente base a una inteligencia artificial para hacerse de un criterio acerca de lo que debiera ser proporcional o no en la materia, sin mencionar todo lo que tenga que ver con el concepto de proporcionalidad en sí mismo (nociones matemáticas y lógicas).

sino también de una base de datos sesgada y en absoluto correspondiente con la realidad de los hechos relacionados al tema controvertido.

Finalmente, otra razón más que quisiéramos añadir en favor de esta solución, es que no requeriría de una regulación legal compleja o detallada acerca del funcionamiento de las tecnologías de inteligencia artificial, ya que basta con la legislación adjetiva general y la reguladora del contencioso administrativo, para que se intente en la práctica lo que hemos venido afirmando.

Es una manera en la que esta tecnología puede ser utilizada, sin adentrarse en un tema que en nuestra opinión puede llegar a ser muy polémico y para nada fácil, como lo es la regulación legal de la inteligencia artificial. Sin querer desviarnos del tema central, dos aspectos nos preocupan en cuanto a esta última circunstancia.

El primero es acerca de la preocupación de la avasallante cultura reguladora e interventora del Derecho Administrativo en todo aspecto que se piense, lo cual es aplicable a cualquier aspecto de la sociedad en general. Cabe preguntarse y siempre reflexionar si una regulación más es necesaria, de las tantas que ya existen para tantas materias en un contexto económico tan precario y desestimulante como lo es el actual venezolano.

El segundo, que se trataría de regular una tecnología de la que todavía no comprendemos toda su magnitud y funcionamiento, por lo que una regulación hecha a la carrera y sin un detenido, profundo y detallado estudio, seguramente producirá es arbitrariedad, desestímulo y –lo que explicamos en la parte inicial– más infracciones y más sanciones administrativas, que se suman a un ya enorme aparato administrativo sancionador en nuestro ordenamiento jurídico.

VII. Conclusiones y recomendaciones

Ante la irrupción de una tecnología tan disruptiva como la de la inteligencia artificial y su aplicabilidad en distintas facetas operativas, labores y actividades del ser humano en general, su impacto en el derecho es ineludible y por tanto necesariamente debe abordarse sobre ella un detenido y constante estudio, que coadyuve a su mejor entendimiento y posterior aplicabilidad en el ordenamiento jurídico.

Esto con la finalidad de que la tecnología sirva para un sistema de derecho que pueda lograr el mayor nivel de paz pública, cumplimiento de fines de interés general y –no menos importante– proteger y garantizar los derechos más fundamentales de las personas.

Ello sin perjuicio también de las leyes de contenido administrativo que eventualmente se podrían dictar para limitar, ordenar o en general regular los aspectos de la inteligencia artificial, que el legislador

considere necesarios para el cumplimiento de fines del Estado o tutela de ciertos derechos, lo cual supone un análisis y estudio quizás mucho más profundo y detenido, de la aproximación que hemos hecho acá sobre uno de los tantos temas y aspectos que derivan de esta nueva realidad tecnológica.

Pero, por otra parte, en el campo del Derecho Administrativo y el funcionamiento de la Administración Pública venezolana, en el que uno de los fines primordiales –así lo creemos– es garantizar que el ejercicio de la función pública administrativa se vea *delimitada* por los límites de la legalidad y de los derechos de los particulares, pensamos que la inteligencia artificial se puede promover como una muy útil herramienta o medio para el logro de tales propósitos.

Así, por medio de este ensayo hemos propuesto que esta tecnología sea utilizada como un método de control de una de las potestades administrativas que más se ha acrecentado a lo largo de los últimos años entre nosotros; siendo la que generalmente genera más inquietud y resquemor entre los particulares, aunque paradójicamente es de las que más se exige también de la Administración Pública en la opinión pública⁸².

En ese sentido y tomando en consideración las dudas y reticencias en la utilización de la inteligencia artificial –en su estado actual– en el campo del derecho y especialmente del Derecho Administrativo, nos hemos inclinado también por su aplicabilidad sólo como herramienta que sirva de asistencia o de apoyo al funcionario público en tanto persona humana, ya sea en el ámbito de funciones administrativas o judiciales, y no como elemento sustitutivo de éstos a la hora de emitir decisiones conforme a derecho.

De modo que nuestra recomendación en particular para un más efectivo control de la potestad sancionatoria administrativa y desde la perspectiva de su delimitación con base al principio de proporcionalidad, es que se utilice la inteligencia artificial como una herramienta o aplicación tecnológica, cuyo dictamen y análisis que corresponda sobre la demostración de la proporcionalidad o no de una sanción administrativa respecto de la respectiva infracción legalmente establecida, sea promovido como una prueba por la parte interesada, en los procedimientos contencioso administrativos.

