

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

4

Estudios

Derecho Administrativo Comparado

Allan R. Brewer-Carías

El supuesto sistema de Responsabilidad Patrimonial objetiva
de la Administración Pública (realidad jurisprudencial
de la Responsabilidad Patrimonial extracontractual en Venezuela)

Ramsis Ghazzaoui

La conciliación en la jurisdicción contencioso-administrativa

Carlos Mata Coto

Política y técnica jurídica (algunas reflexiones)

Henrique Meier

Demanda de prestación de servicios públicos.

Estado actual y perspectivas de cambio

Daniela Urosa Maggi

Actualidad

Sobre el Mecanismo Complementario del CIADI

Hildegard Rondón de Sansó

La regulación de los riesgos y la incertidumbre científica
en el régimen de autorización de medicamentos

Alejandro Silva Ortiz

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

N° 4 septiembre - diciembre 2014



© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
© Universidad Monteávila

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público
de la Universidad Monteávila
Final Av. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte,
Caracas, Venezuela
Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80
Fax (0212) 232-56-23
RIF J-30647247-9

www.uma.edu.ve
www.redav.com.ve

Hecho el Depósito de ley
Depósito legal

Esta publicación no puede ser reproducida en todo o en parte,
salvo permiso escrito de los autores.

REVISTA ELECTRÓNICA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Publicación cuatrimestral

Consejo de Redacción

José Ignacio Hernández G.

Director

Carlos García Soto

Subdirector

Miembros del Consejo de Redacción

Antonio Silva

Claudia Nikken

Cosimina Pellegrino

Daniela Urosa Maggi

Flavia Pesci-Feltri

José Valentín González

Fabiola Tavares

Miguel Ángel Torrealba

“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”.

Federico Urbano

Exposición de Derecho administrativo venezolano

1910

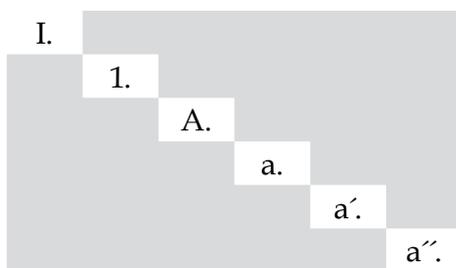
Normas de publicación

Las colaboraciones serán solicitadas por el Consejo de Redacción o serán recibidas por éste, para su evaluación a los efectos de su publicación, a las siguientes direcciones de correo electrónico: info@redav.com.ve. Las colaboraciones, solicitadas o recibidas, deben ser inéditas. REDAV no está en la obligación de publicar la colaboración solicitada o recibida. Los autores que publican colaboraciones en REDAV ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así como el derecho de explotar y usar la colaboración para posteriores publicaciones. Si el autor decide publicar su colaboración posteriormente, debe comunicarlo a REDAV.

Las colaboraciones recibidas, bien sea porque hayan sido solicitadas por REDAV, o porque hayan sido recibidas sin haber sido solicitadas, serán sometidas al arbitraje de dos miembros del Consejo de Redacción, quienes no conocerán la identidad del autor de la colaboración sometida a arbitraje. Si el dictamen de los dos miembros del Consejo de Redacción no coincidiera, se someterá al dictamen de un tercer miembro del Consejo de Redacción.

En todo caso, las colaboraciones deben cumplir con las siguientes políticas editoriales:

1. Deben presentarse a espacio y medio, en letra *Times New Roman*, 12, en hoja tamaño carta. Si el trabajo ha de ser publicado en la sección "estudios", la extensión no debe sobrepasar las cuarenta cuartillas. Si ha de ser publicado en la sección "actualidad", la extensión no debe sobrepasar las veinte cuartillas.
2. Utilizar los siguientes tipos para la división del texto según la jerarquía de sus partes:



3. Las notas bibliográficas deben ajustarse a las siguientes reglas. Para libros: nombre y apellidos del autor o compilador, en el caso que sea obra colectiva; título del libro (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número de la (s) página (s) citada (s). Para revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor; título del trabajo (entre comillas); nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número (s) de la (s) página (s) citada (s). Todas las notas bibliográficas deben realizarse al pie de la página correspondiente.
4. Antes del texto de la colaboración debe colocarse en un solo párrafo un resumen de la colaboración, en idiomas español e inglés, junto con cinco palabras claves, en idiomas español e inglés.
5. En texto aparte de la colaboración, deben señalarse todos los datos necesarios para ubicar al autor, además de un breve resumen de su información académica y profesional.

ESTUDIOS

Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo Comparado*

Ramsis Ghazzaoui, *El supuesto sistema de Responsabilidad Patrimonial objetiva de la Administración Pública (realidad jurisprudencial de la Responsabilidad Patrimonial extracontractual en Venezuela)*

Carlos Mata Coto, *La conciliación en la jurisdicción contencioso-administrativa*

Henrique Meier, *Política y técnica jurídica (algunas reflexiones)*

Daniela Urosa Maggi, *Demanda de prestación de servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio*

ACTUALIDAD

Hildegard Rondón de Sansó, *Sobre el Mecanismo Complementario del CIADI*

Alejandro Silva Ortiz, *La regulación de los riesgos y la incertidumbre científica en el régimen de autorización de medicamentos*

ESTUDIOS

DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: El autor analiza el marco general del Derecho administrativo comparado.

Palabras clave: Derecho administrativo comparado.

Summary: The author develop the general framework of the comparative Administrative Law.

Keywords: Comparative Administrative Law.

Recibido: 25 de noviembre de 2014 Aceptado: 27 de noviembre de 2014

El Derecho administrativo es ante todo un derecho estatal, es decir, un derecho del Estado en el sentido de que además de emanar de éste, está destinado a regular una parte esencial de su organización y actividad; particularmente la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados; siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares. En relación con todos esos aspectos que configuran su objeto se puede realizar una aproximación comparativa.

Siendo un Derecho que regula al Estado, el Derecho administrativo se presenta siempre, por supuesto, como un derecho dinámico, en constante evolución, como consecuencia directa de los cambios que se operan en el ámbito social y político de cada sociedad, por lo que además de ser un derecho del Estado, regulador tanto de sus fines y cometidos, como de los poderes y prerrogativas que tiene que tener para poder hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales, es también un derecho regulador del ejercicio de los derechos y garantías de los administrados. Por ello, también, es un derecho regulador del necesario equilibrio que debe existir entre los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los intereses individuales y privados que también debe garantizar, lo que cabalmente sólo se puede lograr en un Estado de derecho funcionando en un régimen democrático que es en el cual la supremacía constitucional puede estar asegurada, la separación y distribución del Poder sea el principio medular de la organización del Estado, donde el ejercicio del Poder Público pueda ser efectivamente controlado, y donde los derechos de los ciudadanos puedan ser garantizados por un Poder Judicial independiente y autónomo. Sin democracia y sin dicho control, el Derecho administrativo no pasaría de ser un derecho del Poder Ejecutivo o de la Administración Pública, el cual incluso podría estar montado sobre

un desequilibrio o desbalance, donde las prerrogativas y poderes de la Administración pudieran predominar en el contenido de su regulación.

Siendo un derecho del Estado, el objeto fundamental del Derecho administrativo es la Administración Pública, tanto en cuanto a su funcionamiento como a su actuación. Para ello, siendo la Administración Pública parte esencial de la organización del Poder Ejecutivo, el Derecho administrativo contemporáneo encuentra sus bases no sólo en las leyes concernientes a su objeto, sino en las Constituciones políticas, en las cuales, cada vez con mas frecuencia, se han incorporado previsiones de esta disciplina. Por ello, en el derecho público contemporáneo se puede hablar del proceso de constitucionalización del Derecho administrativo, mediante el cual se han incorporado en los textos constitucionales, por ejemplo, previsiones relativas a la actuación del Poder Ejecutivo, y en especial a la Administración Pública al servicio del ciudadano, incluyendo previsiones sobre su conformación territorial conforme al principio federal, regional y en todo caso descentralizador y municipal. Entre esas previsiones están también las relativas a la creación de entidades descentralizadas; a la transparencia gubernamental; al acceso a la información administrativa; al principio de legalidad y su control; y, en fin, a la actividad administrativa.

Por tanto, vinculado a la descripción de su objeto, bien podría también señalarse que el Derecho administrativo es aquella rama del derecho público que regula los sujetos de derecho o personas jurídicas que conforman al Estado; la Administración Pública como complejo orgánico de esas personas jurídicas estatales, y su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa dentro de las funciones del Estado; la actividad administrativa, la cual siempre tiene un carácter sublegal, realizada por los órganos de las personas jurídicas estatales; y las relaciones jurídicas que se establecen

entre las personas jurídicas estatales o las que desarrollan la actividad administrativas, y los administrados.

En particular, en cuanto a la actividad administrativa, conforme al principio de legalidad, el régimen de Derecho administrativo impone que solo debe ejercerse por los órganos competentes ciñéndose a lo establecido en la Constitución y en las leyes y, en particular, conforme al procedimiento legalmente establecido. Por ello, las actuaciones realizadas por órganos incompetentes, sin observancia del procedimiento legalmente prescrito o que usurpen la reserva legal, constituyen vías de hecho y vician los actos administrativos dictados de nulidad. En particular, respecto de los reglamentos, los mismos no pueden regular materias reservadas a la ley, como es el caso de la tipificación de delitos, faltas o infracciones administrativas, el establecimiento de penas o sanciones, así como tributos y contribuciones.

En esta forma, uno de los principales signos formales del afianzamiento del principio de la legalidad en el Derecho administrativo contemporáneo, ha sido el sometimiento de la actuación de la Administración Pública a normas procedimentales que aseguren a los administrados un trato justo, basado en la buena fe y en la confianza legítima, mediante la previsión de un procedimiento formalmente regulado, en el cual se garantice el derecho a la defensa y, en general, el debido procedimiento administrativo. La consecuencia de ello es que una de las características del Derecho administrativo contemporáneo sea la conocida tendencia a codificar el procedimiento administrativo mediante la sanción de leyes específicas que los regulen, incluyendo la simplificación de trámites administrativos, para racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública y a garantizar la participación ciudadana en la formación de los actos administrativos.

Estas leyes de procedimientos administrativos han consolidado la formalización o juridificación del Derecho administrativo, al positivizarse lo que al comienzo eran solo principios generales de la disciplina, estableciéndose en las leyes detalladas previsiones sobre los actos administrativos, su formación, efectos, ejecución, revisión y control; el principio de su irrevocabilidad cuando creen o declaren derechos a favor de particulares; los vicios de nulidad que pueden afectarlos, y los principios para su revisión mediante recursos. La consecuencia es que a partir de la entrada en vigencia de estas leyes, comenzó a ser más segura la posibilidad de ejercer el control judicial efectivo sobre la actividad de la Administración Pública, siendo dichas leyes la fuente del Derecho administrativo formal más importante, con base en la cual la jurisprudencia ha enriquecido la disciplina.

Por otra parte, el procedimiento administrativo en el mundo contemporáneo se ha enriquecido con los principios del debido proceso cuya garantía también está obligada la Administración Pública a respetar, particularmente en los procedimientos sancionatorios, regulándose en las leyes administrativas no sólo la garantía de que la decisión administrativa se adopte por el órgano competente; sino respecto de los administrados, el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a la defensa y a ser informado de los cargos formulados; el derecho a ser oído; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí misma; el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses del sancionado; y el derecho a la doble instancia. Todos estos principios fueron los que llevaron a superar, por ejemplo, instituciones que décadas atrás habían sido aceptadas, como la aplicación del principio *solve et repete* como condición para acceder a la justicia contencioso-administrativa, el cual en muchos países se ha considerado inconstitucional.

Como se ha dicho, en la actuación administrativa, la competencia de las autoridades administrativas siempre tiene que estar prevista en texto legal expreso, en el cual se autorice la actuación del funcionario. Esta previsión legal de la competencia, sin embargo, si bien en muchos casos está prevista con precisos límites en la ley, en muchos otros casos, es la ley la que le otorga al funcionario cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, apreciando la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. En este último caso, se está en presencia del ejercicio de poderes discrecionales, que existen, precisamente cuando la ley permite a la Administración apreciar la oportunidad o conveniencia para la emisión del acto administrativo de acuerdo a los intereses públicos envueltos, teniendo el poder de elegir entre diversas alternativas igualmente justas. El tema central en materia de discrecionalidad, sin embargo, ha sido el de su limitación para evitar la arbitrariedad administrativa, y someter a control judicial la totalidad de las actividades administrativas, precisando las áreas de actuación que no constituyen discrecionalidad como el caso de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. En consecuencia, mientras las competencias discrecionales dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, en materia de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado no sucede lo mismo, pues en su aplicación sólo se admite una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquélla que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma que autoriza la actuación.

Pero incluso depurada en esta forma la actividad discrecional, la libertad dada al funcionario para desarrollarla también está sometida a límites y controles en aplicación de principios generales del derecho como los de razonabilidad y racionalidad; de lógica, la justicia y la equidad; y de proporcionalidad, los cuales progresivamente se han venido incorporando como texto expreso en leyes de procedimiento administrativo.

Otra forma de ejercicio de la actividad administrativa, además de la acción unilateral, manifestada a través de los actos administrativos, es la que se realiza a través de contratos que la Administración Pública celebra con los administrados, que en esa forma asumen el rol de colaboradores de la Administración. En esta forma, los contratos del Estado o contratos administrativos se configuran otro de los contenidos esenciales de la disciplina, los cuales después de su larga creación jurisprudencial, también han sido objeto de legislaciones especiales sobre Contratos del Estado, particularmente destinadas a establecer los principios para la selección de contratistas, a los efectos de asegurar la transparencia de las actividades administrativas.

Otro de los principios fundamentales del Derecho administrativo propio del Estado de derecho, ha sido la consolidación de la responsabilidad administrativa, tanto de los funcionarios como de la Administración Pública, es decir, de las personas jurídicas estatales de cuyos órganos administrativos aquéllos son titulares; y no sólo contractual sino extracontractual. Aún cuando como en casi todas las regulaciones del Derecho administrativo, el régimen de derecho privado también está a la base del desarrollo de los principios de la responsabilidad administrativa, en ésta, sin embargo, se han configurado principios propios relativos a garantizar la responsabilidad objetiva de la Administración, causada por incluso por su funcionamiento normal, cuando se causa un daño individualizable incluso en ejercicio legítimo de potestades públicas, descartándose así la culpa del funcionario como fundamento único medio para justificar el derecho de indemnización.

Como se ha dicho, conforme a los postulados del Estado de Derecho y con base en el principio de la legalidad, todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables judicialmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. En consecuencia, ningún acto estatal debería escapar al control del Poder Judicial, y en particular, de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuya creación en el

mundo contemporáneo es otra de las tendencias del Derecho administrativo.

Como se ha dicho, en particular, siendo los actos administrativos siempre de carácter sublegal, los mismos están sometidos al control judicial por parte de los tribunales con competencia contencioso administrativa, que en la mayoría de los países del mundo contemporáneo se conforma por tribunales especializados, aún cuando no necesariamente separados del Poder Judicial como sucede con el originario modelo francés. A los mismos, por otra parte, no sólo tienen acceso los administrados cuyos intereses personales, directos y legítimos hayan sido lesionados por la actividad administrativa, como es la situación general de la legitimación en estos procesos, sino que también progresivamente la legitimación se ha extendido a la protección de intereses difusos, es decir, los concernientes a la calidad de vida de la población como los daños al ambiente o a los consumidores; y de los intereses colectivos, referidos estos últimos, por ejemplo, a un sector poblacional determinado e identificable.

Estos tribunales contencioso administrativos, por otra parte, en el mundo contemporáneo, no sólo ejercen una competencia de control objetivo de la actuación de la Administración tendiente a la anulación de los actos administrativos ilegales, sino una competencia de orden subjetiva, para también poder condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad administrativa, y para disponer lo necesario para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas que pudiesen haber sido lesionadas por la actividad administrativa. Ello implica que los jueces contencioso administrativos son los llamados no sólo para anular actos administrativos, sino para conocer y decidir con plenitud y dentro de los límites de su competencia, todas las demandas que se puedan intentar contra los entes públicos basadas en pretensiones subjetivas. Además, el ámbito del control que ejercen los jueces contencioso administrativo se ha

extendido también a las abstenciones o negativas de los funcionarios administrativos a dictar específicos y concretos actos administrativos a que estén obligados por las leyes. Se trata de lo que en muchos países se conoce como el control contencioso administrativo contra la carencia u las omisiones administrativas.

EL SUPUESTO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (REALIDAD JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL EN VENEZUELA)¹

Ramsis Ghazzaoui

Abogado Especialista en Derecho Administrativo (UCAB, UCV).

Magíster en Derecho Administrativo (UCAB).

*Profesor de Derecho Administrativo
en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)*

Resumen: Se efectúa un análisis de las diversas sentencias que han interpretado el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, criticando la ausencia de criterios estables en esta materia.

Palabras claves: Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Summary: The author realizes an analysis of various judicial decision that have interpreted the system of liability of the Administration, criticizing the absence of stable criteria in this matter.

Keyword: Liability of the Public Administration.

Recibido: 12 de noviembre de 2014 Aceptado: 5 de diciembre de 2014

1 Quiero expresar mi profundo agradecimiento al abogado y amigo Carlos Reverón Boulton, autor del trabajo especial de grado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello “El sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en Venezuela” donde fui tutor asesor y en el cual está basado el presente opúsculo.

SUMARIO

Introducción

- I. Sobre el Sistema de Responsabilidad Patrimonial
Extracontractual del Estado
- II. Sobre el carácter mixto (y no objetivo y absoluto)
del Sistema de Responsabilidad Patrimonial del Estado

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de mayor avance doctrinal y jurisprudencial en el Derecho Público de nuestro tiempo en Venezuela es el relativo al de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, o simplemente Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Sin embargo, ese avance en la materia se ha convertido en verdaderos retrocesos en la jurisprudencia patria, haciendo de la misma (y lejos de convertirse en doctrina) un verdadero péndulo jurisprudencial, en el cual el sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración Pública establecido constitucionalmente (Artículo 140, entre otros) es un vaivén que a la final no se sabe a ciencia cierta si existe o no, ya que su aplicación jurisprudencial preferente y definitiva va de la mano, o de la casuística propia de la institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, de las cuantías demandadas contra la Administración en el contencioso de la Responsabilidad o (y quizás sea lo más común en estos tiempos de regímenes) del obsceno capricho “socialista” o de ideas semejantes de ciertos magistrados genuflexos ante el Poder ejecutivo en franca reverencia y sumisión al mismo².

2 Ya el Profesor Brewer Carías, años atrás, asomaba públicamente su opinión sobre la dependencia de los jueces al poder ejecutivo “En cambio, en un régimen autoritario, donde no hay separación de poderes y donde los jueces son dependientes del poder político, el sistema se torna en un insólito instrumento de injusticia, con la gravedad de que al ser impartido, por ejemplo, por una Jurisdicción Constitucional como la ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la misma, al no estar sometida a control alguno, adicionalmente constituye impune abuso de poder...” “... la integración del Tribunal Supremo se hizo con magistrados controlados

Y es que desde los primeros y valiosos aportes jurisprudenciales sobre la materia que nos ocupa, se observa la aplicación de criterios propios del Derecho común al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, para luego avanzar aplicando lo que parece ser un sistema autónomo de responsabilidad patrimonial extracontractual, con ciertos matices, pero sin duda y constitucionalmente hablando, un sistema propio de Derecho Público, global, objetivo e integral, para hoy en día, pasar a aceptar en ciertas decisiones la existencia de un sistema mixto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Esta divergencia de criterios jurisprudenciales que analizaremos más adelante, la asomamos a la propia casuística de la institución de la responsabilidad, al criterio de cada juez, que es relevante sin lugar a dudas y en muchos casos a las cuantías o montos solicitados por los demandantes en contra de la Administración³.

por el poder político y lo que es peor, dependientes del mismo, ya que pueden ser removidos por una Asamblea Nacional totalmente controlada políticamente por el Ejecutivo...” Brewer Carías, Allan R. *Crónica sobre la “in”justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, págs. 11-17. También Brewer Carías, Allan R. “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004” en *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de justicia y derechos humanos*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, págs. 33-174. Más recientemente del mismo autor “El Estado Totalitario y la ausencia de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, de economía mixta y descentralizado” en Ghazzaoui, Ramsis (Coord.) *Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: vigencia, reforma e innovación. XVII Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo*, FUNEDA, Caracas, 2014, pp. 31 y ss.

- 3 Sobre la cuantía Iribarren considera de “importancia la referencia entre los montos solicitados por los demandantes, -que si bien en principio obedece a un requisito procesal para la determinación de la competencia del tribunal-, no es menos cierto que debería ser proporcional con el daño alegado, con las condenas acordadas por la Sala Político Administrativa, las cuales, en nuestro criterio resultan sumamente bajas, asunto que debería comenzar a variar, teniendo por norte el principio de la reparación integral del daño” Iribarren Monteverde, Henrique, *El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas en el Derecho Público venezolano*, Discurso y Trabajo de incorporación de Henrique Iribarren Monteverde a las Academia de

El presente escrito, que no pretende ser exhaustivo en cuanto al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela, versara sobre aspectos generales del mismo, sobre el tratamiento jurisprudencial a partir de la vigencia de la Constitución de 1999, sobre el supuesto carácter objetivo de dicho sistema visto a través de la doctrina y la jurisprudencia y concluirá con algunas propuestas relativas a él.

I. SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La responsabilidad patrimonial del Estado viene a ser reconocida histórica y universalmente como un sistema de garantía que encuentra su máxima expresión en el Estado de Derecho. La teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado (o lo que es lo mismo, de la Administración Pública) se traduce en la búsqueda de soluciones destinadas a conferir a los ciudada-

Ciencias Políticas y Sociales. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2013, págs. 172, 173. Es muy interesante el trabajo estadístico sobre Responsabilidad Patrimonial extracontractual de la Administración Pública publicado y dado a conocer en ese discurso, con referencia a las decisiones de la Sala Política Administrativa en esta materia, desde el año 2000 al año 2012, en él se reflejan los porcentajes de decisiones con lugar, parcialmente con lugar y sin lugar. Estos en nuestra opinión resultan catastróficos por decir lo menos, ya que atentan contra la seguridad jurídica y más aún en contra del derecho a la tutela judicial, así, entre los años 2005 al 2012: Parcialmente con lugar 27, 62%; Con lugar 8,57%; Sin lugar 63,81%. Entre los años 2000 al 2004: Parcialmente con lugar 20,00%; Con lugar 4,00%; Sin lugar 76,00%. Ídem, pp. 114-172. Analizando esta realidad de la jurisprudencia contencioso administrativa actual, pareciera que el contencioso administrativo hoy día se ha desentendido de la tutela judicial como derecho, que dicho sea de paso constituye el mandamiento propio de esa jurisdicción, es decir, la realización de ese derecho. Viene ahora a mi mente una duda que algún día atrás leí de un iuspublicista, y es aquella relativa a si la disciplina del derecho administrativo no es una rama de la Administración más bien que del derecho. También, con provecho, del mismo autor, Iribarren Monteverde, Henrique, *El sistema paradójicamente clásico de la Responsabilidad Administrativa Extracontractual*, Ediciones Liber. Caracas, 2006.

nos una adecuada tutela judicial frente a los daños que puedan sufrir en su persona o esfera de derechos subjetivos, derivados de la actividad jurídica y material de la Administración Pública que le sean imputables. En Venezuela, con la promulgación de la Constitución de 1999, se estableció la regulación expresa de la responsabilidad del Estado, quedando sometida a normas de Derecho Público, consolidándose con ello la autonomía del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado. En concreto, el artículo 140 del texto constitucional establece como principio fundamental que el “Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”. La concepción de responsabilidad extracontractual del Estado, entendida de manera autónoma de las normas del Código Civil, es lo que predica la Constitución. Según el régimen constitucional vigente, cuando la Administración Pública ocasiona algún tipo de daño, estará en la obligación de repararlo. Este principio es precisamente la base sobre la cual reposa y se ha establecido el sistema resarcitorio de daños⁴.

4 Ortiz-Álvarez establece en franca armonía con la idea de un sistema autónomo de responsabilidad administrativa ajeno al derecho común desligado, en principio, de las normas del Código Civil, que la constitucionalización del sistema hace de suyo que “...el juez contencioso administrativo está llamado, más que nunca, a realizar la articulación técnica del Sistema de Responsabilidad del Estado, ello a través de conceptos de Derecho Público claros”. Ortiz-Alvarez, Luis A. “La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela en la Constitución de 1999 (Visión general sustantiva y el mito del carácter objetivo del sistema)” en Badell Madrid, Rafael (Coord.) *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006. Pág. 355. Ortiz-Alvarez concibe la responsabilidad patrimonial del Estado como un principio general de derecho y un valor superior inherente a todo estado de derecho y a la persona integrante de cualquier sociedad. Agrega el citado autor, que se trata de un concepto “...de base multipolar (principio-valor-derecho) tiene tal fuerza que incluso puede alcanzar un rango supraconstitucional –al igual que muchos de los derechos humanos–, de allí que resulte normal, incluso obligada, su amplia y expresa consagración a nivel constitucional...” Ídem, pág. 311. Para hablar de responsabilidad extracontractual del Estado, es necesario como lo advierte Rodríguez García, sobreentender al Estado como una

Desde la perspectiva jurisprudencial, destaca Iribarren que "...era un criterio mayoritario, incluso en la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del alto Tribunal, considerar que la responsabilidad patrimonial extracontractual que pueda corresponder a las personas morales de derecho público, era sólo de naturaleza meramente civil..."⁵. El autor al reseñarnos la evolución jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual en Venezuela, señala que luego del voto salvado del Magistrado Farías Mata en el caso Silvia Rosa Riera, una breve aproximación y síntesis a la evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial en Venezuela es la siguiente:

En primer lugar, nos reseña que aparte del impecable voto salvado contemplado en el caso: Silvia Rosa Riera, de fecha 15 de diciembre de 1992, se debe estudiar el conocido caso: Terra Cardón de fecha 27 de enero de 1994. En segundo lugar, nos

institución personificada. Así, particularmente, el autor citado considera que la institución jurídica de la responsabilidad de la Administración Pública es: "El régimen legal mediante el cual la Administración Pública se encuentra obligada a reparar los hechos dañosos causados por su actividad o, visto desde el punto de vista del particular acreedor, es el régimen legal que permite exigir, legal y jurídicamente, a la Administración Pública el pago de los daños causados por su funcionamiento". Rodríguez García, Armando. "Responsabilidad y Control: Dos Categorías Esenciales en el Derecho Administrativo" en Canónico Sarabia, Alejandro (Coord.) *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2012*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pág. 26.

