

EL DERECHO DE ACCESO A LOS  
SERVICIOS PÚBLICOS, EL ESTADO  
FALLIDO Y LA RESPONSABILIDAD  
DE LA ADMINISTRACIÓN.  
EL CASO DE LA EMERGENCIA  
HUMANITARIA COMPLEJA  
EN VENEZUELA\*

**José Ignacio Hernández G.**

*Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central  
de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello.  
Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha.  
Visiting Fellow, Center for International Development, Harvard*

*Resumen: El concepto tradicional de servicio público en Venezuela degeneró en controles centralizados que destruyeron los mecanismos del mercado y subordinaron a los ciudadanos a las políticas socialistas y predatorias implementadas desde 2005. Como resultado de lo anterior, el derecho de acceso a los servicios públicos, como alimentos y salud, fue severamente diezmado en una crisis que se convirtió en una emergencia humanitaria compleja. El colapso de los servicios públicos en Venezuela, y la grave violación de los derechos humanos que se derivó de dicho colapso, es una advertencia sobre las consecuencias negativas del concepto tradicional de servicio público.*

*Palabras clave: Servicios públicos. Fallas del mercado. Regulación económica. Emergencias humanitarias complejas. Estados fallidos.*

*Summary: The traditional concept of public service in Venezuela degenerated in centralized controls that destroyed the market mechanisms and subordinated the citizens to the socialist and predatory policies implemented since 2005. As a result,*

---

\* Este trabajo resume parte de las investigaciones realizadas en el Centro para el Desarrollo Internacional de la Universidad de Harvard, relacionadas con el proceso de recuperación económica en Venezuela.

*the right of access to public services, as food and health, was severely decimated in a crisis that evolved into a complex humanitarian emergency. The collapse of the public services in Venezuela –and the severe human rights violation that derived from such collapse- is a warning about the negative consequences of the traditional concept of public service.*

**Key words:** *Public services. Market failures. Economic regulation. Complex humanitarian emergencies. Failed states.*

Recibido: 11 de diciembre de 2019 Aceptado: 14 de enero de 2020

## SUMARIO

### Introducción

- I. La evolución del derecho de acceso de los servicios públicos en Venezuela
- II. Hacia un nuevo marco conceptual del derecho de acceso a los servicios públicos en Venezuela
- III. La violación del derecho de acceso a servicios públicos y el estado fallido en Venezuela

## INTRODUCCIÓN

En los últimos 5 años el producto interno bruto de Venezuela ha caído aproximadamente en cincuenta por ciento (50%)<sup>1</sup>. Esto implica una caída mayor a la sufrida durante la gran depresión en Estados Unidos. A ello se le agrega el colapso de las importaciones, incluso, superior al registrado en España durante su Guerra Civil. Estos datos, por si solos, permiten comprender la dimensión del desastre económico y social por el cual atraviesa actualmente Venezuela<sup>2</sup>.

El origen de este desastre se sitúa en las políticas socialistas que comenzaron implementarse en 2003, precisamente cuando el *boom* de los precios del petróleo comenzaba traducirse en el notable incremento de los ingresos fiscales petroleros: Venezuela es un Petro-Estado, entre otras razones, pues la práctica totalidad de las divisas provenientes de exportaciones derivan de la industria petrolera que el Estado maneja en monopolio. Además del incremento del ingreso petrolero, el gobierno de Hugo Chávez se favoreció del masivo endeudamiento público. Todos estos recursos provenientes de

---

1 Para una descripción general de la crisis económica venezolana, pueden verse las investigaciones adelantadas desde el Centro para el Desarrollo Internacional en: <https://growthlab.cid.harvard.edu/venezuela>

2 Hausmann, Ricardo y Santos, Miguel Ángel, *¿Cómo recuperar el bienestar de los venezolanos?*, Prodavinci, 25 de septiembre de 2017.

las exportaciones petroleras y del endeudamiento público masivo fueron utilizados por el Gobierno a través de fondos extrapresupuestarios al margen de cualquier mecanismo de control. Al mismo tiempo, la política socialista se tradujo en controles centralizados sobre la economía que llegaron incluso a masivas y arbitrarias expropiaciones y nacionalizaciones<sup>3</sup>.

En ese contexto, el Gobierno de Chávez optó por incentivar las importaciones, en especial, de bienes de consumo, lo que contribuyó al declive del sector productivo nacional, severamente afectado por los controles centralizados. La economía venezolana –y el acceso a bienes y servicios esenciales– dependió así del Gobierno, quien a través del régimen cambiario controló las importaciones. Al mismo tiempo, el Gobierno promovió programas sociales por medio de políticas clientelares, en el marco de un discurso populista.

Estas políticas socialistas se aplicaron especialmente en aquellos sectores considerados o declarado como servicio público, tales y como alimentación, salud, agua, electricidad, telecomunicaciones, vivienda y banca. Al ser considerados servicios públicos, estos sectores quedaron sometidos a controles centralizados y progresivamente a políticas clientelares. A medida que el régimen de Hugo Chávez degenerada en un populismo autoritario, el servicio público fue utilizado como justificación para promover la intervención centralizada del Estado en la economía, muy especialmente, en los sectores de alimentación y salud.

La bonanza petrolera y el sobreendeudamiento impidieron a la población valorar las dramáticas consecuencias de esas políticas socialistas. Pero esas consecuencias eran claras, al menos, para aquellos que podían ver más allá de la ilusión de

---

3 Véase lo que exponemos más adelante, en relación con los rasgos del modelo socialista implementado desde 2005.

riqueza. Tal y como en 2004 señaló el profesor Allan R. Brewer-Carías, homenajeado en esas Jornadas<sup>4</sup>:

“Pero de golpe, todos nos hemos despertado con una realidad que nunca antes habíamos aprehendido, y es que somos un país pobre, donde el único rico es y ha sido el Estado, propietario público del subsuelo minero y petrolero desde los tiempos de las Ordenanzas de Nueva España; y ahora, incluso, inmensamente rico dado el nivel de los precios a los que ha llegado el barril de petróleo, nunca antes conocidos. Y es precisamente con ese Estado rico petrolero, conducido durante los últimos años en medio de una política económica que no llega a definirse, cuando paradójicamente estamos tomando conciencia de los altos niveles de pobreza que tenemos, nunca antes vistos, al punto de que comenzamos ahora a ser un país de emigrantes, incluso de quienes como migrantes llegaron en su momento a nuestras tierras”.

Esta ilusión comenzó a cambiar cuando las políticas socialistas afectaron la producción petrolera a cargo del Estado. La caída de la producción petrolera (2014) se tradujo en la caída de ingresos fiscales en un momento en el cual el Estado debía cumplir con los pagos de la deuda pública contraídas durante el boom de los precios del petróleo. Sin cuantiosos ingresos fiscales, los efectos devastadores de las políticas socialistas quedaron al descubierto.

Sin embargo, el régimen de Nicolás Maduro optó no solo por mantener las políticas socialistas, sino que, además, se aprovechó de la crisis económica para incrementar su dominación política a través de programas clientelares, basados en un discurso populista que aupó medidas claramente autoritarias, especialmente, a través del control de las actividades

---

4 Brewer-Carías, Allan, *Discurso en el acto de instalación VII Jornadas internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías” (FUNEDA)*, Caracas, 3 de noviembre de 2004.

consideradas servicio público, como la salud y la alimentación. Además, el régimen de Maduro optó por destinar los limitados ingresos en divisas al pago de la deuda, lo que llevó al recorte dramático de las importaciones, y por ende, a la contracción de la oferta de bienes y servicios. Como el sector productivo nacional había sido severamente afectado por los controles socialistas, no fue posible sustituir los productos importados con productos fabricados en Venezuela. Ello degeneró en desabastecimiento, escasez e inflación.

Sin los abundantes ingresos fiscales con los cuales el Gobierno de Chávez pudo financiar sus políticas populistas y autoritarias, los servicios públicos en Venezuela comenzaron a colapsar. Ello fue evidente no sólo en el sector eléctrico (nacionalizado a partir del año 2006) si no muy especialmente en los sectores de alimentación y salud, en los cuales los controles centralizados habían destruido la capacidad productiva en Venezuela. Así, el colapso de las importaciones derivó en un dramático recorte en el acceso a alimentos y salud necesarios para preservar la vida, la salud y la integridad y la dignidad de los venezolanos.