En esa misma línea, parte de nuestra recomendación es que toda apreciación de una prueba de este tipo, por su complejidad técnica, su no pocas veces opaco funcionamiento (los algoritmos) y las muy razonables

⁸² Lo cual es entendible, siendo que sus efectos siempre culminan en una afectación desventajosa (multas, cierres, clausuras, suspensiones) o en la disminución del ejercicio de un derecho (revocación de autorizaciones y permisos), pero que al mismo tiempo es exigida por la propia colectividad, cuando es vista como un mecanismo de represión de conductas mayormente reprochables.

preocupaciones que versan sobre el elemento imprescindible que nutre a la inteligencia artificial -los datos- pase por un informe pericial o una experticia, que no solo contribuya a un mejor entendimiento por parte del juez de sus resultados y del proceso que les precedió, sino también a un más efectivo control de esa prueba desde la óptica de la contraparte.

Es en estos términos que reivindicamos la inteligencia artificial –entendida en su concepto y estado actual– como un mecanismo o herramienta de control judicial de la Administración Pública, en su vertiente sancionatoria. Lo que concretamente se manifiesta no como un sustitutivo de la decisión de un juez, sino a lo más como un elemento adicional que le pueda asistir en ello, a través de la valoración de un dictamen o informe tramitado con esa tecnología.

Estimamos que, si la utilización de la inteligencia artificial de la forma en que lo hemos propuesto logra procurar la mayor transparencia y confianza en su tramitación probatoria judicial, eventualmente podrá convertirse en un muy útil y novedoso mecanismo en el afán de alcanzar tan fundamental fin de controlar el poder, lo que es propio y esencial del Derecho Administrativo de nuestros días.

ACUERDOS Y REGLAMENTOS AVEDA

ACUERDO POR EL QUE SE OTORGA EL RECONOCIMIENTO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (EDICIÓN 2023) A LA REVISTA TACHIRENSE DE DERECHO

Acuerdo N° AV/2023/001

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 y sus reglamentos internos:

Considerando

Que el Reconocimiento AVEDA tiene por objeto premiar a aquellas personas, instituciones o proyectos que hayan contribuido de forma relevante al estudio y difusión del derecho administrativo en el país.

Considerando

Que la Revista Tachirense de Derecho, editada por el Decanato de Investigación y Postgrado de la Universidad Católica del Táchira, fundada en 1992 y dirigida por el profesor José Luís Villegas Moreno, publica doctrina, legislación y jurisprudencia vinculada con las diferentes áreas de las ciencias jurídicas, con especial atención a la realidad de la región andina del país.

Considerando

Que un porcentaje importante de los trabajos publicados en esta revista guarda relación directa con el derecho administrativo, en parte gracias a la especialización en esta rama del derecho que integra los programas de postgrado ofrecidos por la Universidad Católica del Táchira, constituyéndose en aportes para la comprensión de sus instituciones.

Considerando

Que la Revista Tachirense de Derecho tiene una periodicidad anual y desde el año 2015 se edita de forma digital, valiéndose de las tecnologías de la información y comunicación para llegar a más lectores y consolidarse como una útil fuente de consulta del derecho venezolano y regional.

Considerando

Que entre los objetivos de esta asociación está promover el estudio, investigación, actualización y divulgación de los distintos aspectos que

comprenden el derecho administrativo y las ciencias de la Administración.

ACUERDA

Otorgar el RECONOCIMIENTO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (edición 2023) a la Revista Tachirenses de Derecho, editada por el Decanato de Investigación y Postgrado de la Universidad Católica del Táchira, por su aporte a la difusión del derecho administrativo en Venezuela.

Hágase llegar este acuerdo al Decanato de Investigación y Postgrado de la Universidad Católica del Táchira y al profesor José Luís Villegas Moreno, como principal promotor de la Revista Tachirenses de Derecho aquí reconocida, y publíquese en los medios de comunicación e información de la Asociación.

A los 9 días del mes de octubre de 2023. Conformes suscriben y aprueban el presente instrumento los 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 DE LAS JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Reglamento N° AV/2023/001

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 DE LAS JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA)

Artículo 1. El presente Reglamento tiene por objeto regular lo concerniente a las JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (JORNADAS AVEDA), como mecanismo principal de la asociación para promover el estudio, investigación, actualización y divulgación del derecho administrativo entre sus asociados y el público interesado.