- 5 Iribarren Monteverde, Henrique. Ob.cit, pág. 12. En decisión N° 2132, del 16 de noviembre de 2004 (caso: Hilda Josefina Farfán y otros vs. la República), la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al declarar la responsabilidad del Estado por daño moral afirmó que en las decisiones: Alba Orsetti Cabello Sánchez del 19 de julio de 1984, Cedeño Salazar vs. Cadafe del 11 de febrero de 1985 y Nemesio Cabeza vs. Cadafe del 05 de abril de 1994, en las que se resolvieron controversias relacionadas con la responsabilidad contractual con arreglo a lo establecido en el artículo 1.193 del Código Civil, se aclaró que así como lo sostiene la doctrina, no es propio acudir a la fuente de las obligaciones de Derecho Común para declarar la responsabilidad de la Administración, más aún con la claridad en que fue redactado el artículo 140 constitucional. La novedad de esta decisión, aparte de las anteriores afirmaciones, fue que la condena se calculó en Unidades Tributarias.

invita al estudio de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 25 de enero de 1996 denominada caso: Sermes Figueroa, contra el Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado, decisión que el autor denomina como “peligrosamente” generalizadora y aclara que “en esta sentencia, fue reconocido el carácter propio, netamente ‘administrativo’ de la responsabilidad patrimonial extracontractual de las personas morales de derecho público, pero generalizándola ampliamente hacia el campo de la pura responsabilidad objetiva. Cabe acotar, que tal vez por su alto alcance, durante mucho tiempo- no sé si ahora-, el texto de la sentencia no se podía ni encontrar en el copiador de oficios de los archivos de la Sala Político-Administrativa”. En tercer lugar, continúa el autor, identificando los antecedentes jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual en Venezuela, comenta la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en la que nos indica lo que parece ser la demanda más alta declarada con lugar, en el caso Jorge Plaza Coronado vs. La Corporación Venezolana de Guayana del 22 de abril de 1999. En cuarto lugar, luego de entrada en vigencia la nueva Constitución, para ese autor sólo merece ser comentada la decisión N° 1386 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de junio de 2000, caso ELEORIENTE, que según el autor no tiene duda en que está inspirado en el voto salvado del magistrado Farías Mata en el caso Silvia Rosa Riera, al haberse establecido que el sistema de responsabilidad de la Administración en Venezuela es un sistema autónomo. En quinto y último lugar, la decisión que el autor denomina como “célebre caso de Gladys Carmona”, la cual luego de ser decidida sin lugar, mediante la decisión N° 943 del 15 de mayo de 2001 por parte de la Sala Político Administrativa, fue resuelta a través de un recurso de revisión por la Sala Constitucional el 19 de noviembre de 2002 (sentencia N° 2818) anulando el fallo original, por ser contraria a los principios constitucionales de la entonces nueva Constitución que prevén el establecimiento de un régimen integral y objetivo de la responsabilidad del Estado. Aun así, luego de recibir el expe-

diente, la Sala Político Administrativa el 09 de octubre de 2003, mediante decisión N° 1540, planteó un conflicto ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, sobre la cual se ejerció un nuevo recurso de revisión que fue decidido, mediante decisión N° 1469 del 6 de agosto de 2004 y anuló la última decisión dictada sobre este caso de la Sala Político Administrativa instándola a que emitiera una decisión respecto a la indemnización que le correspondía a los demandantes⁶.

Así, el reconocimiento de la autonomía del instituto resarcitorio coadyuva a entender al sistema de responsabilidad autónomo y con elementos característicos diferenciados de la teoría de los vicios de los actos administrativos. Con respecto a los presupuestos de responsabilidad (entendida a partir de la noción del daño), se ha señalado que “en efecto, si dicha responsabilidad se pone en marcha en la medida en que exista una lesión patrimonial como consecuencia de la acción u omisión de la Administración, se comprende entonces que tanto la existencia de la lesión como la demostración de un nexo de causalidad entre la acción u omisión de la Administración y dicha lesión se erigen como presupuestos de dicha responsabilidad. Sin olvidar el tema de la imputabilidad, es decir, de la posibilidad jurídica de atribuir la lesión a la responsabilidad de la Administración”⁷. Entonces, los elementos característicos de

6 Iribarren Monteverde, Henrique. Ob.cit, págs. 16-17.

7 Subero, Mauricio. “Responsabilidad del Estado, Violación de Derechos Fundamentales y Reparación del Daño” en *Anuario de Derecho Público*, N° 2, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila - FUNEDA, Caracas, 2009, págs. 177-202. Para este autor, quien considera al sistema de responsabilidad del Estado como de carácter objetivo, cita una sentencia de la Sala Político Administrativa, la N° 1693 del 17 de octubre de 2007, así: “...este régimen de responsabilidad debe interpretarse con criterios razonables, es decir, guardando la debida ponderación o prudencia, a fin de evitar generalizaciones impropias, injustas e inconducentes que excluyan los supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, tales como, hecho del tercero, culpa de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito, los cuales de no ser tomados en cuenta crearían situaciones injustas y de extrema onerosidad sobre la hacienda pública”. Más adelante, comentando esa decisión, resguardando el carácter objetivo del sistema de responsabilidad administrativa señala “...los elementos señalados en

la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son los siguientes: (i) papel de la doctrina civil; (ii) daño antijurídico; (iii) imputabilidad; y (iv) relación de causalidad⁸.

II. SOBRE EL CARÁCTER MIXTO (Y NO OBJETIVO Y ABSOLUTO) DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

En Venezuela la primera aproximación del tema desde el punto de vista jurisprudencial se realizó a la luz de normas del Código Civil (decisiones de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de julio de 1984, caso Alba Orsetti, 11 de febrero de 1985, caso Cedeño Salazar, 05 de abril de 1994, caso Nemesio Cabeza, 30 de noviembre de 1994, caso Gallardo, 03 de agosto de 1995, caso José Rafael Marín y 28 de junio de 1996, caso Bazar Belune de Margarita).

el fallo citado no constituyen, per se, ni la morigeración ni una excepción al carácter objetivo de la responsabilidad del Estado. Sencillamente, esta responsabilidad, sin perder la plenitud de su carácter objetivo, debe satisfacer, sin embargo, otros presupuestos existenciales; el contenido de esta sentencia lo que hace es apuntar algunos casos en que tales presupuestos no son satisfechos. Si bien luce prudente el llamado que hace la Sala a interpretar el régimen de responsabilidad estatal con *prudencia y ponderación*, no puede dejar de hacerse notar que, bien vista, esta advertencia resultaba inútil, ya que un sistema de responsabilidad objetiva excluye toda consideración sobre la culpa del agente del daño, pero en absoluto desplaza las consideraciones sobre la existencia del daño, del nexo de causalidad entre la actividad (u omisión) del Estado y la lesión, ni respecto a la imputabilidad de la lesión a la responsabilidad de la Administración. Así pues, la culpa de la víctima, la fuerza mayor o el caso fortuito, son supuestos que o bien niegan la existencia de un nexo causal o impiden la imputación del daño a la Administración Pública, lo cual, insisto, nada dice sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial estatal”, pág. 194.

8 Soto, María Eugenia, *El Proceso Contencioso Administrativo de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública Venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2003, pág. 29.

La aplicación de estas normas no se realizó de forma absoluta ni reiterada, pues encontramos novedosas decisiones de esa misma Sala en las que esa responsabilidad extracontractual se declaró siguiendo las normas constitucionales vigentes para la fecha (arts. 206, 46 y 99 de la Constitución de 1961)- Ejemplo de ello lo encontramos en las sentencias del 27 de enero de 1994 (caso Promociones Terra Cardón) y 29 de octubre de 1998 (caso Franz Weibezahn). Incluso en la decisión del 25 de enero de 1996 (caso Sermes Figueroa), se diferenció que la responsabilidad por acto lícito se sustentaba en el principio de igualdad ante las cargas públicas mientras que los daños producidos por una actividad ilícita tenía por fundamento la teoría de la culpa.

Quizás el avance más importante y más destacable lo encontramos en el voto salvado de la decisión del 15 de diciembre de 1992 (caso Silvia Rosa Riera) en el que se comenzó a hablar en nuestro país de una responsabilidad extracontractual autónoma, tanto desde punto de vista sustantivo como adjetivo. Parte del contenido de ese voto salvado, es el siguiente:

“Por consiguiente, en criterio del autor del presente voto salvado, la responsabilidad patrimonial que puede corresponder a las personas morales de Derecho Público, no es ni general no absoluta, como se ha dicho en la decisión a menudo considerada -no con todo fundamento- madre del Derecho Administrativo; no se rige, en efecto, directa ni literalmente por las reglas del Código Civil, concebidas para regular las relaciones entre simples particulares; y comporta reglas autónomas y propias, que debe determinar el juez venezolano del contencioso administrativo, tomando en cuenta la naturaleza del servicio público involucrado, y la necesaria conciliación de los intereses particulares con el interés general en la prestación del servicio”.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, comenzó a observarse la configuración de un sistema autó-

nomo y original de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, conforme se fue observando incluso del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia en tempranas decisiones, como por ejemplo las decisiones de la Sala Constitucional N° 2818 del 19 de noviembre de 2002 (caso Gladys de Carmona), N° 1469 del 06 de agosto de 2004 (caso Gladys de Carmona), y por parte de la Sala Político Administrativa en las decisiones N° 968 del 02 de mayo de 2000 (caso Cheremos vs. ELECENRO) y N° 2130 del 09 de octubre de 2001 (caso Hugo Betancourt). La nota común en esas decisiones es que se consideró que el régimen de responsabilidad extracontractual previsto en el artículo 140 de la vigente Constitución puede ser declarado de manera autónoma e independiente de normas del Código Civil.

La responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela se encuentra previsto principalmente en la exposición de motivos de la Constitución de 1999, el artículo 140 (norma matriz de la responsabilidad patrimonial del Estado), 21 y 133 (igualdad sobre las cargas públicas), 259 (competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para condenar al pago de sumas de dinero por los daños ocasionados por el Estado).

Con base en las normas anteriormente señaladas y principalmente en la exposición de motivos, Ortiz-Álvarez señala que el sistema de responsabilidad presente en Venezuela es de carácter mixto, que se divide en dos regímenes complementarios y coexistentes entre sí como lo son el sistema de responsabilidad por falta y el de responsabilidad sin falta. También precisa ese autor que el fundamento original de los dos regímenes de responsabilidad es la integridad patrimonial, es decir, que el sistema pivota sobre la idea de lesión antijurídica, ya que el ciudadano no tiene la obligación de soportarla sin indemnización alguna⁹.

9 Lo importante para el autor es que en el régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal, la antijuricidad del daño puede venir por cualquier daño causado, por falta de servicio o funcionamiento anormal

En Venezuela sin lugar a dudas existe un sistema de responsabilidad mixto, basado en normas de Derecho Público y no en una perspectiva privatista del Código Civil. En el régimen de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular la falta de servicio resulta irrelevante; la noción de sacrificio es variable y se produce cuando se traspasa el límite de tolerancia y se compone de dos elementos (especialidad, número de víctimas afectadas y diferenciables y anormalidad, dada por la intensidad del daño).

En cambio, en el régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal, el hecho generador lo constituye la negligencia o el error, por lo que es necesario probar la existencia de la falta de servicio para obtener una indemnización. El fundamento de este tipo de responsabilidad, no es la falta ni la culpa, sino la violación del derecho de los ciudadanos a disfrutar de un buen funcionamiento de los servicios públicos, por lo que para proceder a demandar al Estado con base a este tipo de responsabilidad se debe determinar la obligación del Estado que se dice violada.

Sobre estos dos regímenes consistentes, es decir, responsabilidad por hecho lícito e ilícito encontramos importantes decisiones por parte del Tribunal Supremo de Justicia, al respecto como lo son las decisiones de la Sala Constitucional N° 2818 del 19 de noviembre de 2002 (caso Gladys de Carmona); N° 1469

(violación de obligaciones preexistentes). Mientras que en la responsabilidad sin falta, la insoportabilidad del daño viene dada por la presencia de daños anormales (graves e intensos) y especiales (individualizados), los cuales producen una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, en este último sistema también puede invocarse la doctrina del riesgo, al menos en lo que respecta a los daños accidentales. Asimismo, destaca el autor citado, que, "...la antijuricidad es un criterio objetivo, pues no se trata de que el autor de la lesión necesariamente tenga que actuar de forma ilegal o ilícita -antijuricidad subjetiva- aunque en ocasiones ello sea necesario y determinante para la imputabilidad, sino desde una perspectiva general la víctima que sufre la lesión no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación -antijuricidad objetiva-" Ortiz-Álvarez, Luis A., Ob. cit., pág. 341.

del 06 de agosto de 2004 (caso Gladys de Carmona) y N° 403 del 24 de febrero de 2006 (caso Municipio Baruta del Estado Miranda).

Para el Tribunal Supremo de Justicia esa dualidad de sistema existe desde que la responsabilidad patrimonial del Estado se desprende de las actuaciones lícitas o ilícitas que lleva a cabo la Administración Pública y que sea capaz de producir daños. Ello lo observamos, en las citadas decisiones de la Sala Constitucional, como en las decisiones de la Sala Político Administrativa, entre otras N° 1386 del 15 de junio de 2000 (caso Germán Avilez vs. ELEORIENTE), N° 2130 del 09 de octubre de 2001 (caso Hugo Betancourt); N° 2132 del 16 de noviembre de 2004 (caso Hilda Josefina Farfán); N° 1693 del 17 de octubre de 2007 (caso Walter Felce Salcedo) y N° 206 del 09 de marzo de 2010 (caso Ángel Nava)¹⁰.

10 La configuración de la responsabilidad extracontractual de la Administración, la sintetiza Bello Izquierdo al afirmar lo siguiente: "En la actualidad esta nueva concepción de responsabilidad del Estado reconoce la presencia de un sistema mixto, constituido básicamente por dos regímenes que se complementan en uno al otro y que abarca por una parte, la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, régimen este en el cual la responsabilidad del Estado viene dada con ocasión al surgimiento de un daño anormal (grave e intenso) y especial (individualizado y determinado) que deben soportar los particulares producto de un funcionamiento normal de los servicios o de cualquier otra actividad del Estado y en el que el deber de indemnizar los daños ocasionados se encuentran fundamentado en la ruptura del principio de igualdad antes las cargas públicas que se han producido con su actuación, sustentándose en algunos casos en la doctrina del riesgo, concretamente frente a la realización de actividades que según esas características poseen un nivel considerable de peligrosidad; y la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal, en el cual la responsabilidad patrimonial de Estado se encuentra determinada por los daños ocasionados a los particulares por el funcionamiento anormal de los servicios públicos o de cualquier otra actividad estatal de interés general y en el que el deber de reparación se encuentra determinado por la violación incuestionable de las obligaciones administrativas preexistentes a cargo del Estado" Bello Izquierdo, Luis Rafael. "Evolución legislativa en el ordenamiento jurídico venezolano en materia de responsabilidad de Estado" en *Revista de Derecho*, N° 22, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2006, pág. 335.

El sistema objetivo (puro), es aquél en que la Administración Pública será responsable y deberá responder por los daños que ocasione independientemente que la actuación de la Administración haya sido normal o anormal, lo único determinante es que se haya producido un daño evaluable económicamente. Para que este sistema exista debe estar consagrado expresamente en la Ley y no dar lugar a dudas acerca de su existencia, tal y como sucede en Francia, Italia y España por ejemplo. Es irrelevante si se actúa de forma lícita o ilícita, como tampoco lo es que los gestores de la Administración hayan actuado con dolo o culpa. El fundamento para este tipo de sistema es el riesgo creado por la Administración, principio de igualdad ante las cargas públicas y la garantía patrimonial de los administrados.

El concepto del sistema objetivo de responsabilidad solamente hace referencia a que, modernamente, entre los mecanismos de imputación no solo se encuentra la culpa o falta de servicio, sino que también existen otros títulos de imputación que sí pueden ser objetivos o en los cuales la falta o culpa es jurídicamente irrelevante. Sin embargo hay múltiples supuestos en los cuales la falta o funcionamiento anormal sí es determinante para la procedencia de la responsabilidad. En este sentido, también es incorrecto afirmar –como en ocasiones lo ha hecho la jurisprudencia– que el fundamento general de la responsabilidad es la igualdad ante las cargas públicas. Tal fundamento solo puede abarcar a la responsabilidad sin falta o por funcionamiento normal y aun dentro de este régimen se combina en ciertos casos con la doctrina del riesgo. Sin embargo, el mismo es inaplicable o inadecuado para fundamentar la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal, cuyo fundamento es la violación al derecho al funcionamiento normal, adecuado y eficaz de los servicios públicos y de las actividades estatales¹¹.

11 Ortiz-Alvarez, Luis A. Ob. cit., pág. 343. En este mismo trabajo se recogen las premisas por las cuales consideramos acertada la opinión del profesor Ortiz-Alvarez en relación a las características del sistema de

Desde el punto de vista jurisprudencial encontramos que tempranamente el Tribunal Supremo de Justicia afirmó que el artículo 140 constitucional era suficiente para aplicar bajo principios de Derecho Público el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado. Ello lo encontramos en decisiones como la sentencia N° 2818 del 19 de noviembre de 2002 (caso Gladys de Carmona); N° 1469 del 06 de agosto de 2004 (caso Gladys de Carmona); N° 403 del 24 de febrero de 2006 (caso Municipio Baruta del Estado Miranda); todas de la Sala Constitucional. Por parte de la Sala Político Administrativa las sentencias N° 968 del 02 de mayo de 2000 (caso Cheremos vs. ELECEN-TRO); N° 1386 del 15 de junio de 2000 (caso Germán Avilez vs. ELEORIENTE); N° 2130 del 09 de octubre de 2001 (caso Hugo Betancourt); N° 2840 del 28 de noviembre de 2001 (caso Con-

responsabilidad administrativa venezolano, así: 1. El sistema es amplio e integral. Todas las actividades estatales entran dentro del marco de las normas constitucionales de responsabilidad patrimonial del Estado. 2. El sistema de responsabilidad tiene un fundamento general objetivo, pero solo relativo, pues la responsabilidad del Estado siempre es un sistema mixto. Coexistencia de la responsabilidad por funcionamiento normal y anormal. 3. Los regímenes coexistentes de responsabilidad tienen significados y fundamentos independientes. 4. El sistema de responsabilidad del Estado es un sistema autónomo y debe ser estudiado desde una perspectiva de Derecho público. 5. La responsabilidad del Estado debe ser estudiada desde una perspectiva amplia y pro-cives en favor de los particulares y no de la Administración. Ídem, págs. 338-363. En síntesis, la responsabilidad administrativa ni es general, ni es absoluta ni mucho menos de pleno carácter objetivo. En muchos casos es necesario, indispensable, el evaluar la normalidad o no de la actuación de la Administración, lo que ocurre en los casos que por naturaleza deben estudiarse bajo un esquema o régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal, falta que resulta necesaria comprobar, en su existencia y suficiencia, para poder imputar los daños, pues la constitución se refiere a daños imputable... en resumen... la antijuricidad del daño o lesión puede darse tanto por presencia de un sacrificio particular que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas o por una actividad de riesgo creado (responsabilidad por funcionamiento normal), como por una falta de servicio, la cual supone una violación del derecho de los ciudadanos al buen funcionamiento de los servicios públicos y de la actividad estatal (responsabilidad por funcionamiento anormal), y en algunos casos tal funcionamiento anormal es jurídicamente determinante para la procedencia de la responsabilidad estatal. Ídem, págs., 344, 349.

sorcio Inversionista Fabril) y N° 2132 del 16 de noviembre de 2004 (caso Hilda Josefina Farfán).

Sin embargo, posteriormente, en la actualidad, el Tribunal Supremo de Justicia ha vuelto a desarrollar la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de normas que le son propias al Derecho Común, como se observa en las siguientes decisiones: sentencia N° 189 del 08 de abril de 2010 (caso American Airlines INC) y N° 1126 del 03 de agosto de 2012 (caso Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A.), ambas de la Sala Constitucional. Por su parte, las decisiones en este sentido, de la Sala Político Administrativa son la N° 2176 del 05 de octubre de 2006 (caso Pedro Morantes vs. CADELA) y la N° 128 del 07 de febrero de 2013 (caso Romelia Contreras).

Es de hacer notar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias N° 189 del 08 de abril de 2010 (caso American Airlines INC) y N° 646 del 21 de mayo de 2012 (caso American Airlines INC), ha sostenido que en los casos en los que exista una normativa sectorial aplicable, deberá aplicarse ésta y no las normas de Derecho Común (Código Civil) las cuales incluso matizan los principios generales de Derecho Público.

Para finalizar, entendemos que a falta de criterios normativos o estándares de actuación de la Administración, la jurisprudencia, en uso de una aplicación excesiva podría condenar a la Administración por cualquier daño causado -en ausencia del estudio de los elementos como culpa objetiva o antijuridicidad del daño- convirtiendo de esta manera un sistema de responsabilidad de carácter constitucional en un seguro a todo riesgo de los particulares. Esta posibilidad actualmente no tiene limitación alguna pues el Juez no tiene asidero positivo o legal -aún genérico; salvo el contenido en el artículo 140 de la Constitución y en el 13 de la Ley Orgánica de la Administración Pública- que delimite las posibilidades reales de resarcimiento de los daños causados ni tampoco del sistema que debe

seguir para llegar a la convicción de que aquella reparación es realmente debida al particular; por ello, la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial del Estado todo lo puede, pues se erige como un sistema de aplicación al caso concreto, sin más limitaciones -prácticamente- que el sentido común del Juez¹².

12 Sobre esta y otras reflexiones sobre el tema, vid, con provecho Mir Puigpelat, Oriol, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema* -y el interesante y ya clásico prólogo contenido en el mismo de Eduardo García de Enterría-, Civitas, Madrid, 2002.

LA CONCILIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Carlos Mata Coto

Abogado costarricense. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid

Resumen: Este trabajo de investigación versa sobre la audiencia de conciliación en la jurisdicción contencioso-administrativa costarricense a la luz del nuevo Código que rige dicha jurisdicción. La conciliación ocupa todo un capítulo y se le otorga una estructura que anteriormente no tenía en la jurisdicción contencioso-administrativa, y que incluso resulta ser un modelo para los países de Iberoamérica. Se enfoca el estudio en su técnica, pero a la vez se realizarán algunos aportes y críticas, con el objetivo de que este mecanismo de resolución alterna de conflictos obtenga un mejor desarrollo para la solución de conflictos entre las administraciones públicas y los administrados. La jurisdicción contencioso-administrativa costarricense dentro de sus novedades resalta la oralidad en los procesos, lo cual motiva la agilidad, la humanización y la obtención de la justicia, por lo que la conciliación es una muestra de la investidura del juzgador.

Palabras clave: Derecho público. Administración pública. Jurisdicción contencioso-administrativa. Conciliación.

Summary: This research deals with the conciliation hearing in the Costa Rican's jurisdiction of the administrative courts in light of the new Code that governs the jurisdiction just mentioned. The conciliation occupies a whole chapter and is granted a structure that it did not have previously in the jurisdiction of the administrative courts, it even turned out to be a model for Iberoamerican countries. The study focuses on its technical, but simultaneously some contributions and critiques were made, the aim was to obtain a better development in this mechanism of alternative resolutions to conflict for the solution of conflicts between the public administrations and the administered

ones. Within Costa Rican Administrative Justice innovations it highlights the oral proceedings, which motivates the agility, the humanization and obtaining justice, showing that the conciliation is a sample of the investiture of who judges.

Key words: *Public law. Public administration. Administrative jurisdiction. Conciliation.*

Recibido: 28 de junio de 2014 Aceptado: 14 de julio de 2014

SUMARIO

- I. Introducción
- II. La resolución alterna de conflictos
- III. Sobre los conflictos entre las Administraciones públicas y los administrados
- IV. Sobre la conciliación en el Código Procesal Contencioso-administrativo costarricense
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo se cuenta con medios alternos para resolver conflictos que resultan más pacíficos y rentables para dirimir conflictos o resolver intereses contrapuestos que se presenten entre las personas, dejando para el litigio lo que definitivamente lo amerite, si las vías alternativas no satisfacen a los interesados. Es así que, la resolución alterna de conflictos no tratar sobre la forma de evitar los conflictos, sino de la forma como se deben abordar.

Todos los días se presentan problemas, conflictos e intereses contrapuestos, sin que esto nos lleve al equívoco de pensar que el ser humano no tiene remedio. Un problema surge por los diversos intereses que las personas defienden y sobre los cuales se pueden presentar conflictos. El conflicto es parte de las relaciones de los seres humanos, es parte de la defensa de los intereses y los derechos. El conflicto debe entenderse de una manera distinta a la simple manera de observar problemas que separan a las personas o debilitan la convivencia en sociedad.

En cuanto a nuestra materia, día a día surgen conflictos entre las administraciones públicas y los administrados, que incumben al estudio del derecho administrativo. Lo observamos, *v. gr.*, en la prestación de los servicios públicos, en

el incumplimiento de los contratos administrativos, en las indemnizaciones por los daños y los perjuicios, en las omisiones en el cumplimiento de trámites administrativos. A lo anterior, es posible que a través de la conciliación y la negociación, los administrados y las administraciones públicas encuentren soluciones a las diferencias que se les presenten.

El presente estudio se aborda desde las implicaciones jurídicas de la conciliación en la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que se procederá al análisis de la conciliación a la luz de la Ley N° 8508, de 28 de abril de 2006, «Código Procesal Contencioso-Administrativo» costarricense –en adelante CPCA–, en vigor desde el 1° de enero de 2008. La conciliación obtiene en este cuerpo normativo todo un capítulo, lo cual resulta ser parte de la universalidad de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, parte importante de este cambio de paradigma¹.

La justicia administrativa es todo un tema de importancia en el Estado de derecho por la cercanía que tiene con los asuntos políticos, un asunto que además es cercano a la jurisdicción constitucional. Hay un efecto de “atracción legítima”, de lo jurídico sobre temas que tienen relación política, que deben y merecer ser resueltos con justicia. Como señala Juan Carlos CASSAGNE, «el tema de la justicia administrativa en los países de Iberoamérica constituye una de las piezas clave para la configuración y el correcto funcionamiento del Estado de

1 Para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “la obra clásica de Thomas KUHN, sobre la estructura de las revoluciones científicas, observó certeramente que tales revoluciones no se producen normalmente por mera acumulación de los saberes existentes, sino por lo que él calificó de «un cambio de paradigma», una sustitución del sistema de principios en el que hasta ese momento se insertaban todos los datos que se han ido incorporando a la ciencia en cuestión hasta que se impone una ruptura de los mismos para poder explicar los nuevos descubrimientos”. *Vid. Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson/Aranzadi/Civitas, Navarra, 2007, p. 126.

Derecho»². El juez de lo contencioso-administrativo tiene una función sumamente importante en la tutela del ordenamiento jurídico por su acercamiento a las administraciones públicas, y por ello debe tener vocación para resolver conforme a la justicia administrativa³.