Este colapso no pudo ser detenido a través de los mecanismos constitucionales diseñados para prevenir los abusos de poder, pues esos mecanismos habían sido desmantelados bajo el Gobierno de Hugo Chávez, en un proceso que el régimen de Nicolás Maduro consolidó a través de la ilegítima y fraudulenta asamblea nacional constituyente instalada en julio de 2017. Sin controles efectivos, el régimen de Maduro aceleró el financiamiento monetario del déficit fiscal por el Banco Central de Venezuela, lo que llevó a la hiperinflación en Venezuela en noviembre de 2017.

El resultado de este cuadro es la *emergencia humanitaria compleja* por la cual atraviesa Venezuela actualmente, la cual se ha traducido en sistemáticas violaciones a los derechos a la vida, a la salud, a la integridad y a la dignidad de los venezola-

nos. Ello a su vez ha llevado a miles de venezolanos a huir de Venezuela, en lo que ha sido considerado una crisis migratoria de efectos regionales. De esa manera, las arbitrarias políticas socialistas implementadas desde 2003 derivaron en la *desnaturalización del derecho de acceso a las actividades consideradas como servicio público*, pese a las retóricas expresiones que en la Constitución de 1999 garantizar ampliamente el derecho de acceso a una amplia variedad de bienes y servicios.

Es por ello que el caso de Venezuela, si bien dramático y excepcional, es un buen ejemplo de las consecuencias que pueden derivar de un inadecuado régimen jurídico administrativo de las actividades consideradas servicios públicos. El rol de la Administración pública bajo los estándares de la buena administración debe ser facilitar el derecho de acceso a las actividades consideradas servicio público, todo lo cual justifica la intervención administrativa a través de técnicas de *limitación* y de *prestación*. Empero, tal intervención no puede desnaturalizar la libertad general del ciudadano para satisfacer sus propias necesidades, incluso, a través de la oferta y demanda de bienes y servicios considerados servicios públicos. De allí la relevancia de los principios de *menor intervención* y *subsidiariedad*, junto con el *análisis de costo-beneficio* de las técnicas de intervención administrativa desplegadas.

Estos estándares fueron desconocidos en Venezuela al haberse desplegado técnicas de intervención administrativas basadas en el control total y hegemónico de actividades de servicio público por la Administración Pública, la cual desnaturalizó la libertad general del ciudadano. Ello, además de crear indebidos vínculos de dependencia del ciudadano para con el Estado, promovió el colapso de la oferta total de los productos considerados servicios públicos, muy en especial, en alimentación y salud.

A los fines de analizar desde la perspectiva del Derecho Administrativo venezolano el largo y tortuoso camino que llevó

a la violación del derecho de acceso a los servicios públicos, el presente trabajo queda dividido en tres partes. La primera parte analiza la evolución del régimen jurídico del derecho de acceso a los servicios públicos en Venezuela, mientras que la segunda parte esboza nuestra propuesta para redefinir tal régimen jurídico, a los fines de evitar los riesgos derivados del concepto tradicional de servicio público, tomando a Venezuela como caso de estudio. La tercera parte expone cómo el arbitrario régimen jurídico del derecho de acceso a los servicios públicos en Venezuela degeneró en la desnaturalización de ese derecho, todo lo cual compromete la responsabilidad –nacional e internacional– de la Administración Pública y sus funcionarios.

## I. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN VENEZUELA

Esta sección analiza la evolución del derecho de acceso de los servicios públicos en Venezuela, distinguiendo cuatro etapas: (i) la visión estatista del servicio público como actividad exclusiva de la Administración Pública; (ii) la proyección de los derechos humanos en la actividad de servicio público; (iii) la liberalización del servicio público y (iv) la visión totalitaria del servicio público.

### 1. El servicio público como régimen exorbitante

El concepto de servicio público en Venezuela, influenciado por Francia, surgió inicialmente para justificar el control de la Administración Pública sobre un conjunto de actividades consideradas de interés general.<sup>5</sup> A tales efectos, el servicio

5 Sobre la visión y evolución del servicio público en Francia, entre otros, vid.: Esplugas, Pierre, *Le service public*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 73 y ss. En general, vid. Bauby, Pierre, et al (coordinadores), *Los servicios públicos en Europa*, Universidad Externado, Bogotá, 2010. Como se ha señalado, en Francia el servicio público es un mito, en el sentido que es un elemento determinante para la formación de la identidad colectiva, todo lo cual



público fue definido, desde una *perspectiva objetiva*, como la actividad orientada a satisfacer necesidades de interés general; desde una *perspectiva subjetiva*, el servicio público fue definido como la actividad que, por satisfacer necesidades de interés general, es *asumida* por el Estado para garantizar su prestación en condiciones de igualdad, regularidad y mutabilidad<sup>6</sup>.

De antemano, estos conceptos ponen en evidencia la imprecisión del concepto de servicio público, pues no queda claro cuáles son las “actividades de interés general” que deben ser calificadas como “servicios públicos”. Si a ello le agregamos el carácter expansivo del interés general, entonces, podrá comprenderse por qué el servicio público ha sido en Venezuela un concepto impreciso que, sin embargo, tiende a ampliarse a diversas actividades económicas.

Ahora bien, en Venezuela el servicio público ha sido tradicionalmente definido desde una posición subjetiva, o sea, como las actividades que al satisfacer necesidades de interés general son asumidas por el Estado a través de la Administración Pública. De ello resulta que el servicio público es una *actividad administrativa*, o sea, una actividad propia de la Administración Pública que ésta gestiona bajo un régimen de Derecho Administrativo, esto es, un régimen exorbitante del Derecho Común. El servicio público, como actividad administrativa, entraña de esa manera la restricción a la libertad general del ciudadano, en tanto la actividad de servicio público queda imbuida dentro de la esfera de lo público –aun cuando el sector privado pueda

---

explica lo impreciso de su noción. Cfr.: Chevalier, Jacques, *Le service public (Que sais-je ?)*, P.U.F., París, 2015, p. 4.

6 Sobre el concepto tradicional del servicio público en Venezuela, puede verse a Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, décima edición, Caracas, 2001, pp. 203 y ss. En cuanto al rol del servicio público en la definición del Derecho Administrativo venezolano, vid. Araujo-Juárez, José, *Introducción al Derecho administrativo constitucional*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 18 y ss.

gestionar el servicio público en nombre y cuenta de la Administración Pública, a través de la llamada *concesión administrativa de servicio público*<sup>7</sup>.

Con influencia en Duguit, este concepto tradicional de servicio público se enfocó en el rol que el Estado debía atender, con lo cual, puede ser identificado como un concepto *estatista*, en el sentido que gira en torno al rol que el Estado siempre cumple respecto de las actividades declaradas o consideradas de servicio público<sup>8</sup>. Por ello, de este concepto derivan varias consecuencias que convendría detallar.

- Así, en *primer lugar*, la actividad declarada o considerada servicio público queda excluida de la libre iniciativa privada, en el sentido que solo la Administración Pública puede gestionar directa o indirectamente tal actividad. Como resultado de lo anterior, los bienes y servicios considerados “servicios públicos” se excluyen de los mecanismos de mercado –ellos no pueden ser libremente intercambiados por la iniciativa privada<sup>9</sup>.

7 El estudio fundamental sobre el servicio público en Venezuela es el artículo de Allan R. Brewer-Carías “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, en *Revista de Derecho Público número 6*, Caracas, 1981, pp. 65-71.

8 Duguit esbozó el concepto de servicio público anclado en la solidaridad social, y por ello, en el rol del Estado orientado a satisfacer necesidades de interés general (*Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, segunda edición corregida y aumentada, Francisco Beltrán, Madrid, 1920, pp. 17 y ss.). Es por ello que el concepto de Duguit se basa en la oposición entre servicio público y libertad, de lo cual surge que el concepto de servicio público es un riesgo a la libertad. Cfr.: Delvolvé, Pierre, “Services publics et libertés publiques”, en *Revue Française de Droit Administratif, número 1*, París, 1985, pp. 1 y ss. Véase en general a Santofimio, Jaime Orlando, “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo No. 5*, Bogotá, 2011, pp. 43 y ss.

