

INMUNIDADES DEL PODER EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

José Rafael Belandria García

*Profesor de Derecho Administrativo
en la Universidad Central de Venezuela*

Resumen: la investigación analiza cuatro sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, relacionadas con el funcionamiento de la desaparecida Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), en las que se observa un ámbito de inmunidad del poder en mensajes de datos enviados por medios telemáticos. Con base en el trabajo del Profesor Eduardo García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo", se postula la universalidad del control jurisdiccional, el cual debe abarcar inclusive los nuevos modelos de funcionamiento de la Administración Pública, basados en la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

Palabras clave: universalidad del control, Tecnologías de la Información y la Comunicación, Internet.

Abstract: the research analyzes four judgments of the Political Administrative Chamber of the Supreme Court, related to the operation of the disappeared Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), in which a power level of immunity is observed in data messages sent by electronic means. According to the work of Professor Eduardo García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo", the universality of judicial review is postulated and should even include new models of operation of the Public Administration based on the use of the Technologies of the Information and Communication.

Keyword: *universality of review, Technologies of the Information and Communication, Internet.*

Recibido: 23 de junio de 2016 **Aceptado:** 29 de junio de 2016

I

La lucha por el Derecho debe concluir por lograr esa ambiciosa, pero necesaria cota de todo Estado de Derecho, que es la de instrumentalizarse como un Estado de Justicia. Esa palabra no debe ser entendida en cualquier sentido impreciso o retórico, sino precisamente como justicia judicial plenaria. Antes de comenzar la primavera de 1962, concretamente el día 2 de marzo de aquel año, el profesor Eduardo García de Enterría dictó una conferencia en la Universidad de Barcelona (al este de España), que se publicó luego bajo el título "*La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*"¹ y se convirtió desde entonces en un célebre trabajo suyo. El Maestro español explicó allí que a partir del hecho de que el recurso contencioso administrativo conduce a un "*control arbitrado por auténticos jueces*", ocurre "*un repliegue de la Administración sobre sus propias prerrogativas y a que ésta presente la exigencia formal de que determinadas materias que le son propias han de quedar inmunes*

al control y a la fiscalización de los jueces"². Después de un recorrido por los ámbitos de inmunidad que existían en el Derecho español de aquella época (potestades discrecionales, actos de gobierno y reglamentos administrativos), el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA concluyó con las palabras expuestas al comienzo de este párrafo³.

1 Originalmente se publicó en el número 38 de la *Revista de Administración Pública* (en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=38>), que actualmente edita el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) adscrito al Gobierno español. Posteriormente se publicó en un cuaderno de Editorial Civitas, bajo la siguiente referencia: García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*. Civitas. Primera edición. Madrid, 1974. A esta edición le siguieron las de 1979 y 1983, y las reimpresiones de 1989, 1995 y 2004.

2 García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*. Civitas. Tercera reimpresión. Madrid, 2004. p. 25.

3 García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder...*, cit., pp. 107 y 108.

II.

Al otro lado de la península ibérica, en Venezuela, la vigente Constitución de 1999⁴ estableció en su artículo 259 la jurisdicción contencioso administrativa, mediante la indicación de los órganos que la conforman y las competencias de los mismos. Ese precepto es casi idéntico al artículo 206 de la derogada Constitución de 1961, salvo porque agregó la competencia para “conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos”⁵. A partir de aquella disposición constitucional, en 2010 se dictó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁶ (en lo sucesivo, LOJCA), la cual vino a llenar un hondo vacío que existía en el país en dicha materia, pues hasta entonces la misma sólo había sido regulada por la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁷ (cuando ésta fue derogada en 2004, la materia quedó en manos de la jurisprudencia).

El artículo 7 de la LOJCA estableció los órganos sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, donde se hallan: los que conforman la Administración Pública; los que conforman el Poder Público en cualquier ámbito territorial o institucional; los entes públicos no territoriales de carácter fundacional, empresarial o corporativo; los denominados consejos comunales y otras manifestaciones populares de planificación; las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional; y cualquier sujeto distinto a los anteriores que dicte actos de autoridad o ejerza la función administrativa. El artículo 8 de la LOJCA estableció asimismo el ámbito mate-

4 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 5.908 Extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.

5 Para conocer la historia de este precepto constitucional puede consultarse: García Soto, Carlos. “Incluso por desviación de poder”. Notas acerca de los orígenes de una parte de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso administrativa”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo venezolano*, núm. 3, mayo-agosto 2014. pp. 75 y ss.

6 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 39.451, de fecha 22 de junio de 2010.

7 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 1.893 Extraordinario, de fecha 30 de julio de 1976.

rial de control de la jurisdicción contencioso administrativa, que comprende la actividad administrativa desplegada por los órganos y entes mencionados en el artículo anterior, en los casos de actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos e intereses públicos o privados.