Artículo 2. Las JORNADAS AVEDA tendrán lugar en el tercer trimestre de cada año, preferentemente en octubre. La fecha concreta será acordada cada año por el Consejo Directivo de la asociación. Asimismo, resolverá si se realizarán de modo presencial, virtual o en forma mixta. En todo caso, la fecha y modalidad se comunicará a los miembros de AVEDA con suficiente antelación.

Artículo 3. La selección del tema central de cada jornada se hará a través de consulta realizada en el mes de diciembre del año inmediatamente anterior. Para ello, a través de medios digitales, el Consejo Directivo pedirá a los miembros de la asociación proponer temas de su interés.

Las propuestas podrán acompañarse de una justificación e incluso de un eventual contenido que desarrolle la idea principal, el cual no será vinculante para el Consejo Directivo, si bien será tomado en consideración por el comité organizador.

Artículo 4. La organización de la jornada corresponderá a un comité designado al efecto, integrado por el presidente, el secretario general y el tesorero de la asociación y por los coordinadores de los comités de eventos, publicaciones y comunicación e información. Asimismo, podrán ser incorporados en el comité los miembros de la asociación proponentes del tema, sin perjuicio de solicitarse la colaboración de otros miembros.

La dirección del comité organizador le corresponderá al Coordinador del Comité de Eventos de AVEDA, dentro de los términos que fije en su oportunidad el Consejo Directivo.

Artículo 5. Son atribuciones propias de cada miembro del comité organizador las siguientes:

- a) Del Presidente: suscribir las comunicaciones que se dirijan a los invitados a ser ponentes, moderadores, relatores, patrocinantes de las jornadas y en general cualquier otra destinada a promover su realización.
- b) Del Secretario General: remitir las comunicaciones emanadas de AVEDA en relación a las jornadas.
- c) Del Tesorero: hacer los trámites necesarios para el ingreso de los patrocinios ofrecidos para las jornadas y para la emisión de las facturas correspondientes, además de autorizar los gastos, fuera de los ordinarios, que impliquen la organización y la realización de las jornadas.
- d) Del Coordinador del Comité Eventos: proponer al comité organizador el contenido concreto de las jornadas dentro del tema central seleccionado por el Consejo Directivo tras la consulta, así como los nombres de los ponentes y moderadores que se invitarán y, en general, de cualquier persona que, por su relación con el tema escogido, estime que su intervención podría ser de interés, para lo cual se tomará en consideración la propuesta formulada en la consulta. Es además responsabilidad del coordinador de eventos hacer los contactos previos con los invitados tanto para asegurar la aceptación como para la entrega del texto de sus intervenciones.
- e) Del Coordinador de Publicaciones: efectuar todas las gestiones necesarias para la publicación física o digital de las memorias de las jornadas.
- f) Del Coordinador del Comité de Comunicación e Información: encargarse de la elaboración del material promocional de las jornadas y de su debida difusión, el cual deberá ser previamente informado al resto de los miembros del comité organizador y deberá contar con la aprobación del coordinador del comité de eventos.

Parágrafo único: Los proponentes del tema central seleccionado para las jornadas que se incorporen al comité organizador tendrán las atribuciones que les asigne el presidente del Consejo Directivo. En cualquier caso, tendrán participación en la determinación del contenido de las jornadas y de los eventuales invitados y se comprometerán a efectuar los contactos necesarios con las personas que propongan.

Artículo 6. Todos los miembros de la asociación podrán proponer su nombre al comité organizador para ser considerado como ponente o

moderador o para presentar trabajos escritos sobre el tema de las jornadas para su inclusión en el libro de memorias.

A tal efecto, el Consejo Directivo comunicará a los asociados los términos de la convocatoria y sus plazos. La aceptación corresponderá al coordinador del comité de eventos, en el caso de tratarse de propuesta para participar en las jornadas, o del coordinador del comité de publicaciones, en caso de propuesta de texto escrito exclusivamente para el libro de memorias.

Artículo 7. Lo no previsto en el presente Reglamento o las dudas que pudieran derivarse de su interpretación serán resueltos por el Consejo Directivo.

Artículo 8. El presente Reglamento reforma el número AV/2019/003 de 16 de diciembre de 2019 y entrará en vigencia en la fecha de su aprobación por el Consejo Directivo.

A los 5 días del mes de enero de 2023. 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 CONCURSO DE ARTÍCULOS JURÍDICOS PARA JÓVENES

Reglamento N° AV/2023/002

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 CONCURSO DE ARTÍCULOS JURÍDICOS PARA JÓVENES DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA)

Artículo 1. El presente Reglamento tiene por objeto regular lo concerniente al CONCURSO DE ARTÍCULOS JURÍDICOS DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (en adelante EL CONCURSO), como mecanismo para promover la elaboración y publicación de trabajos académicos sobre temas de derecho administrativo en la población joven residenciada en Venezuela.