9 A los fines de este trabajo, entendemos por “mecanismos de mercado” el conjunto de arreglos que permiten el intercambio de bienes y servicios basados en la libertad económica, regida principalmente por el Derecho Privado. El concepto tradicional del servicio público se basó en la exclusión de la libertad económica y por ende del Derecho Privado, pues las

Esto no implica, se aclara, que la gestión del servicio público sea siempre y en todos los casos una gestión bajo monopolio del Estado. Ciertamente la iniciativa privada podrá gestionar actividades de servicio público, pero no lo hará en ejercicio de su libertad, sino bajo los términos y condiciones impuestos por el Estado.

- En *segundo lugar*, el régimen jurídico de la actividad de servicio público queda sustraído del Derecho Privado, para pasar a ser gobernado por el Derecho Administrativo. Precisamente por ello, el servicio público ha sido empleado en Venezuela como un criterio para delimitar el ámbito del Derecho Administrativo<sup>10</sup>.
- Por último, y en *tercer lugar*, el concepto de servicio público tradicional se enfocó en el Estado, con lo cual, los particulares –como usuarios– quedaron relegados a meros beneficiarios pasivos de las prestaciones a cargo de la Administración Pública. Como consecuencia de ello, el control judicial de los derechos del ciudadano frente a los servicios públicos –en particular, el derecho de acceso al servicio público– se limitó a las demandas patrimoniales derivadas de los daños y perjuicios ocasionados por la Administración Pública en su activi-

---

actividades declaradas o consideradas servicio público eran reguladas por el Derecho Administrativo. Debido a su amplitud, el concepto de servicio público en Venezuela no solo se ha extendido a actividades prestacionales –como la educación y la salud– sino también, a la provisión de bienes –como los alimentos.

10 Cfr.: Peña Solís, José, “La actividad administrativa de servicio público: aproximación a sus lineamientos generales”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani, Tomo II*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 425 y ss. En Venezuela éste ha sido el concepto prevalente, con excepciones que cuestionan la supuesta incompatibilidad entre el servicio público y la libertad de empresa. Cfr.: Hernández-Mendible, Víctor, “Los Servicios Públicos Competitivos y la Libertad de Empresa”, en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos. Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 313 y ss.

dad de servicio público, típicamente a través del sistema de *responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos*<sup>11</sup>.

## 2. El derecho de acceso a los servicios públicos y su tutela judicial

El concepto tradicional de servicio público comenzó a cambiar debido a la protección de los derechos humanos relacionados con la actividad administrativa de servicio público, tanto desde un punto de vista sustantivo como desde un punto de vista procesal. Así, diversas Leyes comenzaron a reconocer un conjunto de derechos del ciudadano relacionados con el acceso a los servicios públicos, lo cual permitió que el concepto de servicio público comenzara a girar en torno al ciudadano, y no tanto en torno al Estado<sup>12</sup>.

A este proceso contribuyó la Constitución de 1999, que amplió notablemente el catálogo de los llamados *derechos sociales*, y que en realidad son *derechos prestacionales*, esto es, derechos fundamentales cuya satisfacción requiere prestaciones a cargo de terceros, como el derecho a la salud, a la vivienda, a la educación y a la alimentación<sup>13</sup>. Existe así una clara correlación entre las actividades declaradas o considera-

11 En general, vid.: Rondón de Sansó, Hildegard, "Ampliación del ámbito contencioso-administrativo", en *Revista de Derecho Público* N° 22, Caracas, 1985, pp. 33 y ss.

12 Véanse nuestras apreciaciones en la obra dirigida por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva general*, Villanueva Centro Universitario, La Coruña, 2008, pp. 109 y ss.

13 Sobre los derechos prestacionales, indebidamente denominados derechos sociales, vid.: Cossio Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 44-47. Véase entre otros a Rivero Ortega, Ricardo, *Manual de Derecho Administrativo Económico*, Marcial Pons, 2015, pp. 144 y ss. En Venezuela, la recepción de los derechos prestacionales ha sido cuestionada por un sector de la doctrina, que considera que, por su ambigüedad, no se trata de derechos justiciables, siendo que además ellos promueven la intervención pública planificada en la economía. Lo cierto es la que jurisprudencia ha restringido la tutela judicial directa de tales derechos. Vid.: Hernández G., José Ignacio,

das servicios públicos y los derechos sociales reconocidos en la Constitución. Con lo cual, en la práctica, el concepto de servicio público se vinculó con las actividades orientadas a satisfacer tales derechos sociales<sup>14</sup>.

Este planteamiento coincide con el Derecho Comparado, en el cual se ha reconocido la existencia del derecho de acceso a los servicios públicos, esto es, el derecho de acceso a bienes y servicios considerados esenciales<sup>15</sup>. El contenido y alcance de ese derecho solo puede ser determinado en cada caso concreto, en especial, en lo que respecta a la calificación de los bienes y servicios que pueden ser calificados como esenciales o si se quiere, como servicios públicos<sup>16</sup>. Pero más allá de ello, tal derecho pone en realce la existencia de bienes y servicios cuya oferta no puede depender del mercado, en el sentido que el Estado no puede permanecer indiferente a las fallas del mercado en proveer tales bienes y servicios en condiciones adecuadas. Sin embargo, como lo ha puesto en evidencia el Derecho Administrativo Europeo, tal garantía de acceso no es necesariamente

---

*Derecho Administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 234 y ss.

- 14 Esta vinculación no fue inicialmente explícita. En realidad, se trató más bien de una consecuencia práctica: las actividades que tradicionalmente se habían considerado servicio público –la educación, por ejemplo– quedaron vinculadas con derechos sociales reconocidos en la Constitución de 1999. Por ejemplo, vid.: Herrera, Carlos Eduardo, “La educación en Venezuela como derecho de libertad y como derecho prestacional”, en *Revista electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 3, Caracas, 2014, pp. 99 y ss.
- 15 Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “El derecho de acceso a los servicios de interés económico general (El artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 677 y ss.
- 16 La expresión “bienes y servicios esenciales” es bastante imprecisa. Con ella, en todo caso, queremos aludir a los bienes y servicios que el Estado –por disposiciones de su Derecho interno o del Derecho Internacional– debe garantizar, y que se asocian a derechos prestacionales. En todo caso, y a diferencia del servicio público –cuyo concepto tradicional remite a una actividad administrativa– el concepto de bienes y servicios esenciales no predetermina un monopolio a favor de la Administración Pública.

incompatible con el mercado; por el contrario, esa garantía puede satisfacerse por los mecanismos de mercado, o por la Administración Pública, ante fallos de mercado<sup>17</sup>.

Ahora bien, a pesar de que la Constitución de 1999 reconoció el principio de co-iniciativa (en el sentido que las prestaciones asociadas a los derechos sociales pueden ser asumidas por el sector público y privado) en la práctica, predominó el sesgo estatista de la Constitución, pues la satisfacción de tales derechos prestacionales fue asumida como función propia del Estado a través de la Administración Pública. Como resultado de ello, el concepto de servicio público se amplió a las actividades orientadas a dar satisfacción a los llamados derechos sociales<sup>18</sup>.

Ahora bien, la ampliación del catálogo de derechos relacionados con actividades de servicio público llevó a ampliar, también, los cauces de protección judiciales de tales derechos. Así, la jurisdicción contencioso-administrativa asumió la competencia para conocer de cualquier pretensión relacionada con la prestación –o deficiencia en la prestación– de servicios públicos, en lo que se conoce como *contencioso de los servicios públicos*, de acuerdo con el artículo 259 de la Constitución de 1999. Esta ampliación permitió no solo formular pretensiones de condena por daños y perjuicios derivados de la indebida prestación de actividades de servicio público, sino además, permitió formular pretensiones de condena no-patrimoniales, a los fines de obligar judicialmente al proveedor de servicios

---

17 La regulación de los “servicios de interés económico general” ha demostrado que el derecho de acceso a esos servicios puede alcanzarse por los mecanismos de mercado, y en caso de fallas en tales mecanismos, por las técnicas de intervención administrativa desplegadas conforme a los principios de menor intervención y subsidiariedad. Véase, entre otros, a Laguna de Paz, Juan Carlos, “Los servicios de interés general en la Unión Europea”, en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* N° 76, 2016, pp. 19 y ss.