Todo juez conciliador debe tener claro los objetivos de la conciliación, tanto en beneficio de las partes en el proceso, como el Poder Judicial y la obtención de la justicia⁴. No se trata

- 2 Vid. su trabajo "Consideraciones sobre la justicia administrativa en la Argentina y en otros países de Iberoamérica", con GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La Justicia Administrativa en Iberoamérica*, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 31. En este sentido, es como inicia la Ley 29/1998, de 13 de julio, "Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa" española, al señalar en la exposición de motivos que: *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa es una pieza capital de nuestro Estado de Derecho*.
- 3 En este sentido señala Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, "si alguna de las profesiones que podemos ejercer los hombres dedicados a la realización del Derecho requiere una vocación específica es la de juez. Las renunciaciones y sacrificios que impone la función judicial, sólo son concebibles en quien ha nacido para ello". Vid. *La selección de los jueces*, Thomson Reuters/Aranzadi/Civitas, Navarra, 2008, p. 31. El ser juez requiere de disciplina, y no es que con esto se afirme que él esté por encima de los demás, no, el juez es un servidor, de que se haga justicia, por lo que debe buscar siempre la verdad. Para Jesús LOS ARCOS VIDAURRETA, "no se puede fundamentar la justicia en la mentira, la falsedad o el engaño. La justicia requiere sostenerse únicamente en la verdad". De su obra *Responsabilidad de los jueces*, Zavalía, Buenos Aires, 2011, p. 53. El juez debe tener un método de trabajo, pues no sólo con sus virtudes y su experiencia resolverá los casos, requerirá siempre de la teoría. Al respecto, señala Ronald DWORKIN, "un buen juez comprenderá «naturalmente» y «sin ulterior reflexión» que forma parte de su trabajo ser autoconsciente y autocrítico, preguntarse cuáles son realmente sus «obligaciones», qué «pruebas son realmente pruebas» y así en adelante. Comprenderá de modo natural que, además de ser un participante en virtud de su rol, tiene que ser, en la terminología de FISH, un teórico". Vid. *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 59.
- 4 Para Loredana di STEFANO, "el primer elemento necesario para organizar el servicio de mediación de manera conforme y eficaz es el de averiguar los objetivos, las finalidades que el tribunal quiere conseguir en ofrecer la mediación. ¿Cuál es la "misión" del tribunal a este respecto?". Vid. "Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento", en SOLETO MUÑOZ, H. (Directora), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 288.

de un mecanismo aislado, o de un mero ritual para satisfacer pretensiones modernas de obtener soluciones pacíficas; eso sería un engaño. Se trata de obtener resultados que agilicen y favorezcan la labor del juez en procura de la justicia.

II. LA RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS

El conciliador dentro del mecanismo de resolución alterna de conflictos conocido como conciliación, es un sujeto muy importante para que las partes interesadas puedan llegar a sus acuerdos. Los interesados han depositado por un momento su confianza en el conciliador, para que los guíe en la búsqueda de soluciones a sus diferencias. Si bien es cierto que en la conciliación, son las partes interesadas las que negocian y tratan de resolver el conflicto, el conciliador no es un mero espectador interno; se trata de un colaborador, que con una visión objetiva puede encaminar a los interesados hacia posibles acuerdos. Se trata en términos objetivos de un criterio de corrección, que conlleva a una serie de modificaciones en lo jurídico y en lo social.

La Constitución costarricense se refiere a los casos en que las personas se encuentran en situaciones de conflicto, al respecto, señalan los artículos 41 y 43:

“Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Artículo 43.- Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”.

Las diversas formas de resolver conflictos de una manera alterna, lo son en el tanto no se comprendan como medios que sustituyen a las distintas jurisdicciones o el respeto de la jus-

ticia. Tampoco implica que todo deba resolverse mediante formas alternas y, que se evite a toda costa ir a la jurisdicción. De lo que se trata, y con base en los intereses de las personas involucradas, es de obtener un resultado que les favorezca. En caso de no obtenerse un resultado favorable, no implica que estemos en presencia de un fracaso en la aplicación de la conciliación. Fracaso sería si existe un desbalance en el resultado pactado o, si pactados los acuerdos, los mismos no son respetados por las personas involucradas, también resulta un fracaso si los acuerdos son contrarios a la legalidad o, existe mala fe en los acuerdos. Salvo casos como los indicados, el hecho que en una conciliación no se llegue a un acuerdo, no implica que estemos ante un fracaso en la aplicación de los medios alternos de conflictos.

En la conciliación las personas interesadas llegan a negociar. Una de las teorías de la negociación más importantes ha sido desarrollada por Roger FISHER, la cual resulta a todas luces importante para el desarrollo de las conciliaciones, en razón de la forma en que se abordan los conflictos, y la manera tan objetiva de analizar los problemas⁵.

5 Al respecto señala Helena SOLETO MUÑOZ, "el profesor Roger FISHER fue uno de los pioneros en el estudio de las conductas eficientes de los negociadores en los años sesenta y setenta e identificó los elementos básicos de la negociación colaborativa. Para el profesor FISHER el método se basa en: 1. Distinguir las personas del problema. 2. Identificar los intereses subyacentes a las posiciones. 3. Establecer un diálogo para identificar las diferentes opciones de acuerdo. 4. Utilizar criterios objetivos. 5. Tener en cuenta las alternativas fuera de la actual negociación y desarrollar las propias. Las ideas de Roger FISHER han cristalizado en muy diferentes métodos de estudio de los elementos de la negociación. Los 7 elementos analizados básicamente en la actualidad en la Harvard Law School son los siguientes: 1. *Intereses*: Los intereses son los que mueve a las personas a reclamar algo (esto son las posiciones). Puede tratarse de necesidades básicas, de autorrealización, emocionales... 2. *Opciones*: Las opciones se entienden en negociación como algo diferente a las alternativas, y suponen el abanico de posibilidades en que las partes pudieran llegar a un acuerdo para cada cuestión a negociar. 3. *Legitimidad o criterios*: El acuerdo se podrá alcanzar más fácilmente y con un sentimiento de justicia para las partes si se tienen en cuenta en la negociación referencias externas y

Como ha señalado la Sala Constitucional, en la sentencia N° 2999-2005, de 16 de marzo, considerando III:

“Las formas alternativas de solución de conflictos entre los particulares tienen en común la idea de facilitar la solución célere y eficiente de las controversias, sin necesidad de acudir al proceso judicial. La doctrina suele distinguir entre los métodos autocompositivos y los métodos heterocompositivos para la solución de conflictos de intereses. En los autocompositivos, las mismas partes solucionan el conflicto sin la ayuda de nadie –autocomposición indirecta– o con la ayuda de otra –autocomposición directa– (v.g. mediación, conciliación). Los heterocompositivos se caracterizan por la presencia de un tercero que resuelve la controversia mediante la imposición de su criterio. Dentro de estos últimos instrumentos figura el arbitraje, que constituye un proceso de carácter no judicial mediante el cual las partes someten el conflicto a un tercero imparcial denominado árbitro con el objeto que éste lo conozca y resuelva con carácter vinculanteC.

El CPCA, como se analizará más adelante, comprende situaciones en que las conciliaciones se considerarán fracasadas, término que no se comparte, pues en las conciliaciones se acuerda o no se acuerda, pero el hecho de que no se acuerdo no implica un fracaso. El término también se encuentra en el artículo 316, de la Ley N° 7130, de 16 de agosto de 1989, «Código

critérios objetivos que vayan más allá de la simple voluntad de las partes. 4. *Comunicación*: Este tipo de negociación se basa en la comunicación eficiente entre las partes, que permita explorar los intereses y las opciones. 5. *Relación*: Una negociación producirá un mejor resultado si las partes han mantenido o mejorado su capacidad para trabajar colaborativamente, lo que posibilitará futuras negociaciones más fácilmente que una mala relación. 6. *Compromiso*: Es el objeto de la negociación, el acuerdo. Para que se pueda calificar como bueno los compromisos han de ser realistas, claros y verificables, y toma la forma que las partes deseen (escrito, documento público, privado, acuerdo verbal...). 7. *Alternativas*: Las alternativas al acuerdo negociado son un elemento que se encuentra fuera de la negociación, pero que ejerce un efecto directo en ésta». Vid. “Negociación”, en *Mediación y resolución...*, pp. 164-165.

Procesal Civil», no así en la Ley N° 7727, de 9 de diciembre de 1997, «sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social» –en adelante RAC–. El término se acuña de tal manera por influencia de la cultura litigiosa, pero recordemos que las conciliaciones son distintas a los mecanismos litigiosos o los argumentos que desarrollen los abogados en defensa de sus clientes o para convencer sobre sus tesis a los jueces.

Como señala el artículo 2, de la RAC:

“Artículo 2.- Solución de diferencias patrimoniales.

Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible”.

La conciliación es para los interesados, un medio para lograr mejores resultados en las relaciones humanas, a través del diálogo, la comunicación y el análisis de los problemas de manera objetiva. Se trata de la maduración del objeto para solucionar el conflicto, que ha provocado una división en la relación que los une. Es analizar la relación a futuro, buscando soluciones, reconstruyendo la relación.

Las dos grandes ventajas que se suelen exponer por parte de los conciliadores al momento de iniciar una audiencia de conciliación son la ganancia en tiempo y el evitarse los gastos económicos del proceso. Implica no desgastarse en un proceso que puede tomar años y, que a la vez puede traer gastos económicos propios de la complejidad de los procesos judiciales. Los operadores jurídicos deben tener presente estas ventajas, no solamente los litigantes, sino que también los juristas de las administraciones públicas y los procuradores.

III. SOBRE LOS CONFLICTOS ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LOS ADMINISTRADOS

Las relaciones entre las administraciones públicas y los administrados, es decir las relaciones jurídico-administrativas, como bien señala el artículo 1.1), del Código Procesal Contencioso-Administrativo, es un complejo comunicacional vinculado a la organización estatal, al ordenamiento jurídico administrativo y a la dinámica de los sujetos involucrados –tanto públicos como privados–. Y en esas relaciones jurídico-administrativas es posible que surjan “conflictos administrativos”.

Algunas administraciones públicas han logrado establecer medios correctivos de carácter administrativo, para restablecer las relaciones jurídico-administrativas, v. gr., el Decreto Ejecutivo N° 29732-MP, de 16 de agosto de 2001, “Reglamento a la Ley Reguladora de los Servicios Públicos”, en el artículo 37.a), en referencia a la conciliación de disputas, señala que presentada en forma la queja, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos procederá a realizar una audiencia entre las partes a efecto de lograr un acuerdo conciliatorio entre ellas. Se pueden presentar conflictos tanto entre los usuarios con los operadores de los servicios públicos, como entre los mismos operadores de los servicios públicos, también incluso es posible conciliar cuando se trata de un operador del servicio público que es una organización privada y un usuario, siendo lo relevante –para este enfoque– la prestación del servicio público, es decir, su alcance objetivo⁶.

6 Como señala Enrique ROJAS FRANCO, “la actividad de servicio público está regulada por el derecho público, y especialmente por la Ley General de la Administración Pública. Esto implica que cuando estemos en presencia de una actividad de servicio público, el régimen estará constituido por prerrogativas exorbitantes de derecho público”. Vid. su obra *Derecho administrativo de Costa Rica*, Porrúa/UNAM, México D.F., 2006, p. 144.

La conciliación es voluntaria, y lo es porque nadie está obligado a conciliar. Si lo que se discute o se trata de negociar no conviene a los intereses de alguno de los interesados, sencillamente no se concilia. La conciliación es una alternativa a la solución de controversias, no la suplencia de la justicia. La justicia está presente, para ser respetada, no para ser sustituida. Los jueces están para resguardar ese noble valor.

Debe quedar claro que no todo conflicto es susceptible de conciliación⁷. Hay conflictos que necesariamente no deben ser conciliados, por razones de conveniencia, de legalidad o de interés público. ¿Qué ha impedido que las negociaciones con las administraciones públicas no se lleven a cabo cuando se trata de conflictos con los administrados? Diversos factores, falta de cultura en el análisis de los problemas propios de las relaciones jurídico-administrativas, falta de propuestas, falta de interés en la solución de los conflictos y, poco interés en fortalecer las relaciones jurídico-administrativas⁸.

7 Al respecto GAMERO CASADO, E., "Apunte sobre la mediación como técnica para la resolución de conflictos en el empleo público", RAP, núm. 170, 2006, p. 367. Para Enrique ROJAS FRANCO, "es difícilísimo que la Administración Pública concilie. Por eso siempre abogué, desde la Cátedra, que se eliminará el Recurso de Reconsideración o Reposición, porque la Administración nunca reconsideraba sus actos. De ahí se fueron al extremo de hacer el agotamiento de la vía administrativa facultativo, que no conduce ni va a conducir a ninguna solución práctica". Vid. *Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo*, E. Rojas F., San José, 2008, p. 177.

8 Para Julieta BARBOZA CORDERO, "se ha tendido a considerar que los funcionarios públicos no pueden nunca negociar como lo hacen los privados". Vid. "Conciliación en materia contencioso administrativa", en VV.AA., *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*, Juritexto, San José, 2008, p. 290.

IV. SOBRE LA CONCILIACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COSTARRICENSE

La conciliación en la jurisdicción contencioso-administrativa es una oportunidad muy valiosa para resolver conflictos, lo es tanto para las administraciones públicas como para los administrados. El administrado no es un sujeto desfavorecido, ni temeroso de frente al poder público, es todo lo contrario hoy en día, y es por ello que la oportunidad de conciliar es para ambos.

La conciliación en la jurisdicción contencioso-administrativa es un medio alternativo dentro del proceso para solucionar un conflicto entre las partes vinculadas por una relación jurídico-administrativa⁹.

Señala el artículo 72, del CPCA:

“Artículo 72.-

- 1) La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.
- 2) A la audiencia de conciliación asistirán las partes en litigio o sus representantes, excepto los coadyuvantes”.

La conducta administrativa puede implicar un todo en las actuaciones de las administraciones públicas en las relaciones

9 Al respecto señala Ernesto JINESTA LOBO, “la conciliación intraprocesal es un medio auto-compositivo de resolución alterna de los conflictos resueltos ante la jurisdicción, con mediación de un órgano jurisdiccional». Vid. del autor *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*, Jurídica Continental, San José, 2008, p. 191; también su artículo “La nueva justicia administrativa en Costa Rica”, *RAP*, núm. 179, 2009, p. 423. Para Víctor MORENO CATENA, “la autocomposición representa un mecanismo intermedio para la solución de los conflictos que se caracteriza por ser las partes en litigio quienes, bien por un sacrificio unilateral, bien por mutuo acuerdo en sus respectivas posiciones iniciales mantenidas al tiempo del planteamiento del conflicto, deciden ponerle fin”. Vid. “La resolución jurídica de conflictos”, en *Mediación y resolución...*, p. 31.

jurídico-administrativas¹⁰. Ello, sin que se vulnere la legalidad de los actos administrativos, los principios que rigen el derecho administrativo y los derechos de los administrados, es decir, todo de conformidad con el ordenamiento jurídico administrativo.

No se puede conciliar sobre el interés público, cualquier actuación en este sentido es contraria al ordenamiento jurídico. Al respecto señala Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “el interés público, como elemento esencial del Ordenamiento jurídico, opera no sólo como fin último de la actividad administrativa, sino como presupuesto de legalidad de decisiones singulares”¹¹.

El juez conciliador debe tener presente en la conciliación sus potestades como juez y como conciliador, los principios por los que se rige la conciliación, las formalidades de la audiencia de conciliación, la libertad y la voluntad de las partes en la conciliación y, sus alcances en la intervención de las negociaciones.

10 Para Enrique ROJAS FRANCO, “¿Qué es conducta? Actos, formas, hechos, resoluciones, todo tipo de actuación administrativa, sea formal o sea material, que produzca efectos lesivos o perjudiciales al ciudadano”. Vid. *Comentarios al Código...*, p. 177.

11 Vid. su obra *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Thomson Reuters/Aranzadi/Civitas, Navarra, 2013, p. 784. Como indica William BARRERA MUÑOZ, “la finalidad del Estado es la satisfacción del interés público; por ello, en el momento de tomar decisiones, siempre se encuentra referencias específicas a él”. De su trabajo “La conciliación en el Derecho Administrativo Colombiano”, *RIDPA*, núm. 13, 2013, p. 202. Daniel WUNDER HACHEM, acentúa la importancia axiológica del principio de supremacía del interés público en el Derecho administrativo contemporáneo. Vid. “Principio constitucional da supremacía do interesse público”, *Fórum*, Belo Horizonte, 2011, p. 144. Como señala Enrique ROJAS FRANCO, “la Administración Pública ha sido creada para satisfacer los intereses públicos que le encomienda el ordenamiento jurídico”. Vid. *Comentarios a la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica: libro primero, del régimen jurídico*, Franco J. E., San José, 2013, p. 197.

En cuanto al fondo, se debe considerar el grado de intervención del juez conciliador de lo contencioso-administrativo¹². El artículo 13.a), de la RAC establece como deber del conciliador el ser imparcial hacia todas las partes involucradas. Se pueden considerar distintas teorías sobre el grado de intervención del juez en las conciliaciones, sin embargo, hay asuntos que no forman parte de las negociaciones de las partes y de sus libres acuerdos, por tratarse de asuntos que pueden afectar el interés público, las funciones y obligaciones de las administraciones públicas y los derechos de los administrados, es decir, cuestiones de legalidad. Pero, sin embargo, debe aceptarse un grado de intervención por parte del juez conciliador en el fondo de lo que se trate en la audiencia de conciliación, aceptando que hay limitaciones a la imparcialidad, la neutralidad y la igualdad, cuando se trate de asuntos que no son conformes con el respeto que se debe a la legalidad.

Una de las grandes novedades del CPCA es la oralidad, que agiliza el cumplimiento de la justicia administrativa, y favorece el desarrollo de la argumentación jurídica. La conciliación se nutre de este nuevo orden, en que también se consideran otros conocimientos que dan sentido a la oralidad, provenientes de

12 Para Diana CHINCHILLA NÚÑEZ y Susan NARANJO LÓPEZ, “a pesar que dentro de la fase de conciliación, la Administración reconozca que el acto está revestido de una nulidad absoluta, y así pretenda llegar a un convenio conciliatorio sobre la indemnización de los daños y perjuicios producto de esa nulidad, el Juez Conciliador estará obligado a hacer análisis en cuanto al fondo, con el fin de determinar si es válido o no, antes de poder admitir tal convenio, por el peligro de que exista contubernio entre las partes, y se derive un beneficio ilícito. Sin embargo, existe la dificultad de que se está en una etapa tan temprana del proceso, en la que ni siquiera se ha evacuado prueba sobre los hechos invocados en la demanda y su contestación. En estos casos, parece ser, que a pesar de la prohibición relativa a la prohibición de resolver en cuanto al fondo, se verá obligado a hacerlo si se llegare a acuerdo”. Vid. su trabajo *Alcances y Limitaciones de la Conciliación Judicial en el Nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*, tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 2007, p. 271.

las técnicas de comunicación¹³, v. gr., las técnicas de escucha, el uso del lenguaje y, las estrategias de negociación.

Se requiere de jueces de lo contencioso-administrativo especializados en materia de conciliación¹⁴. En los temarios de examen para los concursos de juez contencioso-administrativo con énfasis en conciliación, se desarrolla toda la materia relativa a la conciliación, en que se ubican diversas teorías, v. gr., la teoría del conflicto, la teoría de la comunicación, la teoría de la negociación, e incluso la teoría del poder de Niklas LUHMANN.

Es necesaria la acreditación por parte de los representantes de las partes para poder conciliar. El artículo 73 del CPCA señala que todo representante de las partes deberá estar acreditado con facultades suficientes para conciliar; cuando corresponda conciliar a la Procuraduría General de la República, se

13 Técnicas de comunicación, que para Alfonso MASUCCI, no pueden ser improvisadas. De su trabajo "El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el derecho administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa", *RAP*, núm. 178, 2009, pp. 16-17.

14 Al respecto señala Alejandra CHACÓN ALVARADO, "la especialización de los jueces, ha sido el punto medular para el aprovechamiento de la figura de la conciliación como un medio de autocomposición en la solución de conflictos". Vid. su trabajo *El papel preponderante del juez conciliador dentro de la fase conciliatoria del proceso ordinario contencioso-administrativo*, tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 2009, p. 89. Para Ernesto JINESTA LOBO, "la mediación judicial en la conciliación intraprosesal prevista en el CPCA ha sido encomendada a un juez especializado, denominado «juez conciliador» (artículo 74.1), el cual integra un cuerpo de jueces separado que no tiene competencias de trámite, saneamiento, resolución y ejecución. Se trata de jueces con formación en Derecho administrativo, pero que, también, deben tener un conocimiento profundo de las técnicas de resolución alterna de conflictos. La medida legislativa de crear este cuerpo de jueces conciliadores es acertada, por cuanto, el juez tramitador y de juicio están acostumbrados a cuestionar y fiscalizar la conducta administrativa a la luz del bloque de legalidad, en tanto el juez conciliador debe mediar entre las partes para que arriben a un acuerdo conciliatorio que les satisfaga". Vid. *Manual del Proceso...*, p. 193.

requerirá autorización expresa del Procurador General de la República o del Procurador General Adjunto, o la del órgano en que estos deleguen; y en los demás casos, la autorización será otorgada por el respectivo superior jerárquico supremo o por el órgano en que este delegue. Si bien es una cuestión formal para el debido desarrollo de la audiencia de conciliación, no debemos pensar que eso no tiene trascendencia sobre el fondo del asunto a conciliar. En la audiencia de conciliación se negociarán aspectos de importancia para los intereses de las administraciones públicas y los administrados, y por ellos los que van a conciliar, en representación, deben tener presente el poder de negociación que ostentan. Para un adecuado desarrollo de la conciliación son de importancia los conocimientos y la experiencia que se ostente en materia de negociación.

No hay límite en la cantidad de audiencias conciliatorias que se puedan realizar, según lo dispuesto en el artículo 74 del CPCA, según lo estime necesario la jueza o el juez conciliador. Además, podrá el juez reunirse con las partes, en forma conjunta o separada, lo que es una particularidad propia de las conciliaciones.

El juez conciliador debe ser neutral, imparcial y objetivo, interviniendo para que las negociaciones y los acuerdos no sean contrarios al derecho, al interés público, al ordenamiento jurídico, ni lesivos a los intereses y derechos de las partes. Si bien la conciliación goza de un cierto grado de informalidad, sí es muy clara en cuanto a los valores que se tutelan del ordenamiento jurídico. Al respecto señala el artículo 76, del CPCA:

“Artículo 76.-

Si las partes principales o sus representantes llegan a un acuerdo que ponga fin a la controversia, total o parcialmente, el juez conciliador, en un plazo máximo de ocho días hábiles, homologará el acuerdo conciliatorio, dando por terminado el proceso en lo conducente, siempre que lo acor-

dado no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo al interés público”.

El CPCA señala en el artículo 75, los casos en que una conciliación se entiende como fracasada, así: a) cuando sin mediar justa causa, cualquiera de las partes o sus representantes no se presenten a la audiencia de conciliación; b) en que cualquiera de las partes o sus representantes manifiesten, en firme, su negativa a conciliar; c) cuando después de celebrada una o más audiencias, la jueza o el juez conciliador estime inviable el acuerdo conciliatorio y; d) la jueza o el juez conciliador podrá ordenar la finalización de la audiencia de conciliación, si alguna de las partes o sus representantes participan con evidente mala fe, con el fin de demorar los procedimientos o con ejercicio abusivo de sus derechos. En estos casos, la jueza o el juez conciliador impondrá a la parte, a su representante, o a ambos, una multa equivalente a un salario base, según la Ley N° 7337, de 5 de mayo de 1993, que «Crea Concepto Salario Base para Delitos Especiales del Código Penal», siendo que en el último supuesto se prorrateará la multa por partes iguales¹⁵.

El artículo 75 del CPCA se refiere a los deberes de la jueza o el juez conciliador, concretamente sobre la confidencialidad y la imparcialidad, indicando que lo discutido y manifestado en la conciliación no tendrá valor probatorio alguno, salvo en el supuesto de procesos en los que se discuta la posible responsabilidad del juez. Sin embargo, este artículo carece de una técnica legislativa adecuada. Se inicia tratando el tema del fracaso de la conciliación y, de forma brusca pasa a los deberes del juez conciliador, para terminar con los alcances probatorios del acuerdo conciliatorio. Tres temas en un solo artículo, sin un hilo conductor de ideas. Los deberes del juez conciliador se

15 Al respecto es muy atinente la crítica de Julieta BARBOZA CORDERO, al señalar que, “lo anterior genera una interrogante en relación con los principios de imparcialidad y de confidencialidad que conforman el instituto de la conciliación”. Vid. *Conciliación...*, p. 299.

debieron atender en un artículo previo, de forma inicial y, posteriormente en otro artículo los alcances probatorios.

El acuerdo conciliatorio firme, a tenor del artículo 77 del CPCA tendrá el carácter de cosa juzgada material y, para su ejecución se aplica lo relativo a la ejecución de sentencias, artículos 155 y siguientes del CPCA, en que actuará el juez ejecutor, ostentando todos los poderes y deberes necesarios para su plena efectividad y eficacia, por lo que las partes deben respetar lo que se acuerde en la conciliación¹⁶.

A tenor del artículo 78 del CPCA, la juez o el juez conciliador podrá adoptar en el trascurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias. Este artículo es bastante complejo e incluso resulta extraño sobre los alcances de las potestades del juez conciliador. Adoptar una medida cautelar implica favorecer a una de las partes y, en tal sentido el juez conciliador no sería imparcial ni neutral. Las medidas cautelares son de suma importancia, pero no le corresponde al juez conciliador adoptarlas.

Por disposición del artículo 79 del CPCA, las partes pueden buscar otros mecanismos para solucionar los conflictos fuera del proceso, para lo cual tienen la facultad de solicitar la suspensión del proceso, por un periodo razonable a criterio de la jueza, del juez o del Tribunal, según sea el estadio procesal. Es claro, las partes puedan acudir a otros medios alternos para solucionar sus diferencias. Lo importante, tanto para las partes como para el juez conciliador es que la suspensión del proceso sea por un periodo razonable, para que el proceso no degenera en un estado de incertidumbre procesal.

16 Al respecto señala Ernesto JINESTA LOBO, "el acuerdo conciliatorio, una vez homologado, tiene la eficacia y la fuerza de la cosa juzgada material (obligatorio, inmutable e irrevocable), consecuentemente lo acordado no puede ser reabierto. Al tener la fuerza de una sentencia y tener la condición de título ejecutorio, para su debida e integral ejecución, resultan aplicables las normas de la ejecución de sentencia". Vid. *Manual del Proceso...*, pp. 195-196.

Finalizada la fase de conciliación, se deberá levantar un acta, según lo establece el artículo 80 del CPCA. Las actas de las conciliaciones deben ser precisas y claras sobre los acuerdos que se adopten, que no existan dudas; el juez conciliador debe ser metódico. En caso de que no se logre conciliar, se debe indicar de forma lacónica que no se logró conciliar, o como señala el artículo que la conciliación fracasó. Las partes deben firmar el acta de conciliación, y por ello deben tener la claridad y la seguridad de los acuerdos adoptados. Señala el artículo que en lo conducente, durante las audiencias de conciliación serán aplicables lo establecido sobre la audiencia preliminar y el juicio oral y público. El tema tiene su complejidad, pues la audiencia de conciliación tiene un desarrollo propio y estructurado, que la diferencia tanto de la audiencia preliminar como del juicio oral y público.