Se configuró en consecuencia el *principio de universalidad del control*, en el entendido de que “*toda relación, acto o hecho derivado de la función administrativa están sometidos al control jurisdiccional por contrariedad a Derecho*”⁸. En efecto, los actos, actuaciones y omisiones de los órganos y entes del Poder Público, están sujetos a la revisión jurisdiccional⁹ de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. El interesado por su parte tiene la posibilidad de interponer cualquier tipo de pretensión, siempre que sea idónea para conseguir el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas¹⁰.

III.

La utilización de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's) por la Administración Pública, que conduce a un nuevo modelo de funcionamiento de ésta –denominado

8 Araujo-Juárez, José. “La configuración constitucional del contencioso administrativo en Venezuela. Antecedentes, origen, evolución y consolidación”. *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 96. Caracas, 2012. p. 36. Por lo que respecta a la contrariedad a Derecho como motivo de impugnación, véase además: Subero Mujica, Mauricio. “Los Motivos de Impugnación y la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa”. *El contencioso-administrativo en el ordenamiento jurídico venezolano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2006. p. 198.

9 Torrealba Sánchez, Miguel. *La Vía de Hecho en Venezuela*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2011. p. 23.

10 Ídem.

Administración Pública electrónica, Administración Pública telemática o e-Administración-, implica nuevos desafíos para los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa en la realización del principio de universalidad del control. Al efectuar una revisión de las decisiones de los últimos años de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, es posible encontrar algunas relacionadas con ese modelo. Cuatro de ellas vinculadas al funcionamiento de la desaparecida Comisión de Administración de Divisas (CADIVI)¹¹, dictadas en los años 2009, 2010 y 2011, colocan de manifiesto la posición de la Sala en torno al referido control jurisdiccional.

La primera de esas decisiones es la núm. 1.011, de fecha 07 de julio de 2009, la cual resolvió un recurso de nulidad intentado en contra de un mensaje de datos contentivo de la negativa a una solicitud de divisas realizada por la sociedad recurrente, a CADIVI, siendo enviado dicho mensaje por medios telemáticos, a una dirección de correo electrónico¹². Para la Sala no puede atribuirse a un mensaje de datos, o a una consulta efectuada a través del sistema tecnológico empleado por las autoridades administrativas, los vicios de ilegalidad de los actos administrativos, salvo que la ley requiera que el acto se transcriba y transmita íntegramente en su forma original. Considera la Sala que en virtud de que el

“acto referido por la recurrente lo constituye el mensaje de datos obtenido por correo electrónico, (...) sobre el cual no existe obligación legal alguna para que en dicho mensaje se transcriba y transmita íntegramente en su forma original el texto de la decisión administrativa, (...) la legalidad de dicho mensaje de datos no puede impugnarse bajo el argumento de no reunir los requisitos de forma y de fondo de todo acto administrativo, como se pretende en este caso”.

11 Véase el Decreto núm. 903, de fecha 14 de abril de 2014, publicado en la Gaceta Oficial de la República núm. 40.393, de la misma fecha.

12 En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01011-8709-2009-2007-1029.HTML>

No obstante, estima la Sala

“que los particulares, luego de conocer por medios electrónicos el “Status” de su solicitud, tienen el derecho de acudir ante la Administración para solicitar la entrega del acto dictado, en caso de considerarlo necesario, como también de recurrir la decisión si por otros medios pueden conocer las razones que la motivaron”.

En ese año 2009, el día 08 de octubre, la Sala dictó una segunda decisión, que es la núm. 1.437, en la cual resolvió un recurso muy similar al anterior y reprodujo los argumentos expuestos¹³.

La tercera sentencia es la núm. 100, de fecha 03 de febrero de 2010, dictada por la Sala Político Administrativa¹⁴. En esta ocasión esa instancia conoció de un recurso de la misma naturaleza, basado en un mensaje de datos de CADIVI enviado a través de medios telemáticos, que negó las divisas solicitadas por la sociedad recurrente. Dicho órgano jurisdiccional reiteró que mal podría exigirse a la mencionada Comisión

“el cumplimiento de las formalidades previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en el correo electrónico enviado a la empresa recurrente, (...) y, en general, a cualquier información recibida por un mensaje de datos derivado de la consulta realizada en algún sistema tecnológico”.

Por último, está la sentencia núm. 1.801, de fecha 15 de diciembre de 2011, del órgano jurisdiccional en referencia¹⁵, relativa a un recurso de nulidad en contra de un mensaje de datos contentivo de una Autorización de Liquidación de Divi-

13 En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01437-81009-2009-2007-1028.HTML>

14 En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00100-3210-2010-2007-0707.HTML>

15 En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01801-151211-2011-2011-0776.HTML>

sas (ALD) de CADIVI, que ratificó el criterio expuesto en las decisiones anteriores. En concreto, la Sala consideró

“que aquellos particulares que estimen lesionados sus derechos como consecuencia de una de estas autorizaciones, deben solicitar a la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), el texto íntegro del acto de que se trate, a fin de conocer los motivos de la Administración y, por ende, poder recurrir del mismo”.