18 Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, Tomo II*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 818 y ss.

públicos a garantizar efectivamente el derecho de acceso a tales servicios<sup>19</sup>.

Adicionalmente, la Constitución de 1999 amplió el derecho a la tutela judicial efectiva hacia los denominados *derechos difusos y colectivos*, esto es, derechos suprapersonales que permiten la protección judicial de situaciones que abarcan a un colectivo de personas. Esta tutela judicial se canaliza a través de la denominada *demandas de intereses difusos y colectivos*, la cual permite la protección judicial del derecho de acceso a los servicios públicos por parte de determinada colectividad o grupo social<sup>20</sup>.

De esa manera, y en conclusión, la Constitución de 1999 amplió el grado de protección del derecho de acceso a los servicios públicos a través del denominado contencioso de los servicios públicos y de la demanda de intereses difusos y colectivos. Pero al mismo tiempo, y como resultado de la proliferación de derechos sociales reconocidos bajo un carácter estatista, la citada Constitución promovió la expansión del concepto estatista de servicio público.

### 3. La liberalización parcial de servicios públicos

Otro de los cambios importantes del concepto de servicio público en Venezuela, entre 1999 y 2002, afectó al concepto

---

19 Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, cit., pp. 456 y ss. Debido a la imprecisión conceptual del servicio público, este sistema ha degenerado en controles arbitrarios sobre empresas privadas que, en ejercicio de su libertad económica, han sido demandadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa al quedar equiparadas a la Administración Pública. En general, vid. Parés, Alfredo, "El contencioso de los servicios públicos", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 12, Caracas, 2001, pp. 271 y ss.

20 Badell Madrid, Rafael, *La protección de los intereses colectivos o difusos en Venezuela. Class Action*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, pp. 93 y ss. En la práctica, sin embargo, este medio de tutela judicial ha degenerado igualmente en controles arbitrarios sobre empresas privadas, como se explica más adelante.

tradicional de servicio público, con clara influencia del Derecho Europeo. Como vimos, el concepto tradicional de servicio público se basa en la centralidad del Estado pues la Administración Pública es responsable por la gestión del servicio público, el cual queda así sustraído de los mecanismos de mercado. La llamada crisis del Estado social –basada en la inviabilidad financiera de servicios públicos financiados exclusivamente con recursos públicos– llevó a lo que se conoció como el “nuevo concepto” de servicio público, en el cual la iniciativa privada fue empoderada para emprender, directamente, actividades consideradas servicio público<sup>21</sup>.

De acuerdo a este nuevo concepto de servicio público, algunas de las actividades que eran consideradas servicios públicos –y que por ende, habían quedado sometidas al régimen exorbitante propio del concepto tradicional antes tratado– fueron objeto de reformas legislativas por medio de las cuales se reconoció a la inversión privada el derecho a emprender tales actividades, de acuerdo con la *regulación* orientada a dos objetivos, a saber, (i) atender los fallos de mercado que afectan la competencia efectiva y (ii) asegurar la prestación universal

---

21 El estudio básico en la materia es el célebre artículo de Ariño Ortiz, Gaspar, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)”, en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 17 y ss. Véase, con una visión crítica, a Carro Fernández-Valmayor, José Luis, “Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, cit., pp. 585 y ss. Sobre el marco regulador del nuevo servicio público, basado en el análisis económico y la teoría de los fallos de mercado, vid. De la Cruz Ferrer, Juan, *Principios de regulación económica en la unión europea*, Institutos de Estudios Económicos, Madrid, 2002, p. 153. Véase también, entre otros, a Cassagne, Juan Carlos, “El futuro de los servicios públicos”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Luis H. Fariás Mata*, Tomo I, Caracas, 2006, pp. 91 y ss., así como Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, “Los servicios públicos: vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1903 y ss.



de ciertos servicios básicos. Tal fue el caso de la reforma de los sectores de electricidad, telecomunicaciones y gas, que de un régimen exorbitante del Derecho Común, quedaron sometidos a un régimen orientado a la libertad económica<sup>22</sup>. Estos cambios permitieron realzar la importancia de la *regulación* en el estudio de las técnicas de intervención de la Administración Económica<sup>23</sup>.

El nuevo concepto de servicio público, sin embargo, mantuvo cierto anclaje en el marco jurídico del servicio público tradicional, lo cual implicó no pocas contradicciones. En especial, el derecho de acceso a los servicios públicos –como derecho tutelable por la justicia administrativa– fue reconocido incluso respecto al nuevo servicio público, lo que implicó que empresas privadas comenzaron a ser juzgadas por la justicia administrativa ante reclamos formulados por los usuarios. Lo propio sucedió con la demanda de intereses difusos y colec-

---

22 Cfr.: Brewer-Carías, Allan, “El régimen constitucional de los servicios públicos”. en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)*, Caracas 2002, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2003, pp. 19 y ss.

23 Al superarse la visión tradicional del servicio público, se admitió que la intervención administrativa no se limitaba a la gestión del servicio público, sino que además, debía abarcar la llamada actividad administrativa de regulación, concepto influenciado por la doctrina de Estados Unidos de América. Por ello, actualmente el estudio de la regulación forma parte de la temática del Derecho Administrativo Económico en Iberoamérica. Cfr.: Laguna de Paz, Juan Carlos, *Derecho Administrativo Económico*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2016, pp. 31 y ss.; Muñoz Machado, Santiago, “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en *Regulación. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 15 y ss., y Vergara Blanco, Alejandro, *Derecho Administrativo Económico*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, pp. 29 y ss. En cuanto al impacto del concepto de regulación en el nuevo concepto de servicio público, vid.: Zegarra, Diego, *El servicio público. Fundamentos*, Palestra, Lima, 2010, pp. 200 y ss. Véase también a Huapaya, Ramón, “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la regulación” (*Ius et Veritas* N°40, Lima, 2010, pp. 302 y ss.).

tivos, en tanto la jurisprudencia admitió que tales demandas podían formularse en contra de empresas privadas en sectores como la banca y las telecomunicaciones. Inevitablemente, ello derivó en la indebida aplicación a empresas privadas de reglas diseñadas para la Administración Pública en detrimento de la libertad de empresa<sup>24</sup>.

#### **4. La concepción totalitaria del servicio público y la dependencia del ciudadano a la Administración Pública**

La recepción del nuevo concepto de servicio público en Venezuela, en realidad, fue tan solo momentánea. Así, en 2002 el Tribunal Supremo de Justicia configuró el concepto de servicio público a partir del control total del Estado, lo cual amplió el concepto de servicio público como instrumento de control de la sociedad por parte de la Administración Pública<sup>25</sup>.

En efecto, de acuerdo con el Tribunal Supremo de Justicia, el concepto de servicio público debía ser interpretado al amparo de la cláusula del Estado Social, pero interpretando ésta como una norma que en sentido amplio habilita al Estado –y en especial, a su Administración Pública- a promover condiciones reales de igualdad sobre la base de una pretendida “lucha de clases”. A partir de ese razonamiento, el Gobierno comenzó a implementar un conjunto de políticas públicas basadas en la planificación central de la economía, que desde 2005 fueron denominadas como “transición al socialismo”<sup>26</sup>.

---

24 Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, cit.

25 Sentencia de la Sala Constitucional N° 85/2002, de 24 de enero. Vid.: Hernández G., José Ignacio, “Reflexiones en torno al servicio público como paradigma del Estado Social en el Derecho Venezolano. A propósito de la ordenación de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda”, en *Jurídica* N° 3, Universidad Arturo Michelena-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Valencia, 2006, pp. 91 y ss.