Artículo 2. EL CONCURSO estará dirigido a jóvenes entre 18 y 35 años (inclusive) que se encuentren residenciados en Venezuela para la fecha de la convocatoria.

Artículo 3. La convocatoria a EL CONCURSO se realizará en el mes de marzo de cada año a través de los distintos medios digitales de la Asociación. El plazo para enviar los artículos finalizará en el mes de septiembre y los resultados se anunciarán en el mes de diciembre. La fecha concreta de cada etapa será acordada cada año por el Consejo Directivo de la asociación y será comunicada en la convocatoria.

Artículo 4. Cada año el Consejo Directivo decidirá la temática de EL CONCURSO.

Artículo 5. La evaluación de los artículos presentados se realizará por un jurado conformado por una terna de profesores especialistas en el tema de la convocatoria, que podrán ser miembros o no de la asociación, utilizando un sistema de evaluación ciega. Los miembros del jurado serán designados por el Consejo Directivo de la Asociación.

Artículo 6. Los interesados en participar deberán enviar el artículo como anexo a un mensaje dirigido a la dirección de correo electrónico que se indique en la convocatoria. En el texto del artículo, el autor se identificará con un seudónimo, y sin colocar su verdadera identidad, la cual sólo

deberá constar en el correo electrónico, tal como se dispone en el artículo siguiente.

Artículo 7. En el cuerpo del correo electrónico se debe incluir: nombre completo del autor o autores, número de teléfono y dirección de correo electrónico. En la convocatoria de EL CONCURSO el Consejo Directivo podrá requerir cualquier información adicional.

Adicionalmente se deberá adjuntar:

1. Cédula de identidad en digital.
2. Cualquier documento que demuestre que los participantes se encuentran residenciados en Venezuela para la fecha de la convocatoria de EL CONCURSO.

Artículo 8. El artículo podrá ser escrito por un máximo de dos autores y deberá sujetarse a los siguientes criterios:

1. Título en español y en inglés.
2. El resumen en español e inglés (interlineado simple, sin notas al pie ni citas de referencia, con un máximo de 200 palabras).
3. Cinco palabras clave en español y en inglés.
4. El artículo debe tener entre 30 y 100 páginas (tamaño carta), interlineado 1,5.
5. Para el orden de las citas a pie de página se debe utilizar el Manual de estilo Chicago- Deusto (<https://bit.ly/3BOGaxE>). No se permite el uso del sistema autor-fecha.
6. Cualquier otro que considere conveniente el Consejo Directivo y que será debidamente informado en la convocatoria de EL CONCURSO.

Artículo 9. Serán descalificados los artículos que no cumplan con los criterios previstos en este Reglamento.

Artículo 10. Para EL CONCURSO se establecen los siguientes premios:

1. Primer lugar: será otorgado al artículo que obtenga la mayor cantidad de votos a favor entre los miembros del jurado.

Los participantes que obtengan el primer lugar serán acreedores de un premio en metálico cuyo monto será establecido cada año por el Consejo Directivo (previa consulta al tesorero de la asociación); un certificado y la publicación del artículo premiado en el ANUARIO AVEDA.

2. Los participantes que obtuvieron el segundo y el tercer lugar también recibirán certificados de participación y, a criterio del jurado, sus artículos podrán ser publicados en el ANUARIO AVEDA.

Artículo 11. Lo no previsto en el presente Reglamento o las dudas que pudieran derivarse de su interpretación serán resueltos por el Consejo Directivo.

A los 25 días del mes de enero de 2023. 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 SOBRE PAGO DE CUOTAS DE LA ASOCIACIÓN

Reglamento N° AV/2023/003

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 SOBRE PAGO DE CUOTAS DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA)

Artículo 1. El presente Reglamento tiene por objeto regular lo concerniente al pago de la cuota anual por parte de los miembros ordinarios y especiales de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

Artículo 2. El Tesorero recordará a los miembros de la Asociación, por los medios de comunicación de que AVEDA dispone, esta obligación estatutaria al inicio de cada año calendario y lo hará también al menos un mes antes de la celebración de las asambleas ordinarias o extraordinarias.

Artículo 3. En el supuesto de que algún miembro requiera información concreta sobre su situación, el Tesorero le hará saber si se encuentra solvente con el pago de la cuota de sostenimiento anual. En caso de insolvencia, le informará los montos que se adeuden y los medios de pago aceptados por la Asociación.