El artículo 81 del CPCA señala que en el mismo auto que fija la audiencia de conciliación, se advertirá a las partes que si alguna de ellas manifiesta, con antelación, su negativa a conciliar, o si cualquiera de ellas no se presenta a la audiencia señalada para tal efecto, se continuará de inmediato con la audiencia preliminar, para lo cual se coordinará y se tomarán las previsiones del caso, junto con la jueza o el juez tramitador. Si, iniciada la conciliación, la jueza o el juez encargado la declara fracasada, total o parcialmente, en el mismo auto señalará la hora y fecha para celebrar la audiencia preliminar, previa coordinación con el juez tramitador. La audiencia preliminar tiene una gran importancia para el desarrollo del proceso, pues depura el proceso¹⁷. Sencillamente, si no hay oportunidad de conciliar, no se debe dilatar el proceso y, proceder con la audiencia preliminar y el juicio oral y público –salvo que se deba prescindir de esta audiencia, cuando se trate de asuntos de puro derecho–.

17 Vid. JINESTA LOBO, E., *Manual del Proceso...*, p. 210.

Existe un hilo conductor en el desarrollo de la conciliación, una lógica de su mecanismo. Si no existe claridad en cuanto al proceso de la conciliación, difícilmente las partes podrán realizar sus negociaciones. Las audiencias de conciliación deben ser claras para las partes, deben tener claro los objetivos de la conciliación, los deberes de los conciliadores, sus propios derechos y deberes como interesados en la conciliación y, las consecuencias de los acuerdos que se adopten en la conciliación. Al respecto el artículo 12.f) de la RAC establece dentro de los requisitos de los acuerdos, que el conciliador o mediador deberá hacer constar en el documento que ha informado a las partes de los derechos que se encuentran en juego y que les ha advertido que el acuerdo puede no satisfacer todos sus intereses.

V. CONCLUSIONES

1. La primera conclusión versa sobre las políticas que se deben seguir en la jurisdicción contencioso administrativa en lo que se refiere a la formación de los jueces en materia de conciliación. Es de suma importancia la formación de los jueces en este sentido, no con el afán de que existan menos conciliaciones fracasadas, sino para que se logre comprender y abordar de mejor manera los intereses involucrados y las pretensiones de los administrados y las administraciones públicas.
2. Resulta muy innovador por parte del Código Procesal Contencioso-Administrativo costarricense incorporar un capítulo completamente dedicado a la conciliación. Ha sido crítica por años la tardanza de los procesos contencioso-administrativos, y a ello, uno de los objetivos de este Código es que la justicia resulte verdaderamente pronta. Este objetivo es claro en la conciliación, en el tanto existan intereses sobre los que se pueda llegar a

un acuerdo. La posibilidad de conciliar dependerá también de la madurez de comunicación y de resolución de conflictos por parte de los administrados, los representantes de las administraciones públicas, los procuradores y los litigantes.

3. La estructura de la conciliación en el Código Procesal Contencioso Administrativo resulta muy peculiar, en el sentido de que presenta elementos que la diferencia de las formalidades comunes de la conciliación. Se trata de elementos procesales que la consumen en el litigio de los casos, tales como la aplicación de las medidas cautelares y la aplicación de forma conducente de la audiencia preliminar y el juicio oral y público. Sufre así la conciliación en la jurisdicción contencioso-administrativa cambios en su naturaleza, al punto de ser un mecanismo alternativo de conflictos *sui generis*.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BARBOZA CORDERO, J., "Conciliación en materia contencioso administrativa", en VV.AA., *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*, Juritexto, San José, 2008, pp. 289-301.
- BARRERA MUÑOZ, W., "La conciliación en el Derecho Administrativo Colombiano", *RIDPA*, núm. 13, 2013, pp. 198-204.
- CASSAGNE, J. C., "Consideraciones sobre la justicia administrativa en la Argentina y en otros países de Iberoamérica", con GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La Justicia Administrativa en Iberoamérica*, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 31-59.
- CHACÓN ALVARADO, A., *El papel preponderante del juez conciliador dentro de la fase conciliatoria del proceso ordinario contencioso-administrativo*, tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 2009.

CHINCHILLA NÚÑEZ, D. y NARANJO LÓPEZ, S., *Alcances y Limitaciones de la Conciliación Judicial en el Nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo*, tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 2007.

DWORKIN, R., *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

GAMERO CASADO, E., "Apunte sobre la mediación como técnica para la resolución de conflictos en el empleo público", *RAP*, núm. 170, 2006, pp. 339-381.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson Reuters/Aranzadi/Civitas, Navarra, 2007.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La selección de los jueces*, Thomson Reuters/Aranzadi/Civitas, Navarra, 2008.

_____, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Thomson Reuters/Aranzadi/Civitas, Navarra, 2013.

JINESTA LOBO, E., *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*, Jurídica Continental, San José, 2008.

_____, "La nueva justicia administrativa en Costa Rica", *RAP*, núm. 179, 2009, pp. 413-435.

LOS ARCOS VIDAURRETA, J., *Responsabilidad de los jueces*, Zavalía, Buenos Aires, 2011.

MASUCCI, A., "El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el derecho administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa", *RAP*, núm. 178, 2009, pp. 9-35.

MORENO CATENA, V., "La resolución jurídica de conflictos", en SOLETO MUÑOZ, H. (Directora), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 27-46.

ROJAS FRANCO, E., *Derecho administrativo de Costa Rica*, Porrúa/UNAM, México D.F., 2006.

ROJAS FRANCO, E., *Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo*, E. Rojas F., San José, 2008.

_____, *Comentarios a la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica: libro primero, del régimen jurídico*, Franco J.E., San José, 2013.

SOLETO MUÑOZ, H., “Negociación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Directora), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 157-187.

STEFANO, di L., “Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Directora), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 287-305.

WUNDER HACHEM, D., *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Fórum, Belo Horizonte, 2011.

POLÍTICA Y TÉCNICA JURÍDICA (ALGUNAS REFLEXIONES)

Henrique Meier

Profesor de la Universidad Metropolitana

Resumen: El artículo desarrollada la relación entre la política y la técnica jurídica, desde la idea general de las políticas públicas. En este contexto se analiza la función de la Ley dentro del pluralismo político. Finalmente, se tratan aspectos generales de la técnica e interpretación jurídica.

Palabras clave: Leyes. Políticas Públicas. Interpretación del Derecho.

Summary: The article analyzes the relationship between politics and legal techniques, from the general idea of public policies. Also, the article study the concept of the Law within the political pluralism. Finally, the article explain general aspects of the techniques for the legal interpretation of the Law.

Key words: Laws. Public Policies. Law interpretation.

Recibido: 10 de noviembre de 2014 Aceptado: 10 de noviembre de 2014

SUMARIO

- I. La política jurídica
- II. La técnica jurídica

I. LA POLÍTICA JURÍDICA

1. Idea general de políticas públicas

En la teoría del Estado y del Gobierno se entiende por políticas públicas al conjunto de lineamientos, directrices y objetivos que el Estado por medio del Gobierno nacional y de los gobiernos regionales, estatales, municipales, etc., según sea el ámbito de sus competencias de acuerdo con la forma institucional de la estructura estatal (central, descentralizado, federal) pretende desarrollar en las diferentes áreas de la iniciativa pública: defensa nacional, seguridad ciudadana, economía, educación, salud, seguridad social, vivienda y urbanismo, ambiente y ordenación del territorio, turismo, etc., conforme a las obligaciones previstas en la Constitución política y las leyes.

Esas políticas han de expresarse en una secuencia escalonada de planes, programas, proyectos, y actuaciones materiales (obras de infraestructura, servicios públicos, etc.). Sin embargo, uno de los elementos fundamentales para la realización de las políticas públicas es la sujeción de las mismas al ordenamiento jurídico del Estado, lo que plantea la necesidad de definir los objetivos, lineamiento y directrices de una política jurídica (legislativa, reglamentaria, etc.)

2. Las interrogantes fundamentales de una política jurídica

Varias son las interrogantes que ha de plantearse el autor o los autores del nuevo instrumento normativo; muy especialmente las atinentes a la causa, motivo o razón de la iniciativa normativa y a los fines que el Estado por instrumento del Derecho se propone alcanzar con esa iniciativa.

- (1) ¿Porqué razón, causa o motivo se requiere de un nuevo instrumento normativo?- Esta interrogante tiene que ver con el tema de la “necesidad normativa”, es decir,

del Derecho en su conexión con la política- ¿Se justifica una nueva ley?-

- (2) ¿Acaso con la legislación vigente no podrían realizarse los objetivos considerados como socialmente valiosos y que pretenden formalizarse en un nuevo instrumento normativo?
- (3) ¿Esos objetivos podrían traducirse normativamente con la reforma del instrumento jurídico, y no con su sustitución por otro?
- (4) ¿Es la iniciativa legislativa expresión de una verdadera y auténtica “necesidad colectiva”, de hechos de incuestionable trascendencia social; o se trataría más bien, de dar satisfacción a los intereses de una clase social, de un grupo de presión, o de la imposición de una ideología por medio de la ley?

3. Las leyes en una sociedad plural: leyes pactadas

En las sociedades democráticas actuales caracterizadas por el pluralismo de los intereses políticos, económicos y sociales de las diferentes clases sociales, grupos, organizaciones de la sociedad civil, ya no es posible concebir la ley como la expresión de la voluntad general, la expresión “pacífica” de una sociedad política coherente; sino que es la manifestación del acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas sociales que reclaman protección mediante el Derecho que se ve sometido, en esas circunstancias, a continuas nuevas reglas e intervenciones jurídicas que extienden la presencia de la ley a sectores anteriormente abandonados.

En estas nuevas circunstancias del Estado democrático y social de Derecho, la elaboración de la ley pasa por un proceso de “negociación” o consenso entre los diferentes sectores políticos y sociales,-dentro y fuera,- del órgano parlamentario.

Las leyes “pactadas” tienden a ser contradictorias, oscuras, caóticas, dada la primacía del acuerdo político sobre la calidad técnica de las mismas. Esto plantea retos significativos a la política jurídica.

4. Los objetivos o fines de los instrumentos jurídicos

¿Cuáles son los objetivos que se proponen alcanzar con la sanción de la nueva ley, o del instrumento jurídico de que se trate?

En un Estado democrático de Derecho esos fines normativos deben reflejar los principios y valores materiales superiores plasmados en la Constitución política, desde el momento en que ésta es *“la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”* y *“Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a la misma, esto es, al universo de sus preceptos y enunciados principistas”* (Artículo 7 CN).

Otras interrogantes forman parte de la política legislativa, como por ejemplo, aquella relacionada con el impacto social, económico, político y cultural de la nueva ley.

- ¿Cómo el nuevo instrumento legal puede afectar las conductas sociales?
- ¿Cuáles podrían ser las “resistencias” individuales y grupales al cumplimiento de la nueva ley?

En este tópico se requiere del auxilio de la Sociología Jurídica. La realización de estudios relativos a las posibles respuestas sociales frente al desafío normativo, las prácticas, usos y costumbres que podrían verse afectadas por la reforma legislativa¹.

1 Recuérdese, en ese sentido, la reforma del Código Civil de 1982, que equiparó los derechos del hombre y la mujer en el seno de la comunidad conyugal, enfrentando una tradición cultural “machista”, de “superioridad” masculina.

Aunque en el plano estrictamente formal la nueva ley es exigible a partir de la fecha de su promulgación y publicación o de la que ella indique en los casos de “vacatio legis”, en la realidad la ley “derogada” continúa socialmente vigente en las prácticas, usos y costumbres generados por su reiterada aplicación en el tiempo, así como en las creencias y valores que dicha normativa pudo haber creado en la conciencia colectiva de la sociedad (la cultura jurídica).

Se trata del “*horizonte de vigencia real del Derecho derogado*”, obstáculo para la aplicación del nuevo Derecho cuando este establece principios y normas contrarios al antiguo Derecho. De allí pues la necesidad política de tomar en consideración ese postulado sociológico, ya que, de lo contrario, puede caerse en una percepción ingenua de la ley como instrumento capaz de cambiar “per se” las conductas sociales.

¿Cuál es el impacto económico de la iniciativa normativa?, es decir, los costos tanto para el Estado como para la sociedad derivados de nuevas obligaciones estatales, por ejemplo, la creación de organizaciones públicas, o el establecimiento de nuevas contribuciones fiscales para los particulares y empresas?

En este neurálgico aspecto impera la más absoluta irresponsabilidad política, pues poco importa a los titulares de los órganos del poder público estatal, en particular a los parlamentarios y a los agentes y funcionarios de la rama ejecutiva o gubernamental, los efectos concretos en términos financieros y presupuestarios de la puesta en aplicación del nuevo instrumento jurídico.

El “voluntarismo legalista”² asociado al mito del poder transformador de la ley, concepto que todavía reina sin muchas

2 Al respecto, considero oportuno transcribir algunos párrafos de un artículo de mi autoría publicado en soberanía.org titulado “El Estado como fábrica de leyes”: “El «populismo jurídico» postula la función del Derecho como

agente de cambio social, político, e institucional «per se». Ese es el «mito» del poder revolucionario de la ley, conjuntamente con el del discurso mesiánico del caudillo-Presidente: la sustitución de las obras y hechos, (de lo tangible), por la magia, el hechizo de la palabra; de la realidad por la ilusión; de la verdad por la mentira; de la información veraz por la propaganda; de la gestión efectiva por la promesa, siempre la promesa; de la satisfacción razonable de las necesidades colectivas, por la permanente «administración de la esperanza»; del miserable presente por un «promisor futuro» que nunca llega, como la pesadilla del sediento al que se le aleja constantemente la fuente de agua, por más que en su ilusión onírica pareciere que está cerca. El populismo jurídico se expresa particularmente en ese «constitucionalismo de pacotilla», o la supuesta virtud de la Constitución como deshacedora de entuertos del pasado y partera de nuevos tiempos de «felicidad colectiva». La Constitución como instrumento de «refundación» de la República, el Estado y la sociedad (Preámbulo de la Constitución de 1999). ¿Cuántas? en nuestra accidentada historia republicana: ¿Veintitrés? ¿Veinticinco? Nada más lejano de la realidad, la terca realidad, que esa errática idea del poder transformador de la ley, capaz, por sí misma, de modificar las conductas sociales («Ennichanguépaz une soviet par decreto». Michel Crupier)... Esa concepción «voluntarista» explica el discurso cargado de «optimismo reformista o revolucionario» del gobernante y del legislador (hoy unida ambas funciones en el absolutismo presidencialista), cada vez que se sanciona una nueva ley, pues su sola promulgación, publicación y entrada en vigencia formal, de acuerdo con esa distorsionada «cultura jurídica», provocará, cual efecto milagroso o mágico, la solución de los males heredados del gobierno o los gobiernos anteriores. La satisfacción del deber cumplido es inculcable. Cuarenta y nueve, cincuenta, doscientas leyes y decretos-leyes en una semana, un mes, un semestre ¡Así se construye la sociedad socialista!, vale decir, el «mar de la felicidad». Lo cierto es que, prescindiendo de la ironía, única defensa posible ante esta desquiciante realidad, en el actual contexto ideológico del socialismo del siglo XXI la ley es utilizada para disfrazar y ocultar las causas de los persistentes fracasos gubernamentales y de la crónica ineficiencia de la administración pública. Y lo más insólito de ese mito legal, es que la supuesta «legislación socialista» contribuye de manera decisiva a promover ese fracaso. Y aunque en las diferentes exposiciones de motivos se aluda al «bienestar del pueblo», a la solidaridad, la justicia social, los derechos humanos, el contenido de las mismas lleva en sí, de manera indefectible, al «malestar colectivo», a la destrucción de los bienes públicos y privados (las bases materiales de la vida social, creadas a lo largo de más de 60 años de continuidad institucional), a la violación de los derechos humanos, a la injusticia social. Pero, quizás sea ese el auténtico objetivo: sumir al país en un estado de miseria y pobreza generalizada como lo ha hecho exitosamente el régimen castro-comunista en Cuba desde hace 53 años. El Derecho fabricado por el Estado por la voluntad circunstancial de un «iluminado», y reformado cuantas veces ese querer arbitrario decida: «Quid principio placit a legis haber vigoren», lo que gusta al príncipe tiene vigor de ley. El Derecho instrumento del poder impuesto a la sociedad con la pretensión de cambiarla, el mito, antes señalada, del poder revolucionario de la ley. Cultura ésta que ignora la compleja articulación de lo jurídico con los factores que dinamizan la conducta social: La economía, la historia, las

resistencias en la percepción colectiva del valor y función del Derecho en la dinámica social, política y económica, explica el “optimismo legal” de las clases dirigentes, de las elites, en las repúblicas latinoamericanas herederas del “platonismo jurídico”, “cada vez que se promulga una ley o un paquete de leyes”.

Parte de esa nefasta tradición que sustituye el “hacer concreto” por el “decir”, las realizaciones de obras y proyectos gubernamentales por el “discurso”, la retórica inflamada del líder populista de turno. Gobernar se convierte, entonces, en legislar, en normar, y el Derecho se emplea como un subterfugio ideológico para sustituir, o pretender hacerlo, la cruda y dramática realidad social por esa especie de realidad artificial, de “papel”, de unas leyes que, lejos de contribuir a la gobernabilidad de las inevitables luchas y conflictos de intereses de los diferentes actores individuales y colectivos del proceso social, profundizan esa conflictividad, pierden su naturaleza de instrumentos de mediación pacífica.

En suma, la política legislativa es mucho más que un arte instrumental, exige el empleo de “las reglas de la técnica jurídica” en la fase de elaboración del proyecto de instrumento normativo, pero también del auxilio de la Sociología Jurídica, de la Filosofía Jurídica (en particular, la Constitucional), de la Teoría General del Derecho, del Derecho comparado y de algunas disciplinas jurídicas especiales, según sea el contenido del proyecto.

Veámoslo en el esquema siguiente:

La Política Legislativa	
Aspectos lógico formales	▶ Técnica Jurídica

tradiciones, las costumbres, la ética, y que en consecuencia, desestima el impacto de las leyes en la sociedad, los costos de su aplicación, los adversos efectos sobre situaciones jurídicas legítimas previamente adquiridas”.

Aspectos relativos a los fines normativos	▶	Filosofía Jurídica (en particular, la Constitucional)
Aspectos relativos al Derecho vigente en otros sistemas jurídicos	▶	Derecho comparado
Aspectos relativos al impacto económico	▶	El análisis económico del Derecho, o la aplicación de los métodos y técnicas de conocimiento propios de la ciencia económica para medir, evaluar los costos y beneficios del nuevo Derecho

La política legislativa para los profesores españoles Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís, consiste en una disciplina jurídica autónoma denominada “Teoría de la Legislación” cuyo objeto es el estudio de los procesos legislativos de producción de normas. Según los mencionados profesores, el origen de esa “Teoría” podemos encontrarlo en los trabajos de John Austin, quien propugnó, al lado de la Jurisprudencia o ciencia descriptiva de los textos legales, la existencia de una suerte de “Ciencia de la Legislación” (?), dedicada a conocer cómo deben elaborarse las leyes.

Se trataría de una disciplina “que se encuentra a medio camino entre la Filosofía política y la Ciencia jurídica. Es, en definitiva, una ciencia normativa porque intenta suministrar criterios éticos, pragmáticos, teleológicos e incluso lógico-formales para la mejor elaboración de las leyes; pero también tiene un carácter descriptivo previo, porque le interesa saber que es lo que hacen los legisladores a la hora de crear una ley, es decir, cómo se produce la toma de decisiones legislativas. Cumple, además, una función crítica sobre los procesos de elaboración de las leyes, pero dicha labor crítica no se basa sólo en criterios éticos o morales (labor tradicionalmente asumida por la dimensión axiológica

de la Filosofía del Derecho), sino también en criterios técnicos, lógicos, pragmáticos, lingüísticos, políticos, utilitaristas y de optimización o eficiencia de las leyes”³.

II. LA TÉCNICA JURÍDICA

A la técnica jurídica se la conceptúa como el arte de la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho.

1. La elaboración del Derecho

En particular de las “leyes” (nacionales, estatales, municipales: ordenanzas) como instrumentos normativos contenidos en documentos escritos sancionados conforme a procedimientos formales por los órganos competentes del Estado (Derecho Estatal, escrito, formal, positivo), exige la utilización de determinados principios y criterios metodológicos, es decir, de una técnica o arte instrumental.

¿Cuáles son esos criterios?

2. Criterios o reglas básicas para la elaboración de las normas jurídicas

- (i) **Las reglas para la formulación de los preceptos:** la redacción de las normas en términos lógico-formales, ese silogismo estructurado en una premisa mayor (el supuesto de hecho) y una menor (las consecuencias jurídicas); “las reglas del lenguaje jurídico” (los conceptos jurídicos fundamentales, el uso de los verbos, la sintaxis jurídica, el estilo.);

3 Peces Barba y otros, opus cit, p 135.

- (ii) **Las reglas relativas a la estructura del cuerpo documental normativo:** la ordenación formal del instrumento: títulos, capítulos, secciones, el orden de las materias: Disposiciones generales, normas de organización, normas de conducta, disposiciones transitorias, finales.;

- (iii) **Las reglas relacionadas con la sistematización de los antecedentes y fuente del nuevo instrumento legal** y que remiten necesariamente a estudios de Teoría General del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Comparado, historia del Derecho, Sociología jurídica, Filosofía Jurídica.

Este último punto desborda, excede, a lo que podría ser una simple técnica, pues la elaboración del Derecho no puede limitarse a unas reglas articuladas a su redacción formal. La técnica debe estar al servicio de una "política legislativa o normativa", vale decir, de unos principios metatécnicos, punto antes abordado.

3. La interpretación y aplicación del Derecho

Parte de las reglas que conforman la técnica jurídica tienen que ver con la interpretación del Derecho a los fines de su aplicación a las situaciones concretas de la vida social. Pero, al igual que en el tema de la elaboración del Derecho, la interpretación va más allá de un conjunto de reglas o criterios instrumentales, pues toda operación intelectual destinada a establecer el significado y alcance de una ley, o de cualquier otro instrumento normativo, es inseparable de un enfoque "contextualizado" de esa parte del Derecho positivo, es decir, de sus articulación con los planos "axiológicos" (valorativos), sociológicos, históricos, político-institucionales, culturales, en suma.

Es, por esa razón, que se postula la existencia de otra disciplina jurídica: la Hermenéutica Jurídica, o la "ciencia" de la

interpretación del Derecho. Ahora bien, en materia de interpretación jurídica cabe distinguir dos sentidos, uno amplio y el otro estricto o restringido.

Para el primero, interpretar consiste en asignar significado a las expresiones del lenguaje jurídico, vale decir, precisar que es lo que dice una expresión jurídica determinada. Para el segundo, la tarea de interpretar consiste en establecer el sentido de una expresión dudosa, aclarar lo que dice esa expresión, o escoger entre significados diferentes.

¿A quién corresponde realizar la interpretación del Derecho? En este punto es necesario diferenciar la denominada interpretación "oficial", la que realizan los órganos del Estado en la función de aplicación del Derecho, de la interpretación "doctrinal", la que lleva a cabo cualquier operador jurídico. La interpretación "oficial" no es sólo de la competencia de los "jueces" como órganos del Poder Judicial en el ejercicio de la "Función jurisdiccional" del Estado, aunque la instancia judicial constituya la máxima expresión institucional de la "función arbitral" del Derecho.

Los jueces, no obstante formen parte del poder estatal (el Poder Judicial), se deben a la comunidad de valores, principios y normas que conforman el sistema jurídico de la sociedad. Y esto porque su función no debe limitarse a dirimir los conflictos de derechos e intereses (Derecho en sentido "subjetivo") que se suscitan entre los particulares, y entre éstos y el Estado; en otras palabras, a "declarar" el Derecho en el caso concreto, o el Derecho en lo particular, con fundamento en ese conjunto de principios, valores y normas (preceptos sustantivos y adjetivos) del Derecho en lo general, en su dimensión o plano normativo, por tanto, genérico, abstracto e impersonal (Derecho en sentido "objetivo").

En efecto, los jueces deben -por expresas disposiciones constitucionales- defender, proteger y tutelar las bases axio-

lógicas de la sociedad jurídicamente organizada en “Estado de Derecho y de Justicia”, de las actuaciones y omisiones de cualquier naturaleza generadas desde los órganos del Estado-poder, incluyendo los actos de los propios órganos judiciales que desnaturalizan su “función arbitral”-

La defensa, protección y tutela de esas “bases axiológicas” no es otra cosa que la protección de la “Constitución Nacional”, ya que es en ella donde se hallan formalizados los valores superiores del ordenamiento jurídico estatal, fin esencial de la actuación de los poderes públicos, esto es, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, y en general la preeminencia derechos humanos, la ética y el pluralismo político (Artículos 2 y 3 de la Constitución Nacional).

Esa función se desarrolla por obra de varios medios institucionales, y así tenemos, en primer lugar, la llamada acción de amparo en virtud de la cual *“Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos...”* (Artículo 27 CN. La institución del amparo constitucional)

De manera que es obligación institucional de los jueces, de acuerdo con las normas que rigen sus respectivas competencias, tutelar los derechos humanos lesionados o amenazados de lesión por las actuaciones y omisiones provenientes de las autoridades del Estado. En la realización de esa función tutelar o protectora los jueces no pueden excusar la pronta y eficaz decisión correspondiente, ya que según la Constitución *“el procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad, para restablecer inmediatamente la situación*

jurídica infringida o la situación que mas se asemeje a ella” (Artículo 27 CN).

Asimismo, el Artículo 334 de la Constitución consagra el “deber institucional” general de todos los jueces de la República, en el ámbito de sus competencias, *“de asegurar la integridad de esta Constitución”*. Para ello, *“en caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica”,* deberán aplicar las disposiciones constitucionales, *“correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”*(Control difuso de la Constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos emanados de los poderes públicos del Estado).

En particular *“corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella”* (Control “concentrado” de la Constitucionalidad de las leyes y demás actos dictados en ejecución directa de la Constitución o que tengan rango de ley).

En fin, el Tribunal Supremo de Justicia, órgano cúspide de la organización judicial del Estado, máximo y último intérprete de la Constitución, tiene el deber de garantizar la supremacía y efectividad de las normas constitucionales, y de velar por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional de dicho tribunal *“sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”* (Artículo 335 CN).

Pero, como antes se advirtió, la interpretación llamada “oficial” no es competencia exclusiva de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Las otras funciones clásicas del Estado contemporáneo, tanto la legislativa o normativa, como la ejecutiva o administrativa, cuya ejecución compete a

los órganos legislativos y administrativos, implican labores hermenéuticas.

Así, para el caso del Poder Nacional, en el procedimiento de elaboración de las leyes y demás actos con rango de ley (decretos-leyes), el Poder legislativo (Asamblea Nacional) y el Ejecutivo (Presidente de la República, en Consejo de Ministros), respectivamente, deben fundamentarse en los principios rectores y en los valores materiales superiores del ordenamiento jurídico previstos en la Constitución Nacional, fuente primera inexcusable de cualquier instrumento normativo del Estado, lo que requiere necesariamente de una actividad interpretativa pues tales principios y valores son formulaciones genéricas, enunciados con posibles diferentes y alternativos desarrollos normativos.