26 A.A.VV, *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, UCAB, 2011.

Las políticas de transición al socialismo ampliaron la intervención administrativa sobre las actividades declaradas o consideradas servicio público, al margen de las garantías jurídicas de la libertad de empresa. Además, la Administración Pública implementó arbitrarias políticas de expropiaciones y nacionalizaciones que consolidaron a la empresa pública como el instrumento de gestión de los servicios públicos, desnaturalizando el derecho de propiedad privada. Asimismo, se implementaron políticas de control del precio de tales servicios público, lo que afectó su rentabilidad y sostenibilidad. Como resultado de ello, se reforzó la concepción estatista del servicio público, afectándose el funcionamiento de los mecanismos de mercado para el intercambio de los bienes y servicios considerados –genérica y ampliamente– servicios públicos<sup>27</sup>.

La ampliación del concepto de servicio público se llevó a diversas actividades económicas por medio de controles arbitrarios. Así, por ejemplo, la banca fue considerada servicio público para justificar el control centralizado orientado a la promoción del modelo socialista<sup>28</sup>. En el sector de alimentación, la declaratoria de servicio público justificó la implementación de arbitrarias políticas de expropiación<sup>29</sup>. En el sector eléctrico, el servicio público se justificó para desarticular la liberalización de 1999 y promover la nacionalización del sector<sup>30</sup>.

---

27 Hernández G., José Ignacio, *Reflexiones sobre la Constitución económica y el modelo socio-económico*, FUNEDA, Caracas, 2008.

28 Morles Hernández, Alfredo, *La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

29 Grau, Gustavo, "La participación del sector privado en la producción de alimentos como elemento esencial para poder alcanzar la seguridad alimentaria", en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008, pp. 417 y ss.

30 Hernández G., José Ignacio, "La regulación eléctrica en Venezuela: de la liberalización a la nacionalización (1999-2009)", en *Dereito das infraestructuras: Um estudo dos distintos mercados regulados*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, pp. 210 y ss.

## II. HACIA UN NUEVO MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO DE ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN VENEZUELA

La evolución del derecho de acceso a los servicios públicos en Venezuela demuestra los riesgos derivados del concepto tradicional de servicio público. Así, la imprecisión conceptual del servicio público incentiva su expansión a diversas actividades económicas que quedan imbuidas en un régimen jurídico que propende a controles centralizados, que desnaturalizan el rol de la libertad de empresa y, en suma, colocan el riesgo el derecho de acceso de los consumidores y usuarios a los bienes y servicios considerados servicio público.

Frente a esa realidad, en la presente sección postulamos una nueva aproximación conceptual al derecho de acceso de los servicios públicos en Venezuela. Algo que, como veremos en la siguiente sección, resulta imperativo, considerando el actual colapso del derecho de acceso a los servicios públicos en Venezuela.

### 1. Superando el concepto de servicio público

El primer paso para dotar al derecho de acceso a los servicios públicos de un nuevo marco conceptual, consiste en superar el propio concepto de servicio público, que además de confuso, genera indebidos incentivos para la promoción de políticas clientelares.

Tal y como vimos, el concepto tradicional de servicio público parte, en realidad, de dos conceptos cuya interrelación no ha quedado clara: el concepto objetivo y el concepto subjetivo. En la práctica del Derecho venezolano, ambos conceptos se confunden a fin de sostener que el servicio público es toda actividad que, al satisfacer necesidades colectivas de interés general, debe ser asumida por el Estado a través de la Administración Pública. De allí precisamente que el servicio público sea concebido como una “actividad administrativa”, o sea, una

actividad propia de la Administración Pública, que como tal, queda excluida del ámbito de la libre iniciativa privada.

Tal conclusión, sin embargo, desconoce que la iniciativa privada solo puede quedar excluida en el Derecho venezolano a través de la *reserva*, entendida como la potestad del Poder Legislativo de asignar al Estado la titularidad de determinada actividad, la cual queda así excluida de la libre iniciativa privada. Al tratarse de una severa limitación a la libertad de empresa, la reserva debe ser de interpretación restrictiva. Empero, lo cierto es que el concepto tradicional de servicio público parte de reconocer la existencia de *limitaciones implícitas* a esa libertad, en el sentido que basta que una actividad sea calificada o declarada como servicio público, para que se considere que en ella la libertad de empresa ha quedado excluida o, como mucho, severamente limitada. A ello debemos agregar que, debido a la indeterminación conceptual del servicio público, inevitablemente el ámbito de esta "reserva implícita" tiende a expandirse a la par que se expande el concepto de servicio público<sup>31</sup>.

---

31 En ocasiones, la reserva ha sido también denominada *publicatio*. Cabe acotar que la reserva puede extenderse a la gestión –solo el Estado puede emprender la actividad reservada– o solo a la titularidad –con lo cual, la iniciativa privada puede participar a través de una concesión, pero no en virtud del derecho a la libertad de empresa. La principal crítica al concepto tradicional de servicio público, por ende, es que él reconoce que hay limitaciones implícitas a la libertad de empresa, en el sentido que toda actividad declarada o calificada como servicio público, implícitamente, queda afectada por la *publicatio*. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 89 y ss. A favor de la existencia de reservas implícitas derivadas del concepto de servicio público, vid. Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo, Volumen 3*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 430 y ss. Sobre ello, recientemente, vid. Brewer-Carías, Allan, "Sobre la "publicatio" en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de "actividades reservas al Estado," "utilidad pública," "interés social," "servicio público," "dominio público" y "orden público", Texto para la exposición en el XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Bases y retos de la Contratación Pública en el Escenario Global, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación

En parte, ello es resultado del propio origen de la idea de servicio público en Duguit, pues éste concibió al servicio público dentro de la nueva fundamentación socialista del Estado, que no se basa en la soberanía sino en la solidaridad social. Con lo cual, la idea de servicio público comprende a las actividades económicas que, en virtud de la solidaridad social, no pueden ser confiadas a la libertad individual entendida como derecho subjetivo; por el contrario, el servicio público solo da lugar a situaciones objetivas. De allí que, en el concepto tradicional, el concepto de servicio público siempre implica la exclusión o severa limitación de la libertad económica y, por ende, de los mecanismos de mercado.

Con lo cual, en realidad, bajo una adecuada interpretación constitucional, la sola calificación de una actividad como servicio público, por la Ley, es una declaratoria inútil. Por un lado, debemos rechazar que esa sola calificación implique la reserva de la actividad al Estado, pues esa reserva debe ser expresa; tampoco puede admitirse que basta tal calificación para habilitar a la Administración Pública a limitar el ejercicio de la libertad, en tanto esa libertad solo puede limitarse mediante declaración expresa de Ley. Con lo cual, el concepto de servicio público es inútil pues, bajo el Estado de Derecho, su sola invocación por el Legislador no conduce a ninguna consecuencia jurídica precisa. De allí, insistimos, la crítica al concepto tradicional de servicio público, que asume que toda actividad calificada o considerada como servicio público, por esa sola razón, pasa a ser una actividad privativa de la Administración Pública.

De todo ello resulta que el concepto tradicional de servicio público, además de iliberal, es inevitablemente estatista, sin que sea posible –en nuestra opinión– preservar ese concepto pero reconociendo la vigencia de la libertad económica, que es lo que se ha intentado hacer con el concepto de “nuevo servi-

---

Dominicana de Derecho Administrativo, Fundación Institucionalidad y Justicia, Santo Domingo, 3 de octubre de 2017. Consultado en original.

cio público”<sup>32</sup>. Por el contrario, pareciera que lo prudente es desechar el servicio público como concepto, reconociendo sin embargo que respecto de ciertas actividades económicas la Administración Pública puede intervenir bajo dos modalidades: (i) para ordenar y limitar el ejercicio de esas actividades por la iniciativa privada, y (ii) para gestionar directamente esas actividades económicas<sup>33</sup>. Conviene explicar esta propuesta.

En su sentido tradicional, el servicio público es un concepto que remite siempre a la actividad administrativa, lo que supone reconocer que las actividades de servicio público siempre pertenecen al ámbito del sector público y no del sector privado, y que en todos los casos la Administración Pública debe gestionar el servicio público, directamente o indirectamente a través del concesionario. Frente a esa visión, proponemos desechar el concepto de servicio público como actividad administrativa, pero manteniendo el deber del Estado de intervenir para garantizar el acceso a ciertas actividades económicas, de acuerdo a lo previsto en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional. Tal intervención estatal, por medio de la Administración Pública, solo puede asumir dos manifestaciones.