Artículo 4. Cuando se efectúen pagos parciales del monto adeudado, estos se imputarán a las cuotas más antiguas que el miembro adeude.

Artículo 5. El atraso en el pago de la cuota de sostenimiento anual dará lugar a la suspensión de la condición de miembro de la Asociación conforme a lo previsto en el artículo 13 de los estatutos de la Asociación. Se entiende por atraso la falta de pago de la cuota de sostenimiento anual por tres años consecutivos, independientemente del motivo que origine dicha falta de pago.

Artículo 6. Cuando un miembro ordinario o especial presente un atraso en el pago de sus cuotas de sostenimiento anual, en los términos previstos en el artículo anterior, será notificado a través del correo electrónico que facilitó a la Asociación para su contacto, y se le informará cuáles son las cuotas pendientes y sus montos respectivos, otorgándosele un plazo de al menos diez días hábiles para proceder al pago de lo adeudado y la remisión del comprobante respectivo, so pena de que opere la suspensión

de su condición de miembro. De operar la suspensión, el Consejo Directivo notificará de esta circunstancia al miembro.

Artículo 7. Todo miembro que sea notificado de que se encuentra en condición de atraso podrá, si se estima solvente, solicitar la revisión del caso. A tal efecto, el miembro deberá responder el correo electrónico mencionado en el artículo anterior adjuntando los comprobantes de pago de las cuotas que indebidamente se señalan como adeudadas.

Artículo 8. La suspensión de la cualidad de miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA) lleva consigo la inhabilidad para ejercer los derechos enumerados en el artículo 11 de los estatutos de la Asociación, hasta tanto la persona afectada proceda al pago de todas las cuotas de sostenimiento anual pendientes.

A los 18 días del mes de mayo de 2023. 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 SOBRE PATROCINIO DE EVENTOS DE LA ASOCIACIÓN

Reglamento N° AV/2023/004

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 SOBRE PATROCINIO DE EVENTOS DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA)

Artículo 1. El presente Reglamento tiene por objeto regular lo concerniente al patrocinio por parte de terceros interesados, sean personas naturales o jurídicas, de los eventos y actividades que organice la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

Artículo 2. El Consejo Directivo, en el marco de las actividades que planifique anualmente, podrá remitir a quienes considere prudente, invitaciones para patrocinar los eventos que realice la Asociación, ofreciendo como contraprestación la inclusión de logos en la publicidad o el material POP de la actividad, entrega de certificados o publicaciones, reconocimiento del apoyo en redes sociales o el sitio web de la Asociación, y demás medidas similares.

Artículo 3. En caso de que un tercero no invitado por el Consejo Directivo desee patrocinar las actividades de la Asociación, la propuesta habrá de ser evaluada por el Consejo en atención a la persona que desea realizar el aporte y la cuantía del mismo, a fin de determinar su procedencia. No se aceptarán recursos provenientes de entidades o personas que no puedan demostrar el origen legítimo del patrocinio que ofrezcan.

Artículo 4. El patrocinio de los eventos de la Asociación será, prioritariamente, de carácter pecuniario. A tal efecto, el Consejo Directivo determinará cuál es la suma dineraria requerida para ser calificado como patrocinador de cada actividad de la asociación, en atención a los gastos que la misma genere y las expectativas de generación de fondos que el evento conlleve. El Consejo Directivo podrá crear diferentes categorías de patrocinantes según la cuantía de su aporte y los beneficios que el patrocinio conceda.

Artículo 5. De forma excepcional, el Consejo Directivo podrá aceptar el patrocinio en especie de cualquier actividad que realice. Se entiende por patrocinio en especie el aporte que realiza una persona natural o jurídica a la Asociación con motivo de su experticia en un área determinada

(know-how), prestación de servicios, préstamo o donación de bienes materiales o inmateriales, y demás criterios similares.

Artículo 6. En caso de que el evento o actividad para el cual se acepte el patrocinio en especie cuente con diferentes categorías de patrocinantes, queda a discreción del Consejo Directivo determinar a cuál categoría pertenece el aporte efectuado, atendiendo a su relevancia y cuantía. En todo caso, de querer el patrocinador ser calificado en una categoría superior a la acordada por el Consejo Directivo, el mismo podrá hacer entrega a la Asociación del remanente bajo la forma de patrocinio pecuniario para alcanzar la categoría que sea de su interés.

Artículo 7. Ningún patrocinio pecuniario o en especie comprometerá bajo ningún concepto la independencia e imparcialidad de las actividades que desarrolla la Asociación.

A los 5 días del mes de octubre de 2023. Conformes suscriben y aprueban el presente instrumento los 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