No se trata de contenidos rígidos, inflexibles o unívocos, aunque pueda hablarse de un núcleo esencial o sustancial, en particular en los principios que al mismo tiempo operan como derechos y garantías fundamentales. El contenido básico, esencial o invariable, es un límite inexorable negativo, es decir, permite excluir los desarrollos normativos que nieguen, contradigan ese núcleo duro.

Poco se ha escrito acerca de esta interpretación que forzosamente se lleva a cabo en los procedimientos de formación o elaboración de las normas que desarrollan en escala descendente, y de acuerdo con un orden de prelación y validez jerárquica, el ordenamiento constitucional del Estado (leyes Orgánicas y ordinarias, decretos-ley, leyes estatales, ordenanzas municipales, reglamentos). La casi nula atención prestada a este tópico de política y de técnica legislativa tiene su origen en el concepto tradicional de la interpretación, circunscrito, como se sabe, a la aplicación de la ley a los casos concretos por parte de los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional.

Precisamente, el recurso de inconstitucionalidad es el medio procesal idóneo para impugnar por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, las leyes, los decretos- leyes y demás actos normativos con rango de ley que se dicten contraviniendo el espíritu, propósito y razón de la norma o normas constitucionales cuya violación se alega.

Ahora bien, así como esa clásica actividad intelectual jamás podría consistir en la mecánica operación de subsunción de los hechos circunstanciales (sujetos, acción u omisión, tiempo, lugar, modo) ocurridos en la realidad, en el supuesto de hecho previsto en la norma en términos genéricos, abstractos e impersonales, para derivar por vía de consecuencia los efectos jurídicos correspondientes, también previstos en la norma aplicable al caso, tampoco la reglamentación de la Constitución y de las leyes es una tarea “ mecánica”, reducida a unas recetas de técnica jurídica.

Durante mucho tiempo ha prevalecido la errónea percepción, creada por la Escuela Exegética, de la interpretación del Derecho como un proceso eminentemente instrumental, y no creativo, simple y no complejo. El juez, en esa cultura jurídica, es un servidor de la ley previa; por tanto, debe limitarse a utilizar las técnicas o los criterios de interpretación, contemplados de manera previa en la ley para declarar el Derecho en el caso concreto.

Si en verdad esa fuere la función del juez, nada obstaría a sustituirlo por unos operadores de programas computarizados que sólo tendrían que alimentar los programas con los hechos de relevancia jurídica sucedidos en la vida social, para que el sistema informático, la inteligencia artificial o memoria de datos jurídicos, de forma automática expidiese la decisión al confrontar la información recibida con la almacenada.

La complejidad del quehacer judicial es indiscutible. Ni las normas-reglas se conforman como un silogismo simple:

supuesto de hecho preciso, delimitado, uniforme, rígido, claro y discernible y consecuencia jurídica unívoca; ni la realidad social, humana, es una secuencia de hechos caracterizados por una lógica interna, fáciles de precisar, por tanto, de contornos tempo- espaciales definidos, que el juez pueda- cual científico en su laboratorio- aislar para estudiarlos, comprenderlos, catalogarlos, clasificarlos.

El caos y la indeterminación de la vida humana, rebelde a toda pretensión de certeza científica, matemática, es un reto permanente para el mundo del Derecho. De allí la relatividad de cualquier juicio jurídico, su aproximación a una justicia que es imposible de lograr como paradigma absoluto. Esto mismo puede predicarse de la interpretación a la hora de elaborar instrumentos normativos.

Nadie tiene el monopolio de una verdad constitucional única, orientación para un legislador que reduciría su función a complementar, sin nada crear, los preceptos constitucionales. Y porque el legislador puede equivocarse al reglamentar la Constitución, es que ella misma establece los medios destinados a garantizar su protección contra las leyes y demás actos de los órganos de los poderes públicos que infrinjan sus principios, valores y normas preceptivas o normas- reglas de conducta.

Además de ese tipo de interpretación inherente a la función normativa, vamos a encontrar la que se lleva a cabo por parte de los órganos de las diferentes administraciones públicas, en la realización de la denominada "función administrativa".

En el modelo de Estado de Derecho de la Europa continental, desde sus orígenes demo-liberales (Revolución Francesa,1789), el principio de la separación de las funciones estatales (legislativa, ejecutiva y judicial) asignadas a tres poderes distintos, se complementa con el de la legalidad, en particular la legalidad administrativa, vale decir, la sujeción de las actuaciones de la

Administración Pública, organización donde recae el peso de la función administrativa, a los principios, reglas de competencia y procedimientos establecidos en la ley formal dictada por el Parlamento, órgano depositario de la voluntad general.

Tal es el concepto de la Administración como ejecutora de la ley, ya que sus diversas modalidades de actuación: las clásicas o tradicionales que se configuran en el marco del Estado Monárquico absolutista (Estado policía) y en el del Estado Liberal como son los servicios públicos o actividad prestacional y la policía administrativa o actividad de control y ordenación del ejercicio de los derechos de los particulares al orden público, y aquellas que surgen al evolucionar el Estado Liberal en un Estado Social de Derecho como son la actividad de fomento y la de tutela y protección de determinadas categorías de sujetos y de bienes jurídicos de trascendencia colectiva (protección del trabajador, del menor, de la mujer embarazado, del discapacitado, del anciano, del consumidor, de los bienes ambientales), deben realizarse con plena sujeción al ordenamiento jurídico.

En una primera etapa el sometimiento de la Administración al Derecho se identifica con la ley formal, y en una segunda, en la que nos encontramos en la actualidad, con el bloque de la legalidad en cuyo vértice se halla la Constitución, sus valores materiales, sus normas- principios y sus normas-reglas.

Ello quiere decir que los órganos de la Administración, al igual que los judiciales, disponen de potestades para aplicar la ley y el ordenamiento sublegal que rige sus actuaciones a los casos concretos. La función administrativa a semejanza de la jurisdiccional, con las diferencias sustanciales que las separan, implica administrar, resolver situaciones específicas mediante actos de efectos particulares: los actos administrativos. Siendo una organización servicial, la Administración se relaciona con los particulares al llevar a cabo la prestación de los servicios públicos.

Pero, como también es un instrumento del Estado para garantizar el interés público y el orden público; en pocas palabras, velar porque los particulares ejerzan los varios derechos individuales y satisfagan los disímiles intereses personales, grupales y corporativos, dentro de los límites señalados en el ordenamiento jurídico- administrativo, es inevitable la existencia de múltiples y disímiles relaciones entre aquella y éstos, tradicionalmente denominados "administrados".

Y como en el Estado de Derecho esas relaciones no se legitiman en el poder o poderío material del Estado, en su fuerza bruta, en la situación de sumisión o dependencia del particular conceptualizado de simple administrado, sino en el Derecho, en la existencia de normas que definen las posiciones estrictamente jurídicas de ambas partes, la Administración y el particular, nos encontramos con una suerte o especie de relaciones jurídicas: las relaciones jurídico- administrativas.

La especificidad de esas relaciones (y que diferencia al órgano administrativo del judicial) es la condición de juez y parte que asume el órgano administrativo en el proceso o procedimiento de aplicación de la ley que concluye en un acto administrativo de efectos particulares. Ese acto, al igual que la sentencia del juez, ha de ser motivado (garantía articulada al derecho constitucional de la defensa del particular), lo cual exige insoslayablemente una actividad de interpretación de las normas aplicables al caso.

Este es el origen de la Doctrina Jurídica de los organismos de la Administración Pública o Doctrina Administrativa que versa sobre los más variados tópicos del Derecho y no sólo del Derecho Administrativo en su sentido estricto. Dicha Doctrina es elaborada por los órganos que conforman la denominada Administración Consultiva de carácter jurídico, esto es, las Consultorías Jurídicas de los diferentes Despachos de la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada, Ministerios e Institutos Autónomos, Oficinas Auxiliares de la

Presidencia de la República, de las Gobernaciones de Estado y Alcaldías Municipales, en los ámbitos de la estructura federal “sui generis” del Estado venezolano.

En el caso de la Administración Pública Nacional, la Procuraduría General de la República en su carácter de organismo que detenta la titularidad de la representación judicial de los derechos e intereses de la República, además de constituir la máxima instancia de la asesoría legal del Estado-Nación, produce una Doctrina Jurídica mediante las opiniones y dictámenes que le solicitan los órganos de la Administración activa.

De acuerdo con su Ley Orgánica, la Procuraduría integra a los diferentes consultores jurídicos de los Despachos Ejecutivos en un organismo denominado “Consejo de Asesoría Jurídica de la Administración Pública” (CAJAP). Los órganos del Poder Ciudadano, la Fiscalía General de la República, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, en la esfera de sus funciones y competencias constitucionales y conforme a sus respectivas leyes orgánicas, también producen Doctrina jurídica oficial. El Poder Legislativo por medio del servicio jurídico de la Asamblea Nacional participa igualmente en el complejo proceso de interpretación del Derecho, y por tanto en la formación de una Doctrina jurídica oficial. Lo mismo ocurre con el Poder Electoral representado en el Consejo Nacional Electoral.

Esa vastísima y copiosa Doctrina jurídica de los diferentes poderes públicos del Estado se expresa, como ya señalamos, por medio de las opiniones y dictámenes emitidos por los abogados al servicio del Estado, con ocasión a la sustanciación de casos específicos⁴.

4 Consciente estoy de que estas reflexiones carecen de importancia en el contexto del actual régimen de poder caracterizado por el desprecio al Derecho y a la Justicia, y por la utilización de las leyes, decretos-leyes, los reglamentos las sentencias de los tribunales (en particular del TSJ) y los actos administrativos con fines ideológicos para pretender legitimar la

Pero, la opinión del jurisconsulto puede recaer, asimismo, sobre tópicos genéricos del ordenamiento jurídico como una mera interpretación de una norma o de unas normas, desligada de su aplicación a una situación determinada. Doctrina usualmente sistematizada y publicada en ediciones periódicas, o accesible hoy por vía del Internet.

Esa interpretación no es vinculante para los órganos de la entidad estatal competente para decidir; sin embargo, dada la fuerza, al menos formal, del sometimiento a la Constitución y las leyes de todos los poderes del Estado, el principio de legalidad o la sujeción al Derecho, comenzando por la Constitución en su valor de “norma normarum”, obliga a seguir las orientaciones o consejos jurídicos de los abogados del Estado como una garantía, por supuesto relativa, de que la decisión estatal será conforme a Derecho. Al menos esa era la regla en el pasado democrático, en la actualidad difícilmente puede sostenerse una “doctrina jurídica”, ni siquiera supuestamente “socialista”.

La interpretación no oficial del Derecho es la que llevan a cabo los diferentes autores, los juristas y profesores que ejercen la cátedra escrita mediante textos publicados en tratados, manuales, monografías, ensayos, artículos publicados en revistas especializadas.

La Doctrina de los autores suele tener, de acuerdo con el prestigio del jurista, una enorme influencia en la interpretación judicial del Derecho que realizan los jueces, como también la que se lleva a cabo en las otras ramas del Estado. Está demás señalar la importancia de esta Doctrina en los estudio de la carrera de Derecho en las diferentes facultades y escuelas de Derecho de las universidades públicas y privadas.

violación a los valores, principios, derechos y garantías que conforman la base axiológica del modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Al respecto, conviene hacer referencia al componente institucional del sistema jurídico, pues dicho sistema no se agota, pese a una extendida creencia entre los propios operadores jurídicos oficiales y no oficiales, en su componente o dimensión formal normativa: el ordenamiento jurídico. El sistema jurídico está integrado, además por los actos estatales de aplicación de ese ordenamiento: actos judiciales, administrativos y gubernamentales, así como por los actos de aplicación imputables a los particulares, tal el caso de los contratos y convenios o la creación de Derecho con fundamento en la autonomía de la voluntad.

Si los particulares poseemos capacidad para crear situaciones jurídicas aplicables únicamente a los sujetos de la relación contractual, es porque el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza esa potestad privada, expresión de la libertad-autonomía. En definitiva, dicho sistema comprende también las prácticas sociales de relevancia jurídica y la cultura jurídica predominante en la sociedad. La valoración que la sociedad le asigna al Derecho como instancia de mediación en la resolución de los conflictos intersubjetivos.

Pero, volvamos al tópico del componente institucional. En este tópico debe quedar claro que dicho componente no se limita a las organizaciones del Estado, en particular los órganos del Poder Judicial, ya que la comunidad jurídica no estatal está conformada por las facultades y escuelas de Derecho de las diferentes universidades, la Academia de Ciencias políticas y Sociales, los colegios de abogados, las diferentes asociaciones que agrupan a juristas especialistas en determinadas ramas del Derecho, las organizaciones no gubernamentales que se dedican a luchar por la defensa de los derechos humanos.

Y en esa compleja comunidad se lleva a cabo una permanente actividad de interpretación, análisis, investigación, enseñanza y divulgación de conceptos de la ciencia jurídica que

tiene fuerte influencia en la conformación de la cultura jurídica de la sociedad.

De modo que la interpretación del Derecho no se restringe a los funcionarios judiciales y en general a los funcionarios públicos que de alguna manera intervienen en el proceso jurídico estatal: legisladores, fiscales del Ministerio público, funcionarios administrativos, es decir, a los operadores jurídicos oficiales, pues existe un proceso jurídico no estatal u oficial protagonizado por la comunidad jurídica.

Los propios abogados litigantes interpretan el Derecho cuando en sus escritos: demandas, recursos, acciones, apelaciones, informes, o en sus exposiciones orales en los estrados judiciales, abogan a favor o en contra de las posiciones jurídicas de los sujetos de la relación jurídica procesal. Por consiguiente, la interpretación no oficial va más allá de la doctrina tradicional de los autores. Lo que ocurre es que esta doctrina escrita en tratados, manuales y artículos en revistas jurídicas especializadas puede ser conocida sin mayor dificultad. No así las opiniones de la comunidad jurídica no estatal difusa en variadísimos canales de comunicación.

La interpretación del Derecho en general, como antes destacamos, contribuye a formar la cultura jurídica de una determinada sociedad, vale decir, las ideas, creencias y valoraciones que sobre el Derecho y sus funciones tiene el cuerpo social en su conjunto, factor decisivo a la hora de evaluar el grado de eficacia o cumplimiento del ordenamiento jurídico.

DEMANDA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE CAMBIO*

Daniela Urosa Maggi

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Procesal Constitucional y Derecho Procesal Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: Breves reflexiones acerca del fundamento y justificación de la demanda de prestación de servicios públicos. Su origen y evolución en el marco del ordenamiento jurídico venezolano.Cuál es su regulación legal en la actualidad y, especialmente, cuál es su situación y problemas en la práctica forense administrativa.

Palabras clave: Estado Social de Derecho. Administración prestacional. Contencioso prestacional.

Summary: Brief reflections on the rationale and justification of the demand for the provision of public services. Its origin and evolution in the framework of the Venezuelan legal system. What is its legal regulation today and, especially, what is their situation and problems in the administrative forensic practice.

Key words: Social State of law. Welfare administration. Welfare Contentious.

Recibido: 2 de diciembre de 2014 Aceptado: 4 de diciembre de 2014

SUMARIO

Introducción

I. Estado social de Derecho-Administración prestacional- contencioso prestacional

* Texto de la conferencia dictada en el marco de las Jornadas Centenarias Internacionales de Colegio de Abogados del Estado Carabobo y el Instituto de Estudios Jurídicos Dr. José Ángel Castillo Moreno, el 6, 7 y 8 de noviembre de 2014.

- II. Origen y evolución de la demanda de prestación de servicios públicos
 - III. Aspectos fundamentales de la demanda de prestación de servicios públicos
 - IV. Problemas que impiden la efectividad de la demanda de prestación de servicios públicos
- Reflexiones finales

INTRODUCCIÓN

Nos corresponde en esta oportunidad abordar un tema de mucha actualidad e importancia en la justicia administrativa venezolana, como lo es el de la demanda de prestación de servicios públicos. Particularmente queremos poner de relieve ciertos bemoles que en la teoría y práctica aquejan en estos tiempos a este importante medio procesal.

Para ello, haremos unas breves reflexiones acerca del fundamento y justificación de esa demanda. Su origen y evolución en el marco del ordenamiento jurídico venezolano. Cuál es su regulación legal en la actualidad y, especialmente, cuál es su situación y problemas en la práctica forense administrativa, para tratar de aclarar algunas dudas: ¿se plantean efectivamente en la práctica demandas de prestación de servicio público? ¿Se estiman de manera oportuna y conforme a derecho las pretensiones de prestación de servicio público? ¿Garantiza la jurisprudencia una tutela judicial efectiva al tramitar demandas de prestación de servicios públicos? ¿Ha contribuido en la práctica esta demanda para mejorar la deteriorada y deficiente prestación de los servicios públicos en nuestro ordenamiento jurídico? Y en todo caso, ¿Qué aspectos es necesario modificar para que ello sea así?

I. ESTADO SOCIAL DE DERECHO-ADMINISTRACIÓN PRESTACIONAL- CONTENCIOSO PRESTACIONAL

El modelo de Administración Pública, sus funciones y su estructura, debe acoplarse al modelo de Estado que asuma el ordenamiento jurídico en cada momento histórico para alcanzar eficazmente los cometidos estatales. Siguiendo esta premisa, al modelo de Estado Social de Derecho asumido por la Constitución venezolana de 1999 debe corresponderle un modelo coherente de Administración Pública que garantice la

existencia de las condiciones mínimas para el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales.

Ese modelo de Administración no es otro que el de la **Administración prestacional**, entendida como el aparato administrativo al que corresponde asegurar las bases materiales de la existencia individual y colectiva y proporcionar al ciudadano los medios apropiados que, siendo estrictamente necesarios para subsistir dignamente, se encuentran fuera de su propio abastecimiento¹. Esta noción de Administración prestacional la entendemos en un sentido amplio, a los fines de abarcar cualquier manifestación del actuar administrativo que busque lograr esos cometidos y se traduzca en un beneficio para los particulares, y que ha sido denominada en España por Ramón Martín Mateo y Luis Martín Rebollo como actividad administrativa de garantía².

Ahora bien, así como las funciones y estructura la Administración Pública se adapta al modelo de Estado y a los cometidos de éste, del mismo modo la justicia contencioso-administrativa deben adaptarse a ese modelo de Administra-

1 Respecto de esta noción, véase CORTIÑAS PELÁEZ, LEÓN, "Estado democrático y Administración prestacional", *Revista de Administración Pública*, núm. 67, Madrid, 1972, p. 97; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, séptima edición, Civitas, Madrid, 2000, pp. 69 y ss.; PARADA, RAMÓN, *Derecho Administrativo, Parte general*, Tomo I, cit., p. 482; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, cit., pp. 321 y ss.

2 Con esta noción nos referimos a la actuación administrativa en virtud de la cual se estructura la vida social garantizando que las iniciativas y actividades de los particulares no entrarán en conflicto perjudicial entre sí ni tampoco pugnarán con los intereses públicos definidos en un concreto momento por el Estado. Véase, MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., pp. 462-463. Se trata, para este autor, de un concepto más amplio y preciso que el tradicional de actividad de policía, pues se deja a un lado la idea restringida de *orden público*, insuficiente para justificar la acción planificadora e interventora de la Administración a fin de garantizar el buen desenvolvimiento de la iniciativa privada en la vida social y económica del Estado. Véase asimismo, MARTÍN REBOLLO, LUIS, "La Administración de garantías: vigencia y limitaciones", *Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, núm. 13, Madrid, 1992, pp. 31 y ss

ción de cada tiempo, para lograr, así, un control jurisdiccional efectivo que reprima las actuaciones y omisiones administrativas contrarias a los cometidos que la ley le impone³. De allí que, en términos simples, frente a una Administración prestacional sea necesaria una justicia contencioso-administrativa prestacional, que dé cabida a pretensiones prestacionales, no siendo suficientes los mecanismos judiciales tradicionales que centran el contencioso en pretensiones anulatorias y de control del exceso de poder.

Evidentemente, hay aquí una evolución, un nuevo estadio del contencioso administrativo, que no desplaza las funciones tradicionales de control del exceso de poder, pues evidentemente, el Estado social asume nuevos cometidos -los prestacionales- pero mantiene los propios del Estado liberal: policía y control del orden público. Ante esos nuevos cometidos estatales, el contencioso se ocupa también, entonces, del control de la ausencia o deficiencia en la prestación administrativa debida, es decir, el control de la **eficacia administrativa y no solo** el control de la legalidad formal⁴.

Esa garantía de los derechos prestacionales y el control de la eficacia administrativa se logra en Venezuela a través de un medio procesal especial: la demanda de prestación de servicios públicos, cuyo objeto es la pretensión de condena mediante la cual se ordene el efectivo cumplimiento de la *prestación de servicios que no ha cumplido la Administración o que lo ha hecho de una manera deficiente*. Ello no obsta, y es importante hacer énfasis en

3 Este planteamiento es desarrollado por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Consejo Judicial del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 26 y ss.

4 Téngase en cuenta que la eficacia es un principio constitucional, recogido en el artículo 141 del Texto Fundamental de 1999. Respecto del análisis de la eficacia administrativa vid. los diversos trabajos contenidos en AA.VV. "Administración y Constitución: el principio de eficacia", *Revista Documentación Administrativa* núm. 218-219, INAP, Madrid, 1989; asimismo, PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1995, p. 89.

esto, para que a través de otras vías procesales administrativas y constitucionales –como son el amparo constitucional y las demandas patrimoniales- se logre el restablecimiento –parcial o total- de los derechos e intereses lesionados por la ausencia o deficiencia de prestación de servicios públicos. No obstante, es la demanda de prestación de servicios públicos el medio por excelencia para ello pues logra el cumplimiento en especie del servicio público y al cual dedicamos nuestra atención en esta tarde.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DEMANDA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Ahora bien, unas brevísimas notas sobre el origen y evolución de esta demanda de prestación de servicios públicos.

Fue la Constitución de 1999 la que en su artículo 259 modificó puntualmente la redacción del entonces artículo 206 constitucional al incluir dentro de las competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, la de “*conocer de los reclamos por la prestación de los servicios públicos*”⁵. Ahora bien, en su momento, de esa disposición constitucional surgieron varias interrogantes: *¿estaba el constituyente haciendo referencia a una competencia general de los órganos contencioso-administrativos,*

5 Evidentemente, ya bajo la vigencia del artículo 206 de la Constitución de 1961 la tutela judicial frente a los reclamos por la prestación de servicios públicos era un principio constitucional. Incluso, al analizar el alcance de aquella norma, MOLES CAUBET destacaba como forma de manifestación de la ilegalidad administrativa comprendida en el ámbito del control contencioso administrativo, aquella “*producida por el incumplimiento de obligaciones públicas, no sólo las concernientes al pago de sumas de dinero sino también aquellas otras que entren en cualquier concepto obligacional, como la obligación de proceder, la obligación a los servicios públicos y otras prestaciones, y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas perturbadas*”. En “El sistema contencioso-administrativo venezolano en el Derecho Comparado”, AA.VV. *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, tercera edición, Caracas, 1993, pp. 30-31.

a una pretensión procesal concreta –la de reclamar la correcta prestación de servicios– o bien asomaba la necesidad de la existencia de un medio procesal especial cuyo objeto fuese, precisamente, esa pretensión prestacional?

Sobre tales preguntas, la más autorizada doctrina venezolana, entre otros el profesor Badell Madrid, se pronunció tempranamente, al igual que algunas singulares sentencias, primero de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 24 de mayo de 2000, (caso *A. Messuti vs Hidrocapital*) y luego de la Sala Constitucional, sentencia de 8 de diciembre de 2000 (Caso *Sicalpar*) las cuales señalaron que en efecto la norma constitucional hacía referencia a un medio procesal especial o “*contencioso de los servicios públicos...*” y en esa medida doctrina y jurisprudencia fueron delineando su ámbito de procedencia. Tales decisiones sirvieron de base para que entre los años 2000 y 2010 se tramitasen las primeras pretensiones de prestación de servicios –aun sin procedimiento legalmente definido– y especialmente para que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 2010 regulara un medio procesal al que denominó **demanda de prestación de servicios públicos**, el cual se tramitaría a través del procedimiento breve creado y desarrollado también en esa Ley.

III. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA DEMANDA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Analicemos brevemente los aspectos fundamentales de esa demanda de prestación de servicios públicos:

1. **Ámbito sustantivo: precisión del concepto de servicio público a los fines de la procedencia de la demanda**

Aspecto fundamental es determinar qué se entiende por servicio público a los fines de la procedencia de esa especial

demanda contencioso-administrativa. Además de las decisiones antes citadas, hay que mencionar las sentencias de la Sala Constitucional de 15 de diciembre de 2005 (caso CADAFE) y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30 de noviembre de 2001 (caso HIDROCAPITAL), de 6 de marzo de 2003 (caso Luz Eléctrica de Venezuela) y de 18 de septiembre de 2003 (caso CANTV), las cuales han establecido las siguientes condiciones para entender que una actividad es servicio público y por tanto su efectiva prestación puede ser exigida mediante la referida demanda: (i) debe tratarse de una actividad prestacional⁶, (ii) debe ser asumida por el Estado, esto es, debe existir *publicatio* respecto de la misma; (iii) debe ser cumplida por algún ente público de manera directa o mediante concesión y por último (iv) debe contar con un estatuto especial y regirse por normas de Derecho Público.

En consecuencia, no sería servicio público en esos términos, por ejemplo, la telefonía móvil o la atención prestada por una clínica privada, mientras que sí lo serían la prestación del servicio de aseo urbano, electricidad, hospitales públicos y telefonía fija.

2. Ámbito adjetivo: requisitos procesales de la demanda

Revisemos también, en la medida del tiempo que tenemos asignado, algunos aspectos procesales relevantes de la demanda de prestación de servicios públicos.

6 Cabe señalar que en ciertas oportunidades la jurisprudencia ha sido en exceso amplia. Por ejemplo, mediante sentencia de 14-11-2007 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, confirmada por la SPA mediante sentencia n° 1209 de 12-8-14, se estableció que la actividad de facturación y cobro de un servicio público es parte del servicio mismo y por ende las controversias que ellas generen pueden ser objeto de demanda de prestación de servicios públicos.

a) Objeto

En primer lugar, determinar cuál es el objeto de esa demanda, es decir, cuáles son las **pretensiones** que pueden ser planteadas en el marco de la demanda de prestación de servicios públicos.

En este sentido, debe señalarse que sólo pueden ser objeto de esta demanda **las pretensiones prestacionales frente a la ausencia o deficiencia de prestación de servicios públicos**, es decir, la pretensión de condena al cumplimiento efectivo del servicio público determinado. Por ende, debe tratarse siempre del cumplimiento en especie del servicio debido y no la condena a indemnización por los daños causados ante la falta de prestación del servicio público.

Asimismo, no pueden ser objeto único de esta demanda pretensiones pecuniarias accesorias a la prestación del servicio como lo serían “cobros no ajustados a la ley”, conflictos contractuales surgidos entre el concesionario prestador del servicio y la administración contratante, ni tampoco pretensiones de nulidad de actos o contratos administrativos derivados de una actividad de prestación de servicios públicos, a pesar de que en alguna oportunidad la jurisprudencia ha admitido pretensiones de esta naturaleza, señalando que la actividad de facturación y cobro de un servicio público es parte del servicio mismo y por ende las controversias que ellas generen pueden ser objeto de demanda de prestación de servicios públicos. Nos referimos a las sentencias de la CPCA de 3 de abril de 2002 y de 14 de noviembre de 2007, ambos caso SERDECO).