Por un lado, el Estado puede intervenir para asegurar el eficiente intercambio de los bienes y servicios a través de los mecanismos de mercado, ello, a través de la *actividad administrativa de limitación*, la cual se dirige a garantizar el derecho de acceso a tales bienes y servicios. Así, por ejemplo, el

---

32 Hernández G., José Ignacio, “Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española”, en *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 887 y ss.

33 En suma, la actividad de la Administración Económica puede reconducirse a dos modalidades: la actividad de limitación (cuando la Administración Pública restringe la esfera jurídica del ciudadano) y la actividad de prestación (cuando la Administración Pública asume la oferta de bienes y servicios). Cfr.: Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico, Tomo I*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 50 y ss.

Estado puede intervenir a través de la Administración Pública para regular el intercambio de alimentos. Por el otro lado, el Estado puede intervenir para ofertar directamente bienes y servicios a los fines de garantizar su acceso, a través de la *actividad administrativa de prestación*. Es el caso, por ejemplo, de la importación, producción y comercialización de alimentos asumida por la Administración, o de la actividad de fomento dirigida a subsidiar a la oferta o demanda privadas de alimentos.

Como se observa, no existe como tal una actividad administrativa de servicio público. En realidad, frente a las actividades que han sido consideradas servicio público, la Administración Pública solo puede desplegar los dos cauces de actividad ya señalados: actividad de limitación o actividad de prestación. Ello, recordando que la actividad de limitación queda informada por el principio de legalidad, que exige la habilitación legal expresa para limitar la libertad económica. Con lo cual, la calificación de determinada actividad como servicio público, insistimos, no habilita a la Administración Pública para limitar el libre intercambio, pues esa limitación debe derivar de la expresa previsión legal<sup>34</sup>.

Nótese que esta propuesta supone superar el impreciso marco conceptual del servicio público, pero no niega la justificación de la intervención de la Administración Pública garantizando el acceso a ciertas actividades de interés general que han sido consideradas o declaradas servicio público. No obstante, al prescindir del impreciso marco conceptual del servicio público, se acotan los cauces de intervención de la Administración Pública en beneficio del principio de certidumbre y en protección de las garantías jurídicas de la libertad

---

34 Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, Tomo I, cit.



de empresa, que en suma, dimana de la libertad general del ciudadano, como se explica de seguidas<sup>35</sup>.

## **2. Hacia el diseño de políticas públicas que permitan a la Administración garantizar el acceso a bienes y servicios considerados servicios públicos en concordancia con los mecanismos de mercado**

### *A. La compatibilidad entre las actividades de servicio público y los mecanismos de mercado*

Otra de las críticas del concepto tradicional de servicio público es que, de manera irreflexiva, se asume que los bienes y servicios considerados servicios públicos no pueden ser libremente intercambiados a través de mecanismos de mercado, sino que por el contrario, deben quedar sometidos a mecanismos de intercambio regidos por la Administración Pública a través del “régimen exorbitante”.

Esta consecuencia ignora que el mecanismo de mercado permite la asignación eficiente de recursos y que, por ello, en *condiciones determinadas*, la eficiencia se alcanza a través del libre intercambio de bienes y servicios. Esto quiere decir que, bajo esas condiciones, el intercambio de bienes y servicios tiende al *equilibrio competitivo*, generándose así condiciones de eficiencia<sup>36</sup>.

---

35 Véase en general: Villar Ezcurra, José Luis, “Los cauces de la intervención administrativa”, en *Don Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 300 y ss.

36 Este equilibrio supone, en todo caso, que no toda la demanda será atendida al precio competitivo, o sea, al precio de equilibrio. Como sea que las condiciones para tal equilibrio presuponen la existencia de condiciones de competencia efectiva, ello debería permitir que la demanda que no puede ser satisfecha al precio de equilibrio logre satisfacer sus necesidades a través de bienes y servicios sustitutos, o que en todo caso, la demanda no atendida genere incentivos para el incremento de la oferta, todo lo cual volverá a generar un nuevo equilibrio competitivo. Véase en general a Sti-

Sin embargo, esas condiciones no siempre están presentes, motivo por el cual los mecanismos de mercado pueden no garantizar la eficiencia. Tal es lo que se conoce como *fallos de mercado*, los cuales precisamente justifican la intervención del Estado a través de su Administración Pública, tanto a través de la actividad de prestación como mediante la actividad de limitación. En tales casos suele hablarse de *mercados incompletos*, esto es, mercados que no pueden ofrecer los bienes y servicios necesarios para atender toda la demanda al precio de equilibrio. Entre los fallos de mercado más estudiados y relacionados con el “servicio público” se encuentran las fallas de competencia derivadas del monopolio natural; externalidades positivas y los bienes públicos<sup>37</sup>.

Además de este razonamiento económico, diversos arreglos institucionales –tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Constitucional– han establecido consensos en los cuales se admite que el acceso a ciertos bienes y servicios debe ser garantizado más allá del equilibrio del mercado. Bajo la teoría de la cláusula del Estado Social, ello se relaciona con el cometido conforme al cual el Estado debe garantizar al ciudadano un *mínimo vital*, esto es, la satisfacción de un conjunto de necesidades básicas, que usualmente se relacionan con los

---

glitz, Joseph y Rosengard, Jay, *Economics of the public sector*, W.W. Norton Company, Nueva York, 2015, pp. 59 y ss.

- 37 La liberalización de servicios públicos promovida entre la década de los ochenta y los noventa, permitió a la doctrina de Derecho Administrativo Iberoamericana interesarse por esta teoría de los fallos de mercado. Entre otros, vid. Miranda Londoño, Alfonso y Márquez Escobar, Carlos Pablo, “Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la redefinición de los objetivos de la regulación”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, Tomo II*, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 141 y ss. Desde la teoría del nuevo servicio público, vid. Ariño Ortiz, Gaspar, “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”, en *Servicios públicos, regulación y renegociación*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 17 y ss., así como Ariño Ortiz, Gaspar, *et al*, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Madrid, 1999, pp. 235 y ss. En especial, vid. Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, cit., pp. 136 y s.

derechos humanos que antes fueron calificados como derechos prestacionales<sup>38</sup>. Ello también se relaciona con otra de las causas que justifican la intervención del Estado en la economía, a saber, la redistribución de riqueza, como mecanismo para atender la desigualdad socioeconómica<sup>39</sup>.

En resumen, frente a las actividades usualmente consideradas servicio público, la Administración Económica interviene con dos propósitos. En *primer* lugar, interviene para atender los fallos que impiden al sector privado intercambiar eficientemente tales bienes y servicios; en *segundo* lugar, interviene a los fines de atender situaciones de desigualdad en el acceso a los servicios públicos. Si bien hay consenso en cuanto a la pertinencia de la primera técnica, existen dudas en cuanto a la segunda, por los efectos adversos que ésta puede tener sobre la economía, de lo cual deriva la necesidad de acotar este tipo de intervención<sup>40</sup>. Particularmente desde el Derecho Internacional, lo anteriormente expuesto se ha vinculado con el *desarrollo sustentable*, que pasa por asegurar el acceso equitativo

---

38 Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, cit.

39 Además de la intervención pública económica para atender los fallos de mercado, se ha justificado que el Estado puede intervenir para redistribuir la riqueza atendiendo a situaciones de desigualdad, típicamente, a través de la actividad administrativa prestacional. Así, por ejemplo, el Estado podría suministrar alimentos, u otorgar subsidios, con el propósito de asegurar el acceso equitativo a alimentos. Cfr.: Gruber, Jonathan, *Public Finance and Public Policy*, Worth Publishers, Nueva York, 2005, pp. 3 y ss.