Para el Profesor José Ignacio Hernández, en esta decisión *“la Sala Político Administrativa niega todo valor al acto administrativo electrónico, al aclarar que las decisiones expresadas por la Administración a través de las TIC no son actos administrativos y, por ello, no son recurribles”*¹⁶. Dice el Profesor Hernández que es preciso

*“recordar que el objeto del proceso contencioso administrativo no es el acto administrativo escrito, sino la pretensión procesal administrativa, que puede ser deducida frente a cualquier manifestación de la actividad o inactividad de la administración (...) Por ello, la ausencia de un acto escrito no es impedimento para que el interesado acuda al contencioso administrativo, dado que, en definitiva, hay una inactividad de CADIVI que es controlable, a saber, la inactividad que consiste en no reconocer el derecho a la adquisición o liquidación de divisas”*¹⁷.

IV.

¿Quedan en consecuencia los mensajes de datos enviados por la Administración Pública a una dirección de correo electrónico, y otras formas de funcionamiento de la Administración Pública a través de las TIC's, inmunes al control jurisdiccional? La respuesta es negativa, y no puede ser de otro modo conforme al principio de universalidad del control

16 Hernández, José Ignacio. “El control judicial de la Administración electrónica. Comentarios a la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 15 de diciembre de 2011”. *Revista de Derecho Público* núm. 131, julio-septiembre 2012. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012. p. 223.

17 Hernández, “El control judicial de la Administración electrónica...”, cit., p. 224.

jurisdiccional. La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia insiste en que no puede atribuirse a ese tipo de mensajes los vicios de los actos administrativos, previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Agrega ese órgano jurisdiccional, inclusive, que los interesados luego de conocer por medios electrónicos el estado de su solicitud, tienen derecho de acudir al órgano respectivo para solicitar la entrega del acto. No obstante, ello supone –sin más– una negativa a ejercer el control jurisdiccional sobre el funcionamiento de la Administración Pública a través de las TIC's (caso particular de CADIVI), siendo un ámbito de inmunidad del poder. La situación se agrava al considerar que el funcionamiento de la Administración Pública a través de Internet (como es adecuado que lo haga a tenor de los artículos 110 y 108 de la Constitución), obra en este caso específico en perjuicio de los ciudadanos debido a la falta de garantías administrativas y la ausencia de control jurisdiccional.

V.

Hace unos años tuve la fortuna inmensa de cursar en la Universidad Complutense de Madrid, en su Departamento de Derecho Administrativo, mi doctorado en Derecho; y asimismo tuve igual fortuna de elaborar mi tesis doctoral bajo la dirección del catedrático español de Derecho Administrativo, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer¹⁸. Desde el mencionado Departamento, el Profesor Eduardo García De Enterría, en su condición de catedrático, dirigía su brillante escuela de administrativistas, que se extiende por toda España y por otros países de Europa, así como por países de América. En el Seminario de los días miércoles que se realiza en el mencionado Departamento, el cual lleva su nombre y dirige el Profesor

18 Dicha tesis fue publicada, con prólogo suyo, bajo la siguiente referencia: Belandria García, José. *El derecho de petición en España y Venezuela*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2013.

Martín-Retortillo, pude recordar una sesión destinada a tratar la *Administración Pública telemática* (hacia comienzos de 2010¹⁹), en la cual el propio Profesor García De Enterría, lúcido, sabio y entusiasta, evaluaba las transformaciones que este modelo de Administración ha traído consigo.

A partir de las enseñanzas del Maestro español, corresponde señalar que la lucha por el Derecho debe comprender el control de la totalidad de la actividad administrativa, aún frente a los desafíos derivados de los nuevos modelos de funcionamiento de la Administración Pública. La utilización de portales en Internet y la remisión de mensajes de datos a través de dicha red, no puede ser motivo para rehusar el control. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela deben evolucionar, partiendo por analizar el fenómeno de la *Administración Pública telemática* e incluir, sin cortapisas, la universalidad del control tanto en lo relativo a los órganos y entes del Estado, como a la forma de la actividad de éstos.

19 Concretamente del día 24 de marzo de 2010, siendo el título de la ponencia: *Aspectos técnicos y jurídicos de la Identidad Electrónica. Certificados Digitales y Servicios de Certificación. El DNI Electrónico*, a cargo del Profesor D. José Manuel Bocanegra Requena.