En todo caso, nótese que en reciente oportunidad (sentencia n° 0038 de 20 de marzo de 2014) la SPA estableció que la pretensión de pago por parte de un operador cambiario de ciertas cantidades de dinero supuestamente adeudadas con ocasión de compra de divisas, no puede tramitarse a través de

una demanda de prestación de servicios pues no se trata de un *“reclamo por deficiente prestación de servicio público”*.

Recuérdese además que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa prohíbe en su artículo 65, de manera inconstitucional, el planteamiento de pretensiones patrimoniales en el marco de las demandas tramitadas mediante el procedimiento breve, como lo es la demanda de prestación de servicios públicos. Decimos que de modo inconstitucional porque en nuestra opinión el hecho justificado de que la pretensión principal de la demanda sea una pretensión de condena a la prestación del servicio público –justificado pues de otra forma no tendría por qué tramitarse con tanta urgencia y en un procedimiento tan breve–, no obsta para que pudiesen plantearse, como pretensión accesoria, la indemnización de los daños y perjuicios causados por esa falta de prestación. Al impedirse este planteamiento conjunto se lesiona el derecho a la efectividad de la tutela judicial pues los daños y perjuicios deberán ser exigidos en posterior oportunidad procesal.

Evidentemente, tales pretensiones de pago de cantidades adeudadas por la Administración frente al operador, contratista o concesionario del servicio, pueden ser planteadas mediante otros medios procesales contencioso-administrativos como serían las demandas patrimoniales o demandas de nulidad, según el caso, pero no como objeto principal de la demanda de prestación de servicio público, la cual es un medio procesal muy breve y de tramitación preferente que, se insiste, solo se justifica cuando lo que se pretende es la urgente satisfacción de una actividad de prestación.

b) Procedimiento

La LOJCA, como se dijo, reguló un procedimiento breve a fin de tramitar la demanda de prestación de servicios públicos, el mismo que se aplica para la tramitación de la demanda por inactividad y la demanda contra vías de hecho. Se trata de

un procedimiento sumamente corto, basado en el principio de concentración, oralidad y conciliación, dotado de una audiencia oral en la cual las partes plantean sus argumentos y presentan sus pruebas y cuya sentencia estará sujeta a apelación en un solo efecto.

Si se diese cumplimiento estricto a la letra de la Ley, el juicio debería estarse decidiendo, en primera instancia, en escasos 23 días de despacho aproximadamente, lo que demuestra la intención del legislador de dar tramitación breve y urgente a este procedimiento. Lamentablemente, la práctica forense presenta casos en los que la decisión del juicio se ha demorado incluso años para ser sentenciado en la definitiva.

Es el caso, por ejemplo, de la demanda de prestación de servicios públicos intentada en fecha 22 de abril de 2014 contra la Superintendencia de Costos, Ganancias y Precios Justos por ante el Juzgado Vigésimo Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Área Metropolitana de Caracas, la cual fue admitida en fecha 5 de mayo de 2014 y aún se encuentra en etapa de sustanciación, a pesar de haber sido plateada hace más de seis meses.

c) Legitimación

En cuanto a la legitimación procesal, recordar que a partir de la Ley de 2010 se unificó el título exigido para ser parte en cualquier proceso administrativo, estando legitimada para actuar ante la justicia administrativa toda persona que tenga un interés jurídico actual, el cual es un concepto más amplio que el del interés personal, legítimo y directo tradicionalmente requerido.

En cuanto a la legitimación, solo unas breves menciones al criterio asumido por la Sala Político-Administrativa en reciente sentencia n° 1209 de 12 de agosto de 2014, en la que se estableció que la Defensoría del Pueblo siempre tiene legitimación para

plantear demandas de prestación de servicios públicos, incluso para defender a ciertos usuarios a título individual y no solo cuando se trate de intereses colectivos.

Asimismo, importa destacar que en ocasiones el propio ente público es el legitimado activo en la demanda de prestación de servicios públicos. Es el caso particular de la demanda intentada por el Municipio Chacao contra Hidrocapital en fecha 29 de septiembre de 2014, admitida por el Juzgado Décimo Noveno de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Área Metropolitana de Caracas el 17 de octubre de 2014, en la cual la legitimación se fundamentó en la competencia de los Municipios para la prestación del servicio de agua potable y la atribución del alcalde de velar por la prestación de los servicios públicos, en el ámbito de su municipio, tomando en cuenta además que el artículo 26, numeral 1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa da a entender que organizaciones públicas o privadas que representen a los usuarios pueden interponer demandas de prestación de servicios públicos.

IV. PROBLEMAS QUE IMPIDEN LA EFECTIVIDAD DE LA DEMANDA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Ahora bien, determinado el marco teórico de esta demanda, dediquemos los últimos minutos de nuestra exposición a los problemas prácticos que impiden la efectividad de la demanda de prestación de servicios públicos.

1. Ausencia de creación de tribunales de municipio contencioso-administrativos

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispuso la creación de Juzgados de Municipio de esa jurisdicción, de carácter unipersonal, cuya competencia

exclusiva es el *“conocimiento de las demandas que interpongan los usuarios o usuarias o las organizaciones públicas o privadas que los representen, por la prestación de servicios públicos”*, tal como lo establece el artículo 26 de esa Ley.

A dichos tribunales, por tanto, corresponde el conocimiento de todas las demandas de prestación de servicios, sean éstos nacionales, estatales o municipales, lo cual se justifica, según la Sala Constitucional, en la intención de *“concentrar esos litigios en los tribunales más cercanos a la ciudadanía, que permitan la solución rápida y acorde con la tutela requerida, el acceso y control de la comunidad, así como descongestionar a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales”*.

Ahora bien, a más de cuatro años de entrada en vigencia de la referida Ley y a pesar de que su Disposición Final Única dispuso que la nueva estructura orgánica tendría una vacatio legis de 180 días, aun no se han constituido dichos tribunales especiales ni se ha llamado a concurso para llenar las plazas de jueces de municipio de lo contencioso administrativo, lo que constituye una injustificada omisión de los órganos ejecutivos de la Magistratura, que impide el cabal desarrollo de la nueva estructura de tribunales de lo contencioso administrativo y con ello la garantía de una tutela judicial verdaderamente efectiva para los administrados.

Ante esa omisión administrativa, la jurisprudencia ha establecido reiteradamente (sentencias de la Sala Constitucional n° 1036 de 28 de junio de 2011, 1858 de 1 de diciembre de 2011, y 433 de 6 de mayo de 2013, entre otras) que hasta tanto se creen los Juzgados de Municipio Contencioso Administrativos, serán competentes para conocer de las demandas de prestación de servicios públicos así como las demandas de amparo directamente relacionadas con la prestación de servicios, los Juzgados de Municipio de la jurisdicción ordinaria, con fundamento en la Disposición Transitoria Sexta de esa Ley.

La falta de creación de dichos tribunales afecta, evidentemente, la efectividad de la demanda de prestación de servicios públicos, pues a diferencia de lo que pretendió el legislador, tales demandas son tramitadas por Tribunales que no tienen especialidad ni preparación en áreas contencioso-administrativas y que, además, se encuentran abarrotados del trabajo que por sus competencias naturales les corresponde, sin que sea posible dar tratamiento preferencial y celero a estas demandas especiales. Del mismo modo, no hay uniformidad de criterio respecto de la tramitación de las demandas de prestación de servicios públicos pues no hay una instancia común que conozca en segunda instancia de las decisiones de dichos Tribunales, sino que corresponderá a los múltiples Juzgados Superiores Contencioso-Administrativos del país. Esa razón, precisamente, llevaría a plantear que una eventual reforma de la legislación contencioso-administrativa eliminara la instancia de Juzgados de Municipios Contencioso administrativos y que sean los Juzgados Superiores Estadales de lo Contencioso los que conozcan de las demandas de prestación de servicio público.

2. Exigencia de agotamiento y prueba de gestiones administrativas, previa la interposición de la demanda de prestación de servicios públicos

La LOJCA, como se sabe, no estableció el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad previo a la interposición de demandas, salvo la excepción de las demandas patrimoniales de los entes públicos. A pesar de ello, el criterio sostenido por la Sala Constitucional y reiterado sistemáticamente por la Sala Político-Administrativa⁷ ha sido el de exigir

⁷ Sentencias de la Sala Constitucional n° 640 del 18 de mayo de 2011, 1311/2011 y 382 de 25 de abril de 2012 y de la Sala Político Administrativa n° 1353 del 19 de octubre de 2011, n° 00348 del 24 de abril de 2012, n° 0663 del 6 de junio de 2012, n° 0667 del 6 de junio de 2012, n° 01748 de 8 de diciembre de 2012, n° 00973 del 7 de agosto de 2012, n° 0249 de 19 de febrero de 2014, entre otras muchas. En casos extremos, como la sentencia n° 1504 de 16 de noviembre de 2011 sostuvo el mismo criterio y consi-

como requisito de admisibilidad de la demanda por abstención o de la demanda de prestación de servicios públicos que el demandante consigne algún medio de prueba que acredite “*las gestiones que haya realizado ante la Administración para obtener respuesta...*” a la petición cuya inobservancia se demanda ahora en sede judicial; a falta de prueba suficiente de esa circunstancia se declarará inadmisibile la demanda.

Se trata de una grave violación al derecho al acceso a la justicia, pues implica la exigencia de un requisito de admisibilidad que no tiene asidero legal suficiente y que se traduce en un agotamiento de la vía administrativa antes del inicio del procedimiento breve. La situación es alarmante cuando las estadísticas de los últimos años demuestran cómo la gran mayoría de las demandas por abstención y de prestación de servicios públicos intentadas han sido declaradas inadmisibles, y en casi todos los casos esa inadmisibilidad se ha fundamentado en este requisito formal.

En nuestro criterio, la jurisprudencia ha incurrido en una errada interpretación del artículo 66 de la LOJCA según el cual, en el marco del procedimiento breve *el demandante deberá acompañar los documentos que acrediten los trámites efectuados, en los casos de reclamo por la prestación de servicios públicos o por abstención*. La interpretación que conforme al principio pro actione debe hacerse de esa norma llevaría a entender que, en caso de que se hubiesen realizado gestiones en sede administrativa frente a la falta de prestación de servicios que ahora se demanda –gestiones evidentemente optativas–, el particular deberá acompañar a su demanda los documentos que acrediten esos trámites, pero la norma no señala expresamente y menos aún puede hacerlo el intérprete, que deben haberse realizado gestiones administrativas previas a la demanda, varias además, y que de no probarlo ésta se declarará inadmisibile. Con ese actuar se está exigiendo agotar la vía administrativa

deró insuficientes “gestiones” dos solicitudes del recurrente pidiendo respuesta de la Administración.

para admitir la demanda de prestación de servicios públicos, que además es siempre de interposición urgente, en franca violación al derecho de acceso a la justicia. De allí que urge el replanteamiento de ese criterio jurisprudencial.

3. Uso –y abuso– de la demanda de prestación de servicios públicos con fines no jurídicos ni jurisdiccionales

En tercer y último lugar, otro de los aspectos que ha llevado a la desnaturalización de la demanda de prestación de servicios públicos y ha restado la efectividad que a la misma corresponde, ha sido el uso y abuso de esta demanda con fines no jurídicos ni jurisdiccionales. Así, en algunos casos porque se ha admitido indebidamente su tramitación, y en otros porque se ha evadido su admisibilidad, sustituyéndose por demandas de intereses difusos y colectivos, a fin de dictarse sentencias que persiguen consecuencias políticas evidentes, mucho más allá de la administración de justicia a la que debe limitarse todo tribunal.

Es el caso de la reciente sentencia de la Sala Constitucional n° 1322 de 14 de octubre de 2014, mediante la cual se admitió demanda de intereses difusos y colectivos contra el Alcalde del Municipio Sucre del Estado Miranda *“por el respeto del derecho a la ciudadanía a gozar de un medio ambiente sano”*. La causa petendi de esa demanda era, precisamente, la supuesta deficiente prestación del servicio de recolección de desechos sólidos en ese municipio, tanto así que la medida cautelar acordada al momento de admitir la demanda fue la orden al Alcalde de *“que realice todas las acciones y utilice todos los recursos materiales y humanos necesarios (...) para recolectar inmediatamente, sin dilaciones y de forma regular y periódica, la basura y los desechos existentes y que se generaren en las distinta parroquias que comprenden el municipio...”*

Admisión de demandas de protección de derechos colectivos por falta de prestación de servicios públicos, a pesar de que el artículo 150, numeral 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece, como antes señalamos, la inadmisibilidad de la demanda de protección de intereses colectivos cuando la pretensión planteada pueda ser satisfecha mediante el contencioso de los servicios públicos. En consecuencia, en ese caso lo procedente era declarar la inadmisibilidad de la demanda o bien declinar en el juzgado de municipio competente para que la tramitase como demanda de prestación de servicios públicos.

En otros casos, no obstante, cuando la conveniencia estaba del otro lado de la balanza, la misma Sala Constitucional se ha declarado incompetente para conocer de demandas de intereses difusos y colectivos precisamente por considerar que se trata de pretensiones directamente relacionadas con prestaciones de servicios públicos. Es el caso de las sentencias N° 1007 de 28 de junio de 2011 y 433 de 6 de mayo de 2013. En ambos casos se trataba casualmente de demandas de intereses difusos y colectivos intentadas la primera por una conocida Asociación de Protección de Usuarios y la otra por un grupo de residentes de la conurbación urbana del Área Metropolitana de Valencia, en virtud de ciertas deficiencias en la prestación del servicio de agua potable por parte de Hidrológica del Centro e Hidroven, específicamente en razón de elementos probatorios acerca de la contaminación y baja calidad del agua supuestamente potable. En consecuencia, se declinó el conocimiento de tales demandas en el Juzgado de Municipio competente en razón del territorio, afirmando que lo correspondiente era tramitar tales controversias mediante la acción de reclamo por la prestación de servicios públicos⁸.

8 En otra oportunidad, sentencia n° 1868 de 1 de diciembre de 2011 de la Sala Constitucional, se declinó la competencia en los Juzgados de Municipio para conocer de una demanda de amparo intentada por una estudiante contra una Universidad Nacional, por violación a su derecho a la educación, con motivo de su desincorporación al postgrado que venía rea-

REFLEXIONES FINALES

Para finalizar, unas brevísimas reflexiones finales. Es de todos conocido que en el ordenamiento jurídico venezolano predomina hoy una Administración pública cuya actuación tiende constantemente a la actividad de coerción y limitación, lo que exige reforzar los mecanismos de control judicial de esa actuación arbitraria y excesiva. Una vuelta, si se quiere, a los orígenes del control contencioso administrativo: *el control del exceso de poder*. No obstante, convive también, en la realidad jurídico-administrativa venezolana, una evidente situación de incumplimiento reiterado de los servicios básicos para el ciudadano. De allí que ambas vertientes del contencioso administrativo: el “contencioso de limitación” y el “contencioso prescricional” exigen ser abordados frontalmente en Venezuela.

En un Estado como el venezolano caracterizado por una absoluta ineficiencia en la prestación de servicios públicos, un medio procesal como la demanda de prestación de servicios públicos pareciera, de entrada, una excelente solución aportada por la jurisdicción contencioso-administrativa a fin de restablecer las lesiones sufridas por los particulares usuarios de tales servicios. Tal y como está regulado en la Ley de 2010, esa demanda constituye un instrumento excelente de control de la legalidad y eficacia de la prestación de servicios públicos, breve, sumario, dotado de robustos mecanismos cautelares, a la altura de las más avanzadas tendencias en materia de tutela judicial frente a la Administración Pública.

No obstante, en la práctica, la demanda de prestación de servicios públicos no es, de modo alguno, una solución significativa, no otorga tutela judicial efectiva ni contribuye a mejorar la evidentemente deficiente prestación de servicios públicos en Venezuela. ¿Cómo puede explicarse ese divorcio entre la teoría y la práctica forense administrativa en un ordenamiento jurí-

lizando. Para ello la Sala Constitucional de nuevo alegó que tratándose de la prestación de un servicio público ella carece de competencia.

dico caracterizado por una dramática ineficiencia en la prestación de servicios?

- i) Primero, lo decíamos ya, se explica por la precaria institucionalidad de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, ante la ausencia de conformación de los tribunales creados por Ley para el conocimiento de estas demandas,
- ii) Segundo, ante la ausencia de carrera judicial que dote de autonomía e independencia de criterio a jueces especializados en la materia administrativa,
- iii) Tercero, consecuencia del uso tergiversado de medios procesales y criterios jurisdiccionales para desestimar las demandas planteadas, según la conveniencia política y no según las necesidades de la tutela judicial efectiva de los particulares,
- iv) Cuarto, ante la ausencia de cultura jurídica de los usuarios de los servicios públicos de exigir una buena prestación de servicios a través de esta vía judicial, ausencia de cultura jurídica bien por desconocimiento bien por falta de confianza en el sistema.

Tales circunstancias han llevado a que en la práctica el número de demandas de prestación de servicios públicos planteadas y, menos aún, decididas y estimadas, sea ínfimo. Por ejemplo, en el Área Metropolitana de Caracas, durante el año 2014 solo se han intentado 5 demandas de prestación de servicios públicos, de las cuales 3 han sido declaradas inadmisibles, y las otras dos fueron admitidas pero aun no sentenciadas en la definitiva. En consecuencia, al menos en el Área Metropolitana de Caracas, ningún efecto práctico y ningún efecto jurídico ni moral ha tenido esta demanda respecto de la deficiente prestación de servicios públicos que padecemos diariamente: servicio eléctrico, aseo urbano, agua potable, hospitales públi-

cos, transporte público y pare de contar. Si es esa la situación en el Área Metropolitana de Caracas, podemos imaginar cómo será en otras regiones en las que, confesamos, ha sido casi imposible hacer un estudio de campo, precisamente porque, como dijimos, su conocimiento está atomizado en los Juzgados de Municipio.

No hay allí, en definitiva, garantía del derecho a la tutela judicial efectiva ni control de la eficacia administrativa y por ende no hay garantía del Estado de Derecho.

Como enseñó el profesor Antonio Moles Caubet, *“...un Estado determinado (...) tendrá una mayor o menor connotación de Estado de Derecho, en la medida que su jurisdicción contencioso-administrativa sea más o menos consistente y perfeccionada”*, por ello, la jurisdicción contencioso-administrativa –continúa el maestro Moles– *“se convierte en el indicador de (los) períodos de ascenso y decadencia...”* del Estado de Derecho. La denegación de justicia y la justicia no expedita ni efectiva, implica el consentimiento de los tribunales de una actuación administrativa arbitraria e ineficiente y en esa medida implica una abdicación de su condición de Estado de Derecho. De allí la necesidad de restablecer nuestro contencioso administrativo y dar aplicación práctica y efectiva a la demanda de prestación de servicios públicos, que deje de ser una especie exótica de esta tropical justicia administrativa y se convierta en un medio efectivo de tutela de los administrados y de control de legalidad y eficacia de la Administración. Ello es condición indispensable para restablecer en sí mismo el Estado de Derecho.

ACTUALIDAD

SOBRE EL MECANISMO COMPLEMENTARIO DEL CIADI

Hildegard Rondón de Sansó

Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Resumen: *Se analiza el mecanismo complementario del CIADI, en el marco del arbitraje internacional de inversiones.*

Palabras clave: *CIADI. Mecanismo complementario.*

Summary: *The article studies the ICSID Additional Facilities Rules, in the context of the international investment arbitration.*

Key words: *ICSID. Additional Facilities Rules.*

Recibido:

12 de agosto de 2014

Aceptado:

24 de agosto de 2014

El CIADI es el Centro que administra el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. La creación del CIADI significó la vía para obtener la derogatoria del principio de inmunidad de jurisdicción, en virtud del cual, los entes soberanos solo pueden ser demandados por ante sus propios tribunales. En materia de inversión antes de la creación del citado organismo, no existía un tribunal con jurisdicción y competencias internacionales para conocer de las demandas de los inversionistas en contra de los Estados, tanto con relación a sus actos, como a las reclamaciones en su contra, de naturaleza económica. Al acordar el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) la creación del CIADI, organismo al cual podían adherirse los Estados con la suscripción del tratado correspondiente y que, permitía centralizar en dicha entidad, las demandas en su contra, estableciendo un sistema que garantizaba la disponibilidad de árbitros para la constitución de tribunales arbitrales, destinados a decidir, fundamentalmente, las controversias planteadas por los inversionistas, bajo un régimen que está contenido en el llamado Convenio del CIADI, se estaba actuando en contra de la soberanía de los Estados. En efecto, quienes suscribieron el aludido convenio, estaban obligados a aceptar la jurisdicción de los tribunales arbitrales constituidos en dicho organismo para resolver sus controversias, bastando con la circunstancia de que el país de origen de los demandantes perteneciese al CIADI.

Ahora bien, el Convenio del CIADI previó que los Estados pudiesen denunciar el convenio, mediante notificación escrita, dirigida a la Secretaría del CIADI (art. 71 del Convenio), estableciendo que la denuncia solo produce efecto seis meses después del recibo de su notificación.

Para el sistema del CIADI esto no podía operar tan fácilmente, liberando a los estados signatarios con una simple "denuncia" y, fue así como se estableció el Mecanismo Complementario del CIADI, buscando con ello un medio para man-

tener en el sistema en el mismo previsto, esto es, el de sus tribunales arbitrales, a los Estados que no se hubiesen adherido al Convenio o lo hubiesen denunciado. De allí que, mediante un reglamento dictado por el Consejo Administrativo del CIADI, denominado "*Reglamento del Mecanismo Complementario*", establecieron un régimen para obligar a los demandados a someterse a dicha jurisdicción de inversiones.

En efecto, ante la posibilidad de que múltiples controversias en materia de inversiones quedasen fuera del ámbito del CIADI, el aludido Reglamento, estableció que, algunas categorías de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados, fuesen regulados en una forma específica a fin de que quedasen sometidos al organismo en cuestión. Fue así como clasificaron en tres grupos a los eventuales procedimientos, en la siguiente forma:

1. Procedimientos de comprobación de hechos.
2. Procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias que surjan entre partes cuando una de ellas **no sea un Estado contratante o un nacional de un Estado contratante.**
3. Procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, en las cuales, al menos una, sea un Estado contratante o un nacional de un Estado contratante, cuando el conflicto entre ellas no surja directamente de una inversión y, la correspondiente transacción sea de naturaleza comercial ordinaria.

Como puede apreciarse, el primer supuesto alude a una instancia de naturaleza probatoria, podríamos decir que estaría destinada a comprobar hechos, sin que éstos se enlacen con un proceso preexistente. Es algo cercano a lo que en el Código

de Procedimiento Civil venezolano se ventila bajo la figura del “*retardo perjudicial*”, destinada a preservar, mediante un procedimiento jurisdiccional, la existencia de determinadas pruebas que pudiesen hacerse valer en juicio, independientemente de otro proceso en curso.

El segundo supuesto está dado por las solicitudes de arbitraje y de conciliación, cuando una de las partes no es un Estado contratante, ni es un nacional del Estado contratante, pero la otra sí lo es. Se trata de una situación verdaderamente grave, por cuanto la jurisdicción que tiene el demandante, la traslada al demandado en vista de la norma reglamentaria a la cual estamos aludiendo.

La tercera situación es análoga al último supuesto, es decir, que una sola de las partes es un Estado contratante o nacional de un Estado contratante, pero lo característico del conflicto está en el hecho de que no versa sobre una inversión ni es una transacción comercial ordinaria.

En los casos en los cuales se den los supuestos previstos en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, sobre todo en el segundo de ellos, que es el más grave; a pesar de que no se pueda tramitar el arbitraje por la vía del Convenio CIADI, sin embargo, el Reglamento ofrece su tramitación como si se tratase de miembros de dicho organismo.

En virtud del Mecanismo Complementario del CIADI, Venezuela al denunciar el Convenio y transcurrir los seis meses de la notificación de dicho retiro, no por ello queda liberada de las demandas de los inversionistas en su contra ante el CIADI, por cuanto las mismas pueden ventilarse por la vía del aludido Mecanismo Complementario.

En efecto, un Estado queda sometido al Mecanismo Complementario, si ha manifestado su unilateral aceptación, o bien, si ella consta en un Tratado Bilateral de Inversión (TBI).

De allí que, la más común de todas las situaciones que obligaría a Venezuela a atender la demanda en su contra ante el CIADI, está en el hecho de que sea suscriptora de un Tratado Bilateral de Inversión, en el cual exista una previsión relativa al arbitraje en el CIADI.

Se pregunta entonces ¿por qué Venezuela, de buenas a primeras no decide negarse a ocurrir al CIADI, basada en su denuncia del tratado y, por lo que atañe a los TBI, donde aparezcan cláusulas de sumisión al arbitraje CIADI, estima que estas cláusulas son de naturaleza accesorias a la voluntad principal del país, que era la de separarse de CIADI, con lo cual, aplicando la regla de que *“lo accesorio corre la misma suerte de lo principal”*, la cláusula debería considerarse como revocada?

Este último argumento no puede ser hecho valer, por cuanto no existe *“revocatoria”* de un convenio, salvo que ambas partes estén dispuestas a declarar su nulidad o su derogatoria, pero si una sola de ellas decide por sí misma desconocer o inaplicar la cláusula contenida en un acuerdo bilateral, esto no la libera de dicho acuerdo, porque nadie puede, por su sola voluntad (manifestación unilateral) desvincularse de un pacto concertado previamente con otra u otras personas, por la vía de la simple declaración de su desconocimiento.

En algunos momentos se ha dicho que Venezuela lo que debe hacer es ignorar la existencia del CIADI, por cuanto ella ya renunció a pertenecer a dicho organismo y, además ya transcurrió el lapso de seis meses previsto en el convenio por el cese de sus efectos. Lo anterior no eliminaría los peligros que recaerían sobre nuestro país, por cuanto el juicio continuaría con todas las cargas: pago de abogados, defensores y gastos en general; posibilidad de condenatoria sin defensa alguna; aplicación de medidas cautelares en contra nuestra y ejecución coactiva de fallos en vista de los acuerdos existentes al respecto. Es cierto que Venezuela podría hacer valer la falta de jurisdicción derivado de su denuncia, pero al hacerlo ante

el mismo tribunal del CIADI, para lo cual debe comparecer y hacer el alegato correspondiente, ningún tribunal arbitral va a admitir esos argumentos en su contra.

Puede afirmarse que el Mecanismo es un accesorio del Convenio CIADI y que, como tal, corre su misma suerte así como el arbitraje establecido en el Convenio CIADI no se puede aplicar después de la denuncia, ya que ello exige que ambos Estados sean miembros del CIADI, por lo cual, si uno deja de serlo, como es el caso de nuestra denuncia, no se daría el supuesto (*ratione personae*). De manera semejante, el arbitraje establecido en el Mecanismo Complementario requiere para su desenvolvimiento de la estructura del Centro CIADI, la cual, por virtud de la denuncia, queda sin efecto frente al denunciante, lo que imposibilita el funcionamiento del arbitraje por falta de base operativa.