40 La redistribución de riqueza, al expandir el gasto público, puede generar desequilibrios económicos y además, puede crear incentivos adversos a la eficiencia. En todo caso, de acuerdo con la teoría de la economía del bienestar –que promueve la maximización de beneficios a través de la eficiencia- la asignación inicial de recursos por el Estado, por ejemplo, como medida de fomento administrativo para satisfacer ciertas necesidades, puede canalizarse eficientemente a través del mecanismo de mercado, el cual podría así encargarse de la eficiente asignación de esos recursos. Cfr.: Mankiw, N. Gregory, *Principles of economics*, South-Western, Mason, 2012, pp. 280 y ss.

a ciertos bienes y servicios, particularmente, en materia de alimentación y salud<sup>41</sup>.

El derecho a la alimentación es buen ejemplo de lo anterior. Como principio, la oferta y demanda de alimentos debe responder a los mecanismos de mercado a fin de procurar condiciones de eficiencia económica. Sin embargo, el mecanismo de mercado puede fallar, de lo cual resultarán mercados incompletos que se traducen en demanda insatisfecha de alimentos. Cuando esa situación coloca en riesgo el derecho a la alimentación –esto es, el derecho de acceso a alimentos indispensables para garantizar la vida y la salud– entonces, tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Internacional imponen al Estado el deber de intervenir, sea a través de la actividad de limitación o de la actividad de prestación<sup>42</sup>.

*B. La gradación de la actividad administrativa  
y el análisis costo-beneficio*

La clave de nuestra propuesta reside en el principio de *subsidiariedad*, cuyo fundamento constitucional es la primacía de la sociedad civil sobre el Estado: éste no puede asumir las actividades que la sociedad libre y organizada puede atender. Por el contrario, solo cuando la sociedad no puede atender determinada actividad considerada de interés general –en especial por su conexión con derechos humanos– entonces, el Estado asumirá la *garantía de suministro* de esa actividad a través de la Administración Económica<sup>43</sup>. Junto a tal principio,

---

41 Sach, Jeffrey, *The age of sustainable development*, Columbia University Press, Nueva York, 2015, pp. 275 y ss.

42 De allí la relevancia que el Derecho Internacional ha prestado al derecho de acceso a bienes y servicios indispensables para la atención de derechos humanos, como la alimentación, ante los riesgos derivados de hambrunas y emergencias complejas. Véase por ejemplo a Macrae, Joanna y Zwi, Anthony, "Famine, Complex Emergencies and International Policy in Africa", en *War and hunger*, Zed Book, Londres, 1994, pp. 6 y ss.

43 Fernández Farreres, Germán, "Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica", en *Estudios de Derecho Público Eco-*

rige también el *principio de menor intervención*, conforme al cual la Administración Pública debe adoptar la técnica de intervención menos lesiva a la libertad general del ciudadano<sup>44</sup>.

Nótese que hemos aludido a la garantía de suministro, conforme a la cual, el Estado –a través de la Administración Pública– debe garantizar el acceso a ciertos bienes y servicios esenciales, como la alimentación, conforme a los principios de subsidiariedad y menor intervención. Estos principios permiten establecer la gradación de las técnicas de intervención administrativa, desde la menos lesiva a la libertad general del ciudadano a la más intrusiva:

- Como regla, la Administración Económica deberá intervenir mediante la actividad de fomento, mediante subsidios directos y no regresivos que, que por ejemplo, atiendan fallos de mercados derivados de externalidades positivas.
- Si esta técnica es insuficiente, entonces, la Administración Económica podrá asumir la gestión directa de actividades, asumiendo la oferta de bienes y servicios pero sin excluir a la iniciativa privada.
- Si la actividad de prestación –por medio de la actividad de fomento y de la actividad de gestión económica– resulta insuficiente, entonces, la Administración Económica podrá desplegar técnicas de limitación, siempre adoptando la técnica menos lesiva a la libertad general, la cual podrá ir incrementándose en la estricta medida necesaria para cumplir con la garantía de suministro.

---

*nómico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer, cit., pp. 165 y ss.*

44 Cfr.: Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, cit.

Esta gradación de la actividad administrativa, además, permite implementar el *control costo-beneficio*, que basado en evidencias, puede determinar en qué medida los costos asociados a las técnicas de intervención administrativa promueven eficientemente la garantía de acceso a las actividades consideradas o declaradas servicios públicos. El control costo-beneficio promueve que la actividad administrativa se oriente a la satisfacción objetiva de las necesidades de los ciudadanos, sin la subjetividad presente en el concepto tradicional de servicio público<sup>45</sup>.

### C. Respondiendo a algunas críticas

Ahora bien, nuestra posición podrá ser criticada por pretender extender el mecanismo de mercado a la satisfacción de necesidades que, al estar asociadas con derechos humanos, no deberían ser sometidas a tales mecanismos. Tal crítica parte de algunos malentendidos que conviene aclarar.

No hay duda en cuanto al deber del Estado de asegurar la satisfacción de ciertas necesidades asociadas a derechos humanos y, por ende, a la dignidad humana, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en diversos Tratados de Derechos Humanos, especialmente, considerando la teoría general del Estado Social de Derecho<sup>46</sup>. Tampoco se pretende cuestionar la pertinencia de la intervención del Estado en la economía, en tanto esa intervención es incluso necesaria para asegurar el correcto funcionamiento de los mecanismos de mercado<sup>47</sup>.

---

45 Sunstein, Cass, *The costo-benefit Revolution*, The MIT Press, Cambridge, 2018, pp. 207 y ss.

46 Parejo Alfonso, Luciano, "El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos", en *Revista de Administración Pública* N° 153, Madrid, 2000, pp. 217 y ss.

47 Véase en este sentido a Singer, Joseph William, *No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime*, Yale University Press, New Haven, 2015, pp. 179 y ss.

---

Lo que cuestionamos es la visión según la cual la única vía para garantizar el derecho de acceso a tales bienes y servicios sea la *publicatio* de tales actividades, sometiendo éstas a un régimen exclusivo de Derecho Administrativo bajo el control total de la Administración Pública. Tal visión niega de plano la libertad de la sociedad civil para organizarse a los fines de satisfacer sus propias necesidades y, por ende, entraña un riesgo considerable no solo para la propia libertad sino, además, para la garantía efectiva de ese derecho de acceso, tal y como lo demuestra el caso venezolano, al cual nos referiremos más adelante.

Asimismo, no debe perderse de vista que la acción del Estado para garantizar tal derecho de acceso debe dirigirse a ampliar el ámbito efectivo de libertad general del ciudadano, tal y como Amartya Sen concluyó<sup>48</sup>. Tal es precisamente el aporte de los estándares de buena administración: recordar que la actividad administrativa orientada a garantizar el derecho de acceso a bienes y servicios considerados servicios públicos, debe partir de la centralidad del ciudadano, y no de la centralidad del Estado<sup>49</sup>.

Nuestra propuesta tampoco se basa en la primacía absoluta del mecanismo de mercado, pues como vimos, este mecanismo puede fallar. En tales casos, y siempre de conformidad con el análisis económico y los principios de subsidiariedad y menor intervención, el Estado deberá intervenir a través de su Administración Pública. Con lo cual, el derecho de acceso a las actividades declaradas o consideradas servicios públicos debería ser garantizado por la Administración Pública, únicamente ante fallas que impidan a los mecanismos de mercado proveer

---

48 Sen, Amartya, *Development and freedom*, Anchor Books, Nueva York, 1999, pp. 13 y ss

49 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012. Recientemente, vid. Rodríguez-Arana, Jaime y Hernández G., José Ignacio (editores), *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

los bienes y servicios considerados servicio público, tomando en cuenta además los cometidos del Estado que justifican la redistribución de la riqueza<sup>50</sup>.

Nuestra aproximación coloca en el centro del problema al ciudadano. En efecto, la teoría general del servicio público pivota en torno al Estado, reduciendo notablemente el rol del ciudadano, todo lo cual genera incentivos para políticas clientelares. Por el contrario, al diseñar técnicas de intervención conformes con el mecanismo de mercado, el centro se traslada del Estado al ciudadano, pues el principio básico es que el ciudadano, en ejercicio de su libertad general, debe estar en capacidad de satisfacer sus propias necesidades -sin perjuicio del deber de Estado de intervenir cuando sea necesario, de conformidad con los principios de subsidiariedad y menor intervención<sup>51</sup>.