A pesar de lo anterior, estimamos que, la lógica ordena que aun cuando se haya denunciado el convenio, se atienda a la notificación que se haga por la vía del Mecanismo Complementario, porque los efectos que su falta produciría en contra de nuestro país, son muy graves; pero es indudable que la denuncia del Convenio CIADI no puede ser revocada de hecho por un Reglamento que elimine sus efectos mediante el Mecanismo Complementario. Ese Reglamento Complementario contiene **un exceso o abuso de poder** al intentar mantener bajo el régimen de CIADI al Estado que denunció al tratado en la forma en el mismo prevista; pero aún más, contiene **un acto de desviación de poder**, por cuanto trata de obtener por un medio inidóneo, una consecuencia contraria a la norma específica del Convenio, que estableció los efectos de la denuncia, dejando como único lazo entre el denunciante y el CIADI, el lapso de los seis meses contados a partir de la fecha de su notificación. No pueden los Estados aceptar un acuerdo que está viciado por desviación de poder en forma evidente y clara y por ello, aún cuando comparezcan a la notificación deben hacer el señalamiento indicado.

Ahora bien, ¿ante qué tribunal podría plantearse la impugnación del Mecanismo, denunciando sus vicios? Pensamos que ante las Naciones Unidas, como denuncia genérica y ante un Tribunal de Derechos Humanos, porque la noción de éstos, hoy en día, se aplica también a las personas jurídicas de derecho público que se ven afectadas por una norma como la aludida, que posee un alto poder destructivo de la libertad de los Estados a proceder de acuerdo con sus intereses y en defensa de sus ciudadanos.

Asimismo, pensamos que la impugnación del Mecanismo Complementario debe ser la primera defensa que se alegue, señalando que el órgano que lo dictó carecía de competencia para hacerlo y el Mecanismo en cuestión es violatorio del Convenio, por cuanto viola la norma que establece el efecto extintivo de la denuncia del Estado de su relación con el CIADI, al hacer que dicha extinción deje de surtir efecto.

Consideramos importante que el Tribunal arbitral se pronuncie sobre los alegatos precedentemente expuestos contra el Mecanismo Complementario del CIADI, ya que por vía de apelación, podemos impugnar su decisión con el recurso de nulidad previsto en contra de los laudos.

Lo importante es en estos momentos demostrar que la denuncia del CIADI no es efectiva si al mismo tiempo no se solicita la derogatoria del Mecanismo Complementario por ser violatorio del Convenio; por carecer de facultad del órgano que lo dictó para hacerlo y por ser inaplicables sus supuestos, ya que se contradicen con el texto del propio Convenio al cual desean “reglamentar” sin poseer el órgano que lo dictó competencia para hacerlo.

LA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS Y LA INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA EN EL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN DE MEDICAMENTOS

Alejandro Silva Ortiz

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela (2004). Visiting Scholar Researcher (Regulación Farmacéutica), Fordham University, Nueva York, Estados Unidos (2009), Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, España (2011). Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Monteávila, Caracas, Venezuela (2014)

Resumen: El objeto de este trabajo es analizar las funciones y técnicas administrativas empleadas en el procedimiento de autorización de nuevos medicamentos en Venezuela para gestionar el riesgo y la incertidumbre científica vinculada a los efectos de los productos farmacéuticos. Para ello, estudiaremos la regulación del procedimiento administrativo de autorización de nuevos medicamentos, concentrándonos, en primer lugar, en la fase de evaluación científica y, luego, en la fase de decisión. En relación a la fase de evaluación científica, nos referiremos a la organización del Instituto Nacional de Higiene "Rafael Rangel" y a sus funciones de evaluación de la eficacia, clase terapéutica, calidad, farmacodinámica, farmacocinética, seguridad, prognosis, técnicas de gestión y minimización de riesgos y etiquetado de los fármacos. Posteriormente, abordaremos la fase de decisión del procedimiento a cargo del Ministerio del Poder Popular para la Salud, haciendo un especial énfasis en las apreciaciones técnicas, políticas, económicas y sociales llevadas a cabo para determinar los efectos de los medicamentos y la tolerabilidad social de los riesgos a los que éstos se encuentran asociados.

Palabras clave: Medicamentos. Procedimiento de autorización. Venezuela. Riesgos. Incertidumbre científica. Evaluación. Decisión.

Summary: The main purpose of this paper is to analyze the risk management techniques applied in the Venezuelan new drugs authorization procedure. We will study the legal regulation of this administrative procedure, focusing first on its scientific evaluation phase and then on the decision phase. Regarding the scientific evaluation phase, we will analyze the organization of the Instituto Nacional de Higiene "Rafael Rangel" and its powers to analyze the efficacy, therapeutic class, quality, pharmacodynamics, pharmacokinetics, safety, prognosis, risk management techniques and labeling of new drugs. Later, we refer to the decision phase of the procedure under responsibility of the Ministry of Popular Power for Health, with a particular emphasis on the technical, political, economic and social assessments conducted to determine the effects of medicines and social tolerability of its risks.

Key words: Drugs. Medicines. Authorization procedure. Venezuela. Risks. Scientific uncertainty. Assessment. Decision making.

Recibido: 25 de noviembre de 2014 Aceptado: 15 de diciembre de 2014

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Régimen jurídico de autorización de nuevos medicamentos en Venezuela
- III. La actividad de evaluación científica de los medicamentos por parte del Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel”
- IV. La fase de decisión de autorización por parte del Ministro del Poder Popular para la Salud
- V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La intervención del Estado para controlar los efectos generados por los productos farmacéuticos no es un fenómeno nuevo. Al menos desde principios del siglo pasado, las normativas globales más importantes en la materia regulaban la eficacia y seguridad de los medicamentos mediante un control *ex post*, como es el caso del *Federal Food and Drugs Act* de 1906 en Estados Unidos de América, de marcada influencia para Venezuela¹.

Lo que resulta ciertamente novedoso, es la posición del Derecho frente a la incertidumbre científica asociada a los efectos de los fármacos. Al igual que otras actividades tecnológicas

1 Sobre el procedimiento de autorización establecido en el *Federal Food and Drugs Act* de 1906, véanse CECCOLI, Stephen J.: *Pill politics. Drugs and the FDA*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 2004, p. 59 y ss.; SWANN, John P.: “History of the FDA”, en *The Food and Drug Administration*, HICKMANN, Meredith (Ed.), Nova Science Publishers, Nueva York, 2003, p. 10 y ss.; YOUNG, James Harvey: “The long struggle for the 1906 Law”, en *The Food and Drug Administration*, HICKMANN, Meredith (Ed.), Nova Science Publishers, Nueva York, 2003, p. 18 y ss.; JANSSEN, Wallace F.: “The story of the laws behind the labels”, en *The Food and Drug Administration*, HICKMANN, Meredith (Ed.), Nova Science Publishers, Nueva York, 2003, p. 23 y ss.; y DUNN, Charles Wesley: “Original Federal Food and Drugs Act of June 30, 1906 as Amended: its legislative history”, en *Food Drug Cosmetic Law Quarterly*, Volumen 1, Food and Drug Law Institute, Washington D.C., septiembre, 1946, p. 304.

cas, la invención y desarrollo de medicamentos lleva consigo determinados riesgos imposibles de predecir. Desde el diseño de las moléculas y la ejecución de los ensayos preclínicos y clínicos, hasta su comercialización, pueden surgir dudas e inseguridades sobre los verdaderos efectos de un producto. El conocimiento científico sobre las enfermedades y su tratamiento es limitado, lo que impide que pueda realizarse la evaluación científica con base a juicios técnicos irrevocables.

Esta característica ha modificado la tradicional perspectiva regulatoria de la Administración Pública, manifestándose la necesidad de ejercer nuevas funciones que busquen adaptarse a la realidad técnica del sector, así como promover la participación y cooperación de los diversos grupos de interés vinculados con dicho ámbito de regulación.

Tradicionalmente, el procedimiento administrativo ha cumplido con la finalidad de revestir de formalidad las actuaciones de la Administración Pública, asegurando una adecuada ejecución de la ley y tutela de los derechos de los ciudadanos². A esa función auxiliar de la legalidad material, sin embargo, deben sumarse nuevas funciones, pues en el régimen de autorización de nuevos medicamentos, el legislador ha optado por establecer programas normativos abiertos y finalistas que requieren de una función creativa de concreción por parte de los organismos reguladores.

El procedimiento administrativo constituye, así, el cauce para racionalizar la referida actividad, por medio de la aportación sustancial de la información recabada en las distintas incidencias procedimentales. En este sentido, la actividad legislativa y la de aplicación de la ley conforman un mismo *círculo directivo* en el que el procedimiento administrativo cumple con

2 BARNÉS, Javier: "Sobre el procedimiento administrativo: Evaluación y perspectivas", en *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, BARNÉS, J. (Ed.), Global Law Press, Sevilla, 2006, p. 277.

la función de compensar la indeterminación de la disposición legal de naturaleza abierta y finalista³.

En el ámbito de regulación objeto de análisis en este trabajo, el referido ejercicio de concreción requiere atender las diversas circunstancias en torno a los medicamentos. Así, en primer lugar, debe tomarse en cuenta que los efectos de dichos productos siempre estarán asociados a espacios de incertidumbre científica, por lo que su colocación en el mercado supone también la introducción de un riesgo en la sociedad. Por tanto, en el procedimiento administrativo de autorización de medicamentos se hace necesario valorar no sólo las consideraciones y recursos técnicos probatorios del laboratorio interesado, sino también las circunstancias políticas y sociales en torno a la autorización del medicamento en cuestión.

Por ello, en este procedimiento administrativo especial deben llevarse a cabo dos tipos de valoraciones. Por una parte, se determina mediante el conocimiento científico, los conceptos técnicos de eficacia, seguridad y calidad de los fármacos y, por otra, se valora la tolerabilidad de la sociedad frente a los posibles efectos adversos asociados a las zonas de incertidumbre científica existentes. Por medio de tales apreciaciones, en conjunto, se aporta una comprensión integral del riesgo farmacéutico.

Incluso debe considerarse que, en casos de amplia incertidumbre científica, las valoraciones políticas y sociales poseen una relevancia determinante para la autorización de comercialización, ya que, ante el vacío técnico producido por la situación de incertidumbre, deberá atenderse a criterios de experiencia, prudencia o lógica que permitan adoptar la decisión más razonable, óptima o plausible para el bienestar general.

3 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard: *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 210.

La labor de los organismos reguladores en el régimen de autorización de nuevos medicamentos consiste, de este modo, en un proceso creativo dirigido a cumplir con la doble finalidad del Derecho Administrativo: *ordenación, disciplina y limitación del poder, así como la eficacia y efectividad de la acción administrativa*⁴.

En el presente trabajo serán analizadas las fases de evaluación científica y decisión del procedimiento administrativo de registro sanitario de nuevas entidades químicas en Venezuela. Nos centraremos en el análisis de las actividades de evaluación científica y decisión, haciendo un especial énfasis en las apreciaciones técnicas, políticas y sociales llevadas a cabo por los organismos reguladores para considerar los efectos de los medicamentos y la tolerabilidad de los riesgos a los que éstos se encuentran asociados.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE AUTORIZACIÓN DE NUEVOS MEDICAMENTOS EN VENEZUELA

Las normas que regulan el procedimiento administrativo de autorización de nuevos medicamentos en Venezuela son, fundamentalmente, tres: La Ley de Medicamentos, el Reglamento de la Ley para el Ejercicio de la Farmacia y las Normas de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos del Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel”. En dichas normativas se establece todo lo referente a las solicitudes de autorización, las pruebas técnicas que deben consignarse, lapsos, así como las distintas fases del procedimiento administrativo donde se ejecutan las labores de evaluación científica de la información técnica recabada y el pronunciamiento sobre la autorización de los productos.

4 SCHMIDT-ASSMANN, E.: Ob. Cit., p. 26.

Seguidamente, describiremos brevemente las fases más relevantes del procedimiento de registro sanitario (evaluación científica y decisión) con el objeto de luego identificar los principales elementos objeto de apreciación en el marco de dichas funciones administrativas y que permiten comprender la incertidumbre científica asociada a la regulación de este complejo sector.

2.1. Fases del procedimiento de registro sanitario

El procedimiento de autorización de productos farmacéuticos en Venezuela se denomina “Registro Sanitario”⁵ y, de acuerdo con la Ley de Medicamentos, los organismos reguladores que participan en el mismo son el Ministerio del Poder Popular para la Salud (MPPS) y el Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel” (INHRR).

Las fases de evaluación científica y de decisión se encuentran claramente divididas y diferenciadas en el procedimiento de registro sanitario. Por una parte, el INHRR lleva a cabo la fase de evaluación científica sobre la eficacia, seguridad y calidad de los fármacos⁶; mientras que el MPPS se encarga de pronunciarse sobre la concesión de la autorización de comercialización con base en la valoración previa de la razonabilidad de los argumentos técnicos expuestos por el INHRR y de la conveniencia política y social de la entrada del producto al mercado venezolano⁷.

5 Artículo 18, Parágrafo Único, de la Ley de Medicamentos.

6 Véase el artículo 19 de la Ley de Medicamentos. El Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel” fue creado mediante Decreto del Ejecutivo Nacional del 17 de octubre de 1938 y publicado en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 19.700 del 18 de octubre de 1938. Asimismo, véase BELISARIO, Gladys: “Instituto Nacional de Higiene «Rafael Rangel». Reseña histórica en su 70° Aniversario (1938-2008)”, en *Revista del Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel”*, N° 39 (1), Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel”, Caracas, 2008; p. 6 y ss.

7 Véase el artículo 18 de la Ley de Medicamentos. Asimismo, sobre el procedimiento de registro sanitario, también véase GONZÁLEZ P., José Valentín: “La protección de la información regulatoria y los procedimientos

2.2. Condiciones para la autorización de los medicamentos. Surgimiento de la incertidumbre científica

De acuerdo con la Ley de Medicamentos, únicamente deben ser autorizados en Venezuela aquellos fármacos “*eficaces, seguros y de calidad*”⁸. Sin embargo, el legislador no definió lo que debe entenderse por tales conceptos técnicos. En cualquier caso, en el ámbito científico, su significado es el siguiente: la “**eficacia**” se refiere a la capacidad de un medicamento en desplegar satisfactoriamente los efectos terapéuticos, bien sea previniendo o tratando patologías en el organismo humano. La “**seguridad**” exige una adecuada relación entre los efectos adversos asociados a un medicamento y el organismo humano. Y por último, la “**calidad**” requiere que los medicamentos hayan sido elaborados a la luz de las exigencias previstas en las Buenas Prácticas Clínicas, de Laboratorio y de Manufactura⁹.

para autorizaciones de comercialización para productos farmacéuticos en Venezuela”, en UCAB-CAVEME. *Cátedra Fundacional de Propiedad Intelectual*, Cámara Venezolana del Medicamento CAVEME, Caracas, 2006, p. 19 y ss.

8 Artículo 1 de la Ley de Medicamentos.

9 DOMÉNECH, Gabriel: *El régimen jurídico de la farmacovigilancia*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 111 y ss.; RAVIÑA RUBIRA, Enrique: *Medicamentos. Un viaje a los largo de la evolución histórica del descubrimiento de fármacos*, Tomo I, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2008, p. 534; RIEß, Günter y VOGEL, Wolfgang F.: “Strategies in drug discovery and evaluation”, en *Drug discovery and evaluation*, VOGEL, H. Gerhard (Ed.), Springer, Heidelberg, 2002., p. 7; LAHANA, Roger: “How many leads from HTS?”, en *Drug Discovery Today*, Volumen 4, Elsevier, Oxford, 10 de octubre de 1999, p. 447 y ss.; DREWS, Jürgen: “Drug discovery: a historical perspective”, en *Science Magazine*, Volumen 287, American Association for the Advancement of Science, Nueva York, 17 de marzo de 2000, p. 1961; y WUNBERG, Tobias WUNBERG, Tobias, HENDRIX, Martin, HILLISCH, Alexander, LOBELL, Mario, MEIER, Heinrich, SCHMECK, Carsten, WILD, Hanno y HINZEN, Berthold: “Improving the hit-to-lead process: data-driven assessment of drug-like and lead-like screening hits”, en *Drug Discovery Today*, Volumen 11, Elsevier, Oxford, febrero 2006, p. 175 y ss.

Como puede apreciarse, la *“eficacia, seguridad y calidad”* son conceptos jurídicos indeterminados que requieren para su concreción de un ejercicio técnico-cognitivo. Por tanto, en el marco del procedimiento de registro sanitario, la actividad de evaluación científica de estos productos debe fundamentarse en datos determinantes y objetivos que permitan concluir que un medicamento cumple efectivamente con los elementos de eficacia, seguridad y calidad, así como en las tesis científicas más representativas y actualizadas que permitan establecer relaciones comprensibles entre las consideraciones técnicas realizadas y las conclusiones obtenidas.

Ahora bien, en la práctica, no siempre es posible asegurar con evidencias determinantes e invariables el cumplimiento de la eficacia, seguridad y calidad de los medicamentos. Tales condiciones técnicas resultan inestables y pueden entrañar incertidumbres: desde el diseño de las moléculas de las cuales se constituyen los medicamentos, hasta las pruebas en ensayos clínicos en humanos, pueden surgir dudas e inseguridades sobre los verdaderos efectos de un producto. Por ejemplo, con independencia de que estos últimos estudios se realicen sobre miles de pacientes, a veces los riesgos sólo pueden percibirse cuando son consumidos por un número mayor. En otras ocasiones, puede ocurrir que la metodología utilizada para la elaboración de los ensayos clínicos no sea la más apropiada para demostrar los efectos reales de los productos. El conocimiento científico sobre las enfermedades y su tratamiento es, por tanto, limitado, lo que impide que pueda realizarse la evaluación científica con base a conclusiones técnicas irrevocables.

De esta manera, si bien debe reconocerse la imposibilidad de alcanzar el *“riesgo cero”* en la regulación de este tipo de actividades, ello no supone que las decisiones administrativa puedan fundamentarse en conjeturas o sospechas, sino en datos convincentes o determinantes que permitan demostrar

la vinculación entre un medicamento y los riesgos identificados de la forma más eficiente, óptima o plausible¹⁰.

Con base en la anterior realidad, a continuación analizaremos las funciones de evaluación científica y decisión realizadas por los organismos reguladores en Venezuela en el marco del procedimiento de registro sanitario, a fin de determinar las técnicas implementadas por éstos con el propósito de minimizar o reducir las zonas de incertidumbre científica asociadas a los productos farmacéuticos objeto de autorización.

III. LA ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN CIENTÍFICA DE LOS MEDICAMENTOS POR PARTE DEL INSTITUTO NACIONAL DE HIGIENE "RAFAEL RANGEL"

Debe tomarse en cuenta que, en su condición de instituto autónomo, el INHRR se encuentra dotado de autonomía funcional con potestades normativas y de auto-organización. En este sentido, entre los órganos que lo componen se encuentra la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos, quien dirige la labor de evaluación científica de los nuevos medicamentos¹¹, la cual se encuentra conformada, a su vez, por el Presidente del INHRR, dos médicos y dos farmacéuticos con amplios y sólidos conocimientos en farmacología clínica, salud pública, tecnología farmacéutica y biofarmacia¹².

10 Sobre este tipo de conceptos jurídicos indeterminados con espacios de discrecionalidad, véase BACIGALUPO, Mariano: *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 203 y ss.; DESDENTADO DAROCA, Eva: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997, p. 61 y ss., y *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 139 y ss.; y CIRIANO VELA, César David: *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 138 y ss.

11 Artículos 33 y 34 de la Ley de Medicamentos y artículo 58 del Reglamento de la Ley para el Ejercicio de la Farmacia. Véase también, BOND ESTEVES, Edmundo: "Junta Revisora de Productos Farmacéuticos. Breve Reseña Histórica", en *Revista del Instituto Nacional de Higiene "Rafael Rangel"*, N° 39 (1), Instituto Nacional de Higiene "Rafael Rangel", Caracas, 2009, p. 97 y ss.

12 Artículo 34 de la Ley de Medicamentos.

Asimismo, el INHRR, a través de la Junta Revisora, ha adoptado un conjunto de disposiciones administrativas técnicas de naturaleza reglamentaria denominadas las Normas de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos del INHRR¹³, las cuales contribuyen a concretar las disposiciones legales relativas a la evaluación científica sobre la eficacia, seguridad y calidad de los productos farmacéuticos.

En efecto, mediante estas últimas regulaciones especiales, el INHRR ha otorgado contenido a la naturaleza abierta de las disposiciones de la Ley de Medicamentos en el marco del análisis de la eficacia, seguridad y calidad de los productos farmacéuticos, contribuyendo a orientar los criterios que permitan adecuar dichos conceptos a la realidad técnica del sector.

Sin embargo, sólo en el marco del procedimiento de registro sanitario se conformará el *circuito directivo* entre la actividad legislativa y administrativa que permitirá racionalizar la indeterminación de la disposición legal de naturaleza abierta y finalista (“la autorización de medicamentos que cumplan con condiciones de eficacia, seguridad y calidad”) conforme a la información técnica que logre recabarse en el procedimiento y determine las características concretas del caso particular según el estado de la ciencia para ese momento¹⁴.

Así, en líneas generales, el INHRR debe recolectar y evaluar la siguiente información para determinar los elementos de eficacia, seguridad y calidad de los medicamentos: (i) los datos técnicos relativos al medicamento¹⁵; (ii) la calidad de los

13 La validez y vigencia de las Normas de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos fue reconocida por la Resolución N° 051 del Ministro de Sanidad y Asistencia Social del 17 de junio de 1992, publicada en la Gaceta Oficial N° 34.989 del 19 de julio de 1992. Actualmente, la versión vigente de las Normas es de julio de 1998 y constituye la quinta revisión de las mismas.

14 SCHMIDT-ASSMANN, E.: Ob. Cit., p. 210.

15 Artículo 57 del Reglamento de la Ley para el Ejercicio de la Farmacia y Grupo E de las Normas de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos.

métodos utilizados en la manufactura¹⁶; y (iii) la información contenida en el etiquetado¹⁷. Cada uno de los anteriores elementos está dirigido a determinar y comunicar los efectos que producirán los fármacos, bien desde una perspectiva de su composición interna, de los agentes externos con capacidad de modificar a esta última o de los elementos materiales accesorios que afecten la comunicación del riesgo a la sociedad. A través de este análisis técnico podrán identificarse y comunicarse los riesgos asociados a un medicamento y conocerse el margen de incertidumbre científica existente en torno a sus efectos.

3.1.La evaluación de la información técnica del medicamento

El INHRR debe apreciar la información química, farmacológica y toxicológica, la farmacocinética, las investigaciones preclínicas y clínicas, así como los datos estadísticos relativos al medicamento, presentados junto a la solicitud de registro sanitario. De la anterior documentación, los resultados de los estudios preclínicos y clínicos constituyen la información más importante. Un medicamento que ha superado exitosamente tales ensayos, se encuentra vinculado a menores riesgos e incertidumbres que con anterioridad a su ejecución. En efecto, los resultados obtenidos permiten conocer, dentro de cierto margen de certeza, los efectos que producirá un producto.

Por su parte, los estudios de farmacocinética y farmacodinámica se refieren a la interacción entre el organismo humano y el principio activo del medicamento, lo cual contribuye a determinar su eficacia y seguridad mediante la apreciación de la distribución, metabolización y eliminación del fármaco. Asimismo, con base a la anterior información, la autoridad

16 Manual de Buenas Prácticas de Manufactura para la Fabricación de Productos Farmacéuticos (BPM) de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Gaceta Oficial N° 38.009 del 26 de agosto de 2004.

17 Capítulo VIII de las Normas de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos.

administrativa realiza pronósticos y predicciones mediante estudios estadísticos sobre los efectos que generará el medicamento evaluado una vez que sea colocado en el mercado.

Esta labor de evaluación científica es llevada a cabo de forma especializada, atendiendo a la función terapéutica del medicamento. Por ejemplo, un producto oncológico debe ser evaluado de forma distinta que un medicamento para tratar enfermedades cardíacas, en virtud que en ambos casos el estado de conocimientos científicos ha avanzado en diferentes sentidos, por lo que variarán los riesgos e incertidumbres asociados a estos fármacos. Igualmente, el INHRR debe determinar si existe en el mercado algún medicamento de igual clase terapéutica al evaluado y que genere mayor eficacia y menores riesgos, pues tales datos contribuirán a determinar el valor que aporta el fármaco a la salud pública¹⁸.

3.2. La evaluación de la calidad y su incidencia en la eficacia y seguridad del medicamento

La evaluación de la calidad de un medicamento consiste en apreciar su modo de fabricación, de acuerdo con los principios y directrices contenidos en el Manual de Buenas Prácticas de Manufactura para la Fabricación de Productos Farmacéuticos (BPM) de la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁹.

Para evaluar la calidad de los métodos utilizados en la elaboración de un medicamento, las autoridades sanitarias poseen potestades para practicar inspecciones sobre las instalaciones en las que se lleva a cabo esta actividad²⁰. Su finalidad es verificar que durante el proceso de elaboración no sea modificada

18 Véase el artículo 18 del Reglamento de la Ley para el Ejercicio de la Farmacia. Asimismo, sobre la relevancia de este tipo de actividades, también véase GARATTINI, Silvio y BERTELE', Vittorio: "How can we regulate medicines better?", en *British Medical Journal*, Volumen 335, British Medical Association, Londres, 20 de octubre de 2007, p. 803 y ss.

19 Gaceta Oficial N° 38.009 del 26 de agosto de 2004.

20 Artículo 64 de la Ley de Medicamentos.

la estabilidad de la eficacia y seguridad de un producto y, por tanto, se originen nuevos riesgos.

En efecto, pudiera suceder que, durante tal proceso, los elementos técnicos de un medicamento sufran variaciones, bien sea, por ejemplo, por problemas como la temperatura o humedad de las instalaciones. Para ello, las distintas autoridades sanitarias nacionales de los países fabricantes de productos farmacéuticos, expiden certificados a los laboratorios en los que consta el respeto a las correspondientes prácticas correctas de fabricación²¹.

Por su parte, la industria farmacéutica debe garantizar la cualificación del personal que participa en la elaboración de los medicamentos; las instalaciones donde se lleva a cabo esta actividad; los equipos empleados; los documentos técnicos sobre los estudios; las operaciones de producción de los medicamentos; los controles sobre los componentes que utilizan los productos y sobre las pruebas preclínicas y clínicas; y el proceso de empaquetado, etiquetado y distribución.

En este sentido, la industria farmacéutica debe llevar a cabo “auto-inspecciones”, con el objeto de que los laboratorios contribuyan en la identificación de cualquier irregularidad asociada al proceso de elaboración de los productos²². En efecto, la complejidad técnica en torno a los efectos de los fármacos, exige que se apliquen este tipo de técnicas, cuyo fin fundamental es recabar mayores elementos de prueba para la evaluación científica y decisión²³.

21 Véase lo dispuesto en el Grupo C 2), b) de las Normas de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos.

22 Sección 9 del Manual de Buenas Prácticas de Manufactura para la Fabricación de Productos Farmacéuticos de la OMS.

23 Sobre la autorregulación en materia de gestión de riesgos, DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè: *Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 136 y ss.; y ESTEVE PARDO, J.: “El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del Caba-

Dichas estrategias de autorregulación promueven, principalmente, el flujo de información y transparencia entre los laboratorios y las autoridades administrativas. Circunstancia contribuye, tanto a obtener mayores datos sobre el medicamento, como a promover su entrada al mercado.

3.3. La evaluación de la información contenida en el etiquetado del medicamento

El INHRR debe evaluar la información contenida en las propuestas de etiquetado y prospecto del medicamento, presentadas por el laboratorio solicitante junto a la solicitud de registro sanitario²⁴. El etiquetado se refiere a las menciones sobre el producto señaladas en su embalaje exterior o envase, mientras que el prospecto es la nota informativa que acompaña al medicamento en el interior del embalaje exterior o envase.

Ambos elementos externos al medicamento, contribuyen a comunicar a la sociedad las características del producto, uso adecuado y los riesgos a los que éste se encuentra asociado. Así, de acuerdo con las Normas de la Junta Revisora, la etiqueta de los fármacos debe contener: la denominación del producto, dosificación y forma farmacéutica; la composición cualitativa y cuantitativa; contenido en peso, volumen o unidades; la forma y vía de administración; fecha de caducidad; y advertencias especiales. El prospecto, por otra parte, debe contener la misma información descrita en la etiqueta pero con mayor detalle, indicándose: las contraindicaciones; precauciones de empleo; interacciones que puedan afectar la acción del medicamento; las instrucciones de uso adecuado; las reacciones adversas; entre otros²⁵.

llo de Troya”, en *Autorregulación y sanciones*, ARROYO JIMÉNEZ, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 43 y ss.

24 Capítulo VIII de las Normas de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos.

25 Capítulo VIII de las Normas de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos.

El INHRR, en este sentido, debe apreciar la adecuación entre los resultados de la evaluación científica de la eficacia, seguridad y calidad de un medicamento y el contenido del etiquetado y prospecto, fundamentalmente, en lo referido a las características técnicas del producto, los riesgos a los que éste se encuentra asociado y las instrucciones de uso. Adicionalmente, también debe evaluarse la claridad y transparencia de la información, de forma que sea comprensible para los pacientes, así como para los profesionales sanitarios. En efecto, este último caso se refiere a los medicamentos de prescripción facultativa, situación que exige que los pacientes sean informados sobre los efectos positivos y negativos del producto por parte de un profesional de la salud. Los datos contenidos en el etiquetado y prospecto del fármaco orientarán la receta correspondiente, en atención a las características propias del paciente (edad, sexo, condición física, tipo de enfermedad, etc.) y las de un producto concreto²⁶.

3.4. Sistema de farmacovigilancia. Técnicas de minimización o reducción de las zonas de incertidumbre científica

Mediante la evaluación científica de los elementos de eficacia, seguridad y calidad de los medicamentos se puede determinar el margen o zona de incertidumbre científica existente en torno a sus efectos adversos y la posibilidad de que éstos se manifiesten de forma sobrevenida.

Las causas por las que resulta necesario supervisar los riesgos conocidos y detectar oportunamente sus efectos inesperados, son variadas y se manifiestan sólo con ocasión a la comercialización de un producto. Entre éstas pueden mencionarse: (i) el uso inapropiado de los medicamentos al combi-

26 Véase HART, Dieter: "Patient information on drug therapy. A problem of medical malpractice law: Between product safety and user safety", en *European Journal of Health Law*, Volumen 14, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2007, p. 47 y ss.

narlos con otros fármacos o, bien, al destinarlos a tratamientos diferentes a los que constan en su etiquetado; (ii) la existencia de enfermedades concomitantes en los pacientes; (iii) deficiencias de los reportes de eventos adversos, pues, usualmente, los científicos, médicos, farmacéuticos y pacientes sólo notifican los efectos adversos producidos en caso de muerte, siendo menos frecuentes por causa de lesiones u hospitalización; y (iv) la posibilidad de que los riesgos sean causados por la interacción de los medicamentos con otros productos no terapéuticos, como alimentos o bebidas²⁷.

Para enfrentar tal situación, las Normas de la Junta Revisora y las Normas de Buenas Prácticas de Farmacovigilancia dictadas por el MPPS²⁸, establecen un sistema de farmacovigilancia compuesto por un conjunto de técnicas post-autorización que contribuyen a identificar, valorar, prevenir y controlar los riesgos asociados a los productos autorizados.

Entre tales medidas de seguimiento se encuentran: (i) la recepción de notificaciones de los titulares de autorizaciones, médicos y profesionales de la salud sobre las reacciones adversas acaecidas; (ii) las comunicaciones e intercambio de información entre los autoridades nacionales e internacionales competentes; (iii) el requerimiento de información a los titulares de las autorizaciones sobre el examen riesgo-beneficio; y (iv) las inspecciones realizadas sobre los laboratorios y establecimientos que elaboran, importan y comercializan los medicamentos²⁹.

Las anteriores técnicas operan como cláusulas accesorias a la autorización, destinadas a asegurar el cumplimiento de las condiciones de eficacia, seguridad y calidad de los medicamentos mediante la promoción del flujo de información entre

27 CECCOLI, S.: Ob. Cit., p. 142.

28 Gaceta Oficial N° 39.579 del 22 de diciembre de 2010.

29 Grupo I de las Normas de la Junta Revisora y Normas de Buenas Prácticas de Farmacovigilancia.

la industria farmacéutica, las autoridades competentes y la sociedad³⁰. Mediante tales técnicas se busca, por consiguiente, identificar oportunamente cualquier tipo de efecto adverso sobrevenido que, en general, se encuentre vinculado a un fármaco autorizado.

Dependiendo de la especificación de seguridad asociada a los medicamentos, el INHRR concluirá si resulta necesario diseñar técnicas especiales referidas al caso concreto que sean aplicadas adicionalmente a los mecanismos generales de farmacovigilancia, como, por ejemplo, llevar a cabo ensayos clínicos post-autorización (FASE IV) durante un determinado período con el objeto de realizar un seguimiento de los efectos de los productos y confirmar su seguridad³¹.

Con base en lo anterior, el procedimiento administrativo de registro sanitario está orientado a la concesión de autorizaciones de funcionamiento, dirigidas a instaurar una relación jurídica de tracto sucesivo entre los laboratorios y la Administración Pública, con el objeto de vigilar la adecuada estabilidad de los riesgos y beneficios asociados a los medicamentos³².

3.5. El examen riesgo-beneficio

Una vez que se ha evaluado la eficacia, seguridad y calidad de un medicamento, el INHRR debe emitir un dictamen técnico no vinculante sobre la conveniencia de autorizar su comercialización mediante un examen riesgo-beneficio³³. El examen riesgo-beneficio es la técnica conclusiva de la fase de

30 Sobre las cláusulas accesorias, véase VELASCO CABALLERO, Francisco: *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 122 y ss.

31 Grupo I de las Normas de la Junta Revisora de Productos Farmacéuticos.

32 Sobre las autorizaciones de funcionamiento, véase LAGUNA DE PAZ, José Carlos: *La autorización administrativa*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 60 y ss.

33 Véase el artículo 58 del Reglamento de la Ley para el Ejercicio de la Farmacia.

evaluación científica y consiste en confrontar los efectos generados por los productos, de tal manera que si se determina que los beneficios terapéuticos generados por un medicamento son superiores a sus riesgos, se concluirá que estos últimos serán no razonables y significativos para la salud humana. En caso contrario, los riesgos probablemente se considerarán razonables y, por tanto, se recomendará la autorización del fármaco.

Si bien el dictamen del INHRR no es vinculante para el MPPS, suele plantear dudas razonables y recomendaciones marcadamente influyentes sobre las medidas de protección que deben implementarse para controlar los riesgos e incertidumbres identificadas.

La relevancia de la implementación de esta técnica conclusiva de la fase de evaluación científica, permite enfrentar la zona de incertidumbre científica asociada a los efectos de los fármacos, tomando en cuenta que no es posible conocer con exactitud cómo se manifestarán los efectos del producto en el futuro, es decir, con posterioridad a su entrada en el mercado.

El examen riesgo-beneficio debe realizarse, por ello, en atención a los mejores criterios técnicos obtenidos durante la evaluación científica, con base en las pruebas y valoraciones que mejor evidencien la existencia y caracterización de determinados riesgos y, por tanto, reduzcan la incertidumbre en torno a los efectos que generarán los productos.

IV. LA FASE DE DECISIÓN DE AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL MINISTRO DEL PODER POPULAR PARA LA SALUD

Según el artículo 18 de la Ley de Medicamentos, el Ministro del MPPS posee la potestad para decidir sobre la autorización de comercialización de los medicamentos en el procedimiento de registro sanitario. Para emitir tales pronunciamientos, el

MPPS debe considerar la coherencia, suficiencia y pertinencia de los razonamientos técnicos expuestos por el INHRR en la fase de evaluación científica, así como llevar a cabo apreciaciones políticas y sociales en torno a la autorización de un producto. La Ley de Medicamentos no consagra expresamente la potestad de realizar estas últimas valoraciones, sino que ello puede interpretarse de la asignación de competencias del MPPS.

En efecto, de acuerdo con el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, el MPPS es competente para el diseño, gestión y ejecución de la vigilancia epidemiológica nacional en salud pública de enfermedades, eventos y riesgos sanitarios; regular los medicamentos con impacto en la salud; formular y ejecutar políticas sanitarias dirigidas a reducir los riesgos a la salud y a la vida de la población vinculados al uso y consumo de productos, entre otras³⁴.

Así, el MPPS debe decidir las solicitudes de autorización en atención a los intereses generales de la población. Si bien, por una parte, los expertos del INHRR llevan a cabo las apreciaciones científicas y técnicas de los fármacos; por otra parte, el MPPS debe determinar si las referidas valoraciones técnicas se adecúan al bienestar general, labor que debe ser desarrollada mediante la apreciación de las circunstancias políticas y sociales vinculadas a la autorización de un producto en el mercado venezolano. Razón de importancia fundamental, pues, si bien, los informes del INHRR afectan de un margen de certeza técnica a la decisión de autorización; el MPPS, por su parte, garantiza que la entrada de los medicamentos en el mercado se ordene al interés general.

34 Artículo 17(5), (10) y (14) del Decreto N° 6.732 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional publicado en la Gaceta Oficial N° 39.202 del 17 de junio de 2009.

4.1. Apreciaciones políticas y sociales sobre la autorización de los medicamentos

Debido a los márgenes de incertidumbre científica siempre existentes sobre los efectos de los medicamentos, la autorización de un producto también supone la introducción de un riesgo en la sociedad. Para apreciar las circunstancias políticas y sociales en torno a la autorización de un fármaco, el MPPS debe determinar, por tanto, la tolerabilidad de la sociedad frente a tales riesgos. Para ello, debe valorarse la vulnerabilidad de ésta frente a un padecimiento y a la incertidumbre científica de su tratamiento. En nuestro criterio, mientras más graves sean los padecimientos, la sociedad se encontrará dispuesta a asumir mayores riesgos.

Por ejemplo, el cáncer y la gripe común alteran el normal funcionamiento del organismo con mayor y menor gravedad, respectivamente. Por ello, sería inaceptable que los efectos adversos de los medicamentos antigripales fueran equivalentes a los que tratan el cáncer. La sociedad no lo toleraría, pues el cáncer afecta a la salud pública y está asociado a mayores espacios de incertidumbre de forma mucho más radical que el virus de la gripe. En efecto, un paciente que padezca de una grave modalidad de cáncer, posiblemente, estará dispuesto a asumir mayores riesgos asociados a un producto que mejore su situación, incluso cuando éstos causen graves efectos adversos (pérdida del cabello, decoloración de la piel, adelgazamiento, malestar general, etc.). El medicamento, en este caso, no producirá un mayor efecto adverso que el que puede generar la enfermedad: la muerte. A diferencia de ello, un paciente que padezca de un resfriado común, no estará dispuesto a consumir un medicamento que provoque mayores riesgos que los que genera la enfermedad. Consideramos, por tanto, que la tolerabilidad de un riesgo es proporcional al tipo de enfermedad que padezca un paciente. Valoración que sólo puede realizarse desde una perspectiva política y social, atendiendo a la

posición en la que se encuentre la sociedad o, bien, un grupo de pacientes frente a un padecimiento concreto.

De esta forma, la determinación de la tolerabilidad social frente a los riesgos asociados a los productos, no es una cuestión que requiera datos puramente técnicos, sino que también exige de valoraciones políticas y sociales. Mientras sea más amplia la incertidumbre científica, resultará necesario atender razonablemente a criterios distintos de los técnicos, es decir, apreciaciones políticas y sociales que contribuyan a determinar si un medicamento debe ser introducido o no en el mercado.

Un caso que ilustra claramente esta situación fue el tratamiento otorgado en 2011 por la *Food and Drug Administration* (FDA) de Estados Unidos de América a las solicitudes de autorización de los medicamentos destinados a tratar el virus A/H1N1, que, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), se encontraba en grado de “pandemia” fase 6³⁵.

En ese momento la sociedad requería con urgencia de la autorización de un medicamento que contrarrestase los efectos del virus. Existía, no obstante, una amplia incertidumbre científica en relación al tratamiento del virus³⁶, por lo que la FDA autorizó la comercialización de varios medicamentos (sujetando dichas autorizaciones a estrictas técnicas de farmacovigilancia) mediante decisiones en las que la emergencia social representó un papel fundamental sobre las apreciaciones

35 Véase la definición de pandemia, en sus distintas fases, de la Organización Mundial de la Salud, en: <http://www.who.int/csr/disease/avianinfluenza/phase/es/>. Asimismo, véase también la Declaración de la Directora General de la OMS del 11 de junio de 2009, en la cual anuncia que el nivel de alerta de la gripe se eleva de la fase 5 a la 6, en: http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2009/h1n1pandemicphase6_20090611/es/index.html.

36 Declaración de la Directora General de la OMS del 24 de abril de 2009 donde manifiesta la incertidumbre científica en torno a la gripe A/H1N1: http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2009/h1n1_20090425/es/index.html.

nes técnicas³⁷. Es posible que, en circunstancias normales, la FDA hubiese retrasado la autorización de tales fármacos con el fin de recolectar mayor información técnica. Sin embargo, la realidad social exigía que se tratara el caso con inmediatez, en atención a criterios adicionales a los puramente técnicos.

Este tipo de circunstancias permiten perfilar cuáles son los riesgos que la sociedad se encuentra dispuesta a asumir en un caso concreto, determinables mediante criterios de experiencia, de percepción de los intereses sociales o de la gravedad de la enfermedad que el medicamento pretenda tratar.

En nuestro criterio, puede concluirse que las apreciaciones políticas y sociales sobre los medicamentos no constituyen valoraciones de tipo accesorio o secundario, pues, sólo a través de éstas es que puede determinarse la tolerabilidad social de los riesgos asociados a los productos, así como la conveniencia de introducir un medicamento en el mercado. Incluso, es posible que estas últimas valoraciones resulten determinantes cuando exista una amplia incertidumbre científica asociada a los efectos de un producto. En tales situaciones, mientras mayor sea la zona de incerteza, será más necesario prestar razonable atención a criterios sociales o económicos, con el objeto de completar el vacío técnico existente y determinar la razonabilidad de los riesgos.

4.2. La relación entre los dictámenes técnicos del Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel” y las decisiones del Ministro del poder Popular para la Salud

37 La FDA autorizó mediante revisión prioritaria y acelerada, la comercialización de los medicamentos Tamiflu, Relenza, Symmetrel y Flumadine para el tratamiento del virus A/H1N1. Véanse las autorizaciones de estos productos en el registro federal de medicamentos: <http://www.accessdata.fda.gov/scripts/cder/drugsatfda/>.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, nos parece necesario aclarar las relaciones existentes entre las apreciaciones del INHRR y el MPPS en el procedimiento de registro sanitario, con el fin de determinar las conexiones existentes entre ellas:

En primer lugar, el dictamen científico del INHRR recae sobre la zona de certeza que, de acuerdo al conocimiento científico, es posible apreciar sobre la eficacia, seguridad y calidad de los medicamentos. No obstante, el MPPS puede llegar a una conclusión distinta a la del INHRR respecto a la conveniencia de introducir un medicamento en el mercado, en virtud de que este último dictamen técnico no es de carácter vinculante para el MPPS quien detenta exclusivamente la potestad de autorización.

En segundo lugar, existe, como hemos dicho, una zona de incertidumbre imposible de precisar mediante el conocimiento científico. Es decir, si bien los expertos pueden arrojar criterios científicos objetivos sobre la eficacia, seguridad y calidad de un fármaco, existe un espacio sobre el que la ciencia no puede pronunciarse con precisión, sino a través de pronósticos y predicciones. Resultando, por ello, necesario que el MPPS valore la tolerabilidad de la sociedad frente a la autorización de un medicamento vinculado a tales espacios de incertidumbre sobre sus efectos (riesgos)³⁸.

El MPPS siempre podrá, en nuestro criterio, rechazar las recomendaciones técnicas sobre la autorización de un medicamento por parte del INHRR. La labor del MPPS se manifiesta, así, como señalamos anteriormente, mediante dos tipos de actuaciones administrativas en la fase de decisión: Primero,

38 Sobre este tipo de conceptos jurídicos indeterminados con espacios de discrecionalidad, véase BACIGALUPO, M.: Ob. Cit., p. 203 y ss.; DESDENTADO DAROCA, E.: *Los problemas del control judicial...*, p. 61 y ss., y *Discrecionalidad administrativa...*, p. 139 y ss.; y CIRIANO VELA, C.: Ob. Cit., p. 138 y ss.

debe apreciar la suficiencia, coherencia y pertinencia de los conocimientos científicos dirigidos a concretar los conceptos jurídicos indeterminados de eficacia, seguridad y calidad. Y, luego, realiza apreciaciones políticas y sociales sobre la tolerabilidad de la sociedad frente a los riesgos asociados a los medicamentos.

V. CONCLUSIONES

- (i) La aplicación del conocimiento científico en el proceso de invención y desarrollo de fármacos, impide precisar todos los efectos que éstos generan. Tal incertidumbre se encuentra presente en todas sus fases: desde el diseño de las moléculas y la ejecución de los ensayos preclínicos y clínicos, hasta su comercialización. En efecto, las pruebas practicadas con el objeto de determinar la eficacia, seguridad y calidad de los medicamentos son limitadas y no alcanzan a anticipar el variado conjunto de interacciones y circunstancias que pueden darse tras su comercialización. Por esto, puede concluirse, en primer lugar, que la decisión de autorización de comercialización de nuevos medicamentos supone la introducción de determinados riesgos en la sociedad.
- (ii) La anterior realidad constituye el principal fenómeno al que debe enfrentarse el legislador y los organismos reguladores mediante el régimen de autorización de nuevos medicamentos. En el sistema venezolano, el legislador ha diseñado programas normativos abiertos y de naturaleza finalista (*“la autorización de medicamentos que cumplan con condiciones de eficacia, seguridad y calidad”*) con el objeto de que sean concretados y racionalizados por el INHRR y el MPPS a través del procedimiento administrativo de registro sanitario.

- (iii) Las expresiones de “eficacia, seguridad y calidad” previstas en la Ley de Medicamentos constituyen conceptos jurídicos indeterminados que requieren para su concreción de la recolección de datos objetivos, así como de las tesis científicas más representativas y actualizadas. Sin embargo, en la práctica, no siempre es posible asegurar con evidencias determinantes e invariables el cumplimiento de la eficacia, seguridad y calidad de los medicamentos, lo que impide que pueda realizarse la evaluación científica con base a una conclusión técnica irrevocable. En este ámbito de regulación, la decisión administrativa ya no arrojará la única “solución justa”, sino el resultado más eficiente, óptimo o plausible³⁹.
- (iv) La determinación de la eficacia, seguridad y calidad de los medicamentos estará siempre vinculada a un espacio de incertidumbre científica. Debe valorarse, en este sentido, la tolerabilidad de la sociedad frente a los riesgos generados por tal vacío técnico. El legislador otorga potestades de apreciación al INHRR y al MPSS a fin de considerar, en el marco del procedimiento administrativo, las circunstancias científicas, políticas y sociales que contribuyan a establecer la conveniencia de conceder una autorización de comercialización según la comprensión integral del riesgo farmacéutico.
- (v) El nivel de tolerabilidad social es, a nuestro juicio, directamente proporcional a la gravedad de la enfer-

39 Sobre este tipo de conceptos jurídicos indeterminados con espacios de discrecionalidad, véase BACIGALUPO, Mariano: *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 203 y ss.; DESDENTADO DAROCA, Eva: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997, p. 61 y ss., y *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 139 y ss.; y CIRIANO VELA, César David: *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 138 y ss.

medad que el producto esté destinado a tratar. Por ejemplo, la sociedad se encuentra dispuesta a soportar riesgos graves vinculados a medicamentos oncológicos. No obstante, tal nivel de tolerabilidad debe considerarse reducido frente a los riesgos asociados a un producto para tratar la gripe común. Resultaría, en efecto, socialmente inaceptable que los fármacos antigripales generaran efectos adversos equivalentes a los productos para el tratamiento del cáncer (adelgazamiento crónico, decoloración de la piel, pérdida del cabello), pues la posición de vulnerabilidad de la sociedad es distinta en ambas enfermedades.

- (vi) Las valoraciones políticas y sociales realizadas por el MPPS no poseen un carácter secundario o accidental sobre la valoración de los medicamentos. A nuestro juicio, éstas contribuyen, conjuntamente con las de índole técnico, a establecer una regulación integral del riesgo. Incluso debe considerarse que en casos de amplia incertidumbre científica, las apreciaciones políticas y sociales poseen una relevancia determinante para la autorización de comercialización, pues, ante el vacío técnico producido por la situación de incerteza, deberá atenderse a criterios de experiencia, prudencia o lógica que permitan adoptar la decisión más razonable, óptima o plausible para el bienestar general.
- (vii) Las apreciaciones políticas y sociales realizadas en el curso del procedimiento administrativo por el MPPS, no sólo están dirigidas a completar el vacío técnico existente sobre los efectos de los medicamentos, sino a apreciar la razonabilidad de los riesgos englobados en dicha zona de incerteza. Con el objeto, por tanto, de reducir tales espacios de incertidumbre científica vinculada a los elementos técnicos de los medicamentos, el legislador ha diseñado cláusulas accesorias mani-

festadas por medio de técnicas de farmacovigilancia. A través de éstas, se promueve el flujo de información entre la Administración, la industria farmacéutica y la sociedad, a fin de conocer cualquier variación de la estabilidad del examen riesgo-beneficio de los fármacos con posterioridad a su autorización.

De esta manera, es posible concluir que la intensidad de las obligaciones contenidas en las cláusulas accesorias (técnicas de farmacovigilancia), dependerá del mayor o menor margen de incertidumbre existente. En atención al margen de incerteza asociado a los efectos de los medicamentos, se determinará el rigor de las obligaciones contenidas en las cláusulas accesorias a la autorización que permitan minimizar o reducir dichos espacios de incertidumbre sobre los efectos de los medicamentos.

ÍNDICE

Estudios

DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO <i>Allan R. Brewer-Carías</i>	13
EL SUPUESTO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (REALIDAD JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL EN VENEZUELA <i>Ramsis Ghazzaoui</i>	23
Introducción.....	25
I. Sobre el Sistema de Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado.....	27
II. Sobre el carácter mixto (y no objetivo y absoluto) del Sistema de Responsabilidad Patrimonial del Estado	32
LA CONCILIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA <i>Carlos Mata Coto</i>	41
I. Introducción.....	43
II. La resolución alterna de conflictos	46
III. Sobre los conflictos entre las Administraciones públicas y los administrados	50
IV. Sobre la conciliación en el Código Procesal Contencioso-administrativo costarricense.....	52
V. Conclusiones	60
VI. Bibliografía.....	61

POLÍTICA Y TÉCNICA JURÍDICA

(ALGUNAS REFLEXIONES)

<i>Henrique Meier</i>	65
I. La política jurídica	67
1. Idea general de políticas públicas.....	67
2. Las interrogantes fundamentales de una política jurídica	67
3. Las leyes en una sociedad plural: leyes pactadas.....	68
4. Los objetivos o fines de los instrumentos jurídicos ...	69
II. La técnica jurídica	74
1. La elaboración del Derecho	74
2. Criterios o reglas básicas para la elaboración de las normas jurídicas	74
3. La interpretación y aplicación del Derecho.....	75

DEMANDA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE CAMBIO

<i>Daniela Urosa Maggi</i>	89
Introducción.....	91
I. Estado social de Derecho-Administración prestacional- contencioso prestacional	91
II. Origen y evolución de la demanda de prestación de servicios públicos.....	94
III. Aspectos fundamentales de la demanda de prestación de servicios públicos	95
1. Ámbito sustantivo: precisión del concepto de servicio público a los fines de la procedencia de la demanda	95
2. Ámbito adjetivo: requisitos procesales de la demanda	96
a) Objeto	97
b) Procedimiento.....	98
c) Legitimación.....	99

IV. Problemas que impiden la efectividad de la demanda de prestación de servicios públicos	100
1. Ausencia de creación de tribunales de municipio contencioso-administrativos.....	100
2. Exigencia de agotamiento y prueba de gestiones administrativas, previa la interposición de la demanda de prestación de servicios públicos	102
3. Uso -y abuso- de la demanda de prestación de servicios públicos con fines no jurídicos ni jurisdiccionales	104
Reflexiones finales.....	106

Actualidad

SOBRE EL MECANISMO COMPLEMENTARIO DEL CIADI

<i>Hildegard Rondón de Sansó</i>	111
--	-----

LA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS Y LA INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA EN EL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN DE MEDICAMENTOS

<i>Alejandro Silva Ortiz</i>	119
------------------------------------	-----

I. Introducción.....	121
II. Régimen jurídico de autorización de nuevos medicamentos en Venezuela	124
2.1. Fases del procedimiento de registro sanitario.....	125
2.2. Condiciones para la autorización de los medicamentos. Surgimiento de la incertidumbre científica	126
III. La actividad de evaluación científica de los medicamentos por parte del Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel”	128

3.1. La evaluación de la información técnica del medicamento.....	130
3.2. La evaluación de la calidad y su incidencia en la eficacia y seguridad del medicamento	131
3.3. La evaluación de la información contenida en el etiquetado del medicamento	133
3.4. Sistema de farmacovigilancia. Técnicas de minimización o reducción de las zonas de incertidumbre científica	134
3.5. El examen riesgo-beneficio.....	136
IV. La fase de decisión de autorización por parte del Ministro del Poder Popular para la Salud	137
4.1. Apreciaciones políticas y sociales sobre la autorización de los medicamentos	138
4.2. La relación entre los dictámenes técnicos del Instituto Nacional de Higiene “Rafael Rangel” y las decisiones del Ministro del poder Popular para la Salud	141
V. Conclusiones	143

Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano

N° 4 septiembre - diciembre 2014