### III. LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A SERVICIOS PÚBLICOS Y EL ESTADO FALLIDO EN VENEZUELA

El caso de Venezuela permite analizar muy bien los riesgos derivados de la visión estatista de servicio público que, bajo una concepción totalitaria, destruye completamente los mecanismos de mercado y la libertad general del ciudadano, el cual

---

50 Estas fallas pueden afectar la eficiencia de los mecanismos de mercado, como sucede por ejemplo con las actividades basadas en redes, como el suministro de agua, telecomunicaciones y electricidad. Asimismo, externalidades positivas pueden causar desequilibrios en la oferta y la demanda, como es el caso de la educación. Finalmente, hay actividades que deben ser prestadas en condiciones no-rivales y no-exclusivas, como los servicios de seguridad. En todos esos casos se justifica la intervención pública para asegurar el derecho de acceso a actividades que satisfacen derechos humanos.

51 Los estándares de buena administración, como vimos, realzan la primacía del ciudadano y su libertad, sin desatender los deberes del Estado respecto de la satisfacción de necesidades asociadas con la dignidad humana. Cfr.: Rodríguez-Arana, Jaime, "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas", en *Revista de Derecho Público* N° 113, Caracas, 2008, pp. 31 y ss.



queda sometido a vínculos de dependencia con la Administración Pública para acceder a bienes y servicios usualmente catalogados como servicios públicos. Al destruirse los mecanismos de mercado, la gestión de tales servicios En Venezuela inevitablemente derivó en ineficiencias y, con el tiempo, en el colapso generalizado de servicios públicos, todo lo cual ha sido determinante para el colapso de la capacidad estatal de Venezuela y la emergencia humanitaria compleja por la cual el país actualmente atraviesa.

### **1. El colapso de los servicios públicos en Venezuela, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración Pública en el Derecho doméstico**

Según vimos antes, a partir de 2005 comenzó a implementarse el llamado modelo socialista que derivó en la ampliación de los controles del Estado sobre la economía, especialmente, respecto de actividades declaradas o consideradas servicio público, como es el caso de la alimentación y la salud, entre otras. Tal modelo, en parte, pudo ser implementado debido al control del Gobierno nacional sobre los ingresos petroleros. De esa manera, el *boom* petrolero del 2004 –junto al incremento de la deuda pública– permitieron al Estado desviar tales ingresos para financiar el modelo socialista, incluso, a través arbitrarias expropiaciones en sectores considerados servicios públicos, como la alimentación.

Al ser Venezuela un Petro-Estado, los ingresos petroleros captados por el Gobierno crean incentivos para la concentración de funciones y la creación de vínculos de dependencia con el ciudadano. Eso fue lo que pasó a partir de 2005, pues ante el *boom* de los precios del petróleo, el Gobierno amplió el gasto público, además, impulsado por los ingresos derivados del endeudamiento público. Como resultado, el Gobierno creó diversos programas sociales basados en la protección del “pueblo” en contra de las élites (representadas, entre otros, por

el sector empresarial), todo lo cual afectó las bases del Estado de Derecho<sup>52</sup>.

Tal modelo era, por ende, insostenible a largo plazo, como quedó en evidencia a partir de 2014. Para entonces, la politización inherente al modelo socialista había afectado severamente la producción petrolera a cargo del Estado, lo que junto con la caída de los precios del petróleo llevó al colapso de los ingresos fiscales<sup>53</sup>. Debido al sobre-endeudamiento, el Estado no pudo acceder a nuevas fuentes de financiamiento para atender el déficit fiscal, todo lo cual se tradujo en el colapso del gasto público, en especial, asociado a los servicios públicos que el Gobierno había decidido nacionalizar. Además, con un esquema de tarifas subsidiadas, la caída del gasto público afectó incluso más la inversión pública<sup>54</sup>.

Este colapso puede ser medido desde dos perspectivas: la *capacidad estatal* y la *satisfacción de necesidades básicas*, en especial, relacionadas con la alimentación y con la salud.

---

52 Véase en general a Brewer-Carías, Allan, *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

53 La industria petrolera venezolana, controlada por el Estado, genera la práctica totalidad de las divisas por exportación. Por ello, el colapso de esa industria –como resultado del modelo socialista– derivó en el colapso de ingresos fiscales. Sobre el colapso de la industria petrolera, vid. Brewer-Carías, Allan, *Crónica de una destrucción*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2018.

54 Desde la perspectiva económica, vid. Barrios, Douglas y Santos, Miguel Angel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, en *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2017, pp. 91 y ss. Desde la perspectiva del servicio público, véase nuestro balance en: Hernández G., José Ignacio, “La regulación económica de actividades de interés general y la vuelta a modelos estatistas”, en *Modernizando el Estado para un País Mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010, pp. 143 y ss.

A. *El colapso de los servicios públicos y el Estado fallido en Venezuela*

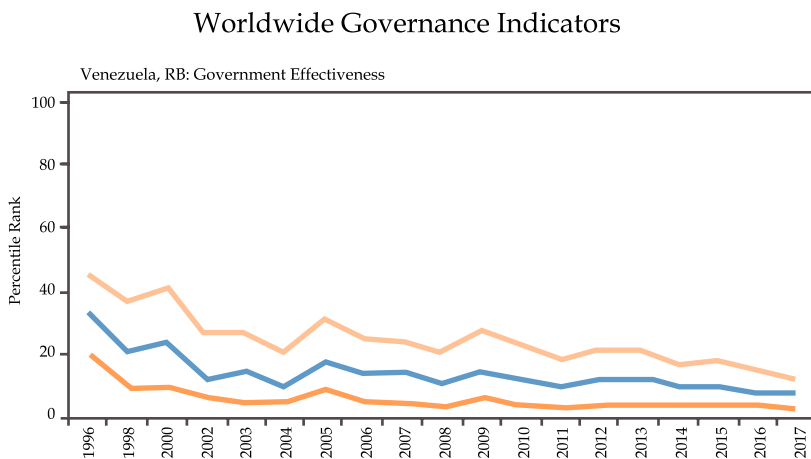
El modelo socialista amplió los cometidos del Estado, en especial, como resultado de la expansión del servicio público a actividades económicas que fueron asumidas por el Estado. Al mismo tiempo, la ausencia de controles efectivos promovió la corrupción mediante políticas clientelares que socavaron la capacidad de la Administración Pública de atender los crecientes cometidos del Estado. Todo ello derivó en lo que se conoce como *fallas en la capacidad estatal*, que en casos extremos puede dar lugar a *Estados fallidos*, o como se conoce actualmente, *Estados frágiles*. Esto es, Estados que no pueden atender debidamente sus cometidos relacionados con la satisfacción de necesidades esenciales relacionadas con derechos humanos, como la alimentación y la salud. Como resultado de lo anterior, en Venezuela surgieron *áreas de limitada acción estatal*, o sea, áreas que no pudieron ser atendidas por la Administración Pública, lo cual permitió que en sustitución de la Administración Pública surgiesen mecanismos informales de gobernanza, como por ejemplo, los mercados negros<sup>55</sup>.

De esa manera, el colapso de los servicios públicos en Venezuela es índice relevador de las fallas del Estado y en particular, de su Administración Pública, la cual no pudo atender todos los cometidos que el Estado comenzó a asumir, incluso, respecto de la satisfacción de necesidades usualmente consideradas de servicio público. Tales fallas pueden medirse, entre

---

55 Debido al rol determinante de la Administración Pública en el Estado moderno, las fallas en la capacidad estatal suelen estar asociadas a fallas en la Administración Pública. Cfr.: Risse, Thomas, "Governance in Areas Of Limited Statehood", *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 700 y ss.; Rotberg, Robert, "Failed States, Collapsed States, Weak States", en *State failure and State Weakness in a Time of Terror*, World Peace Foundation and Brookings Institution Press, Cambridge-Washington DC., 2003, pp. 1 y ss., y Woodward, Susan, *The Ideology of failed States*, Cambridge University Press, Nueva York, 2017, pp. 12 y ss., y 34 y ss.

otros parámetros, con el declive de los indicadores de gobernanza medidos por el Banco Mundial referidos a la efectividad del Gobierno en Venezuela<sup>56</sup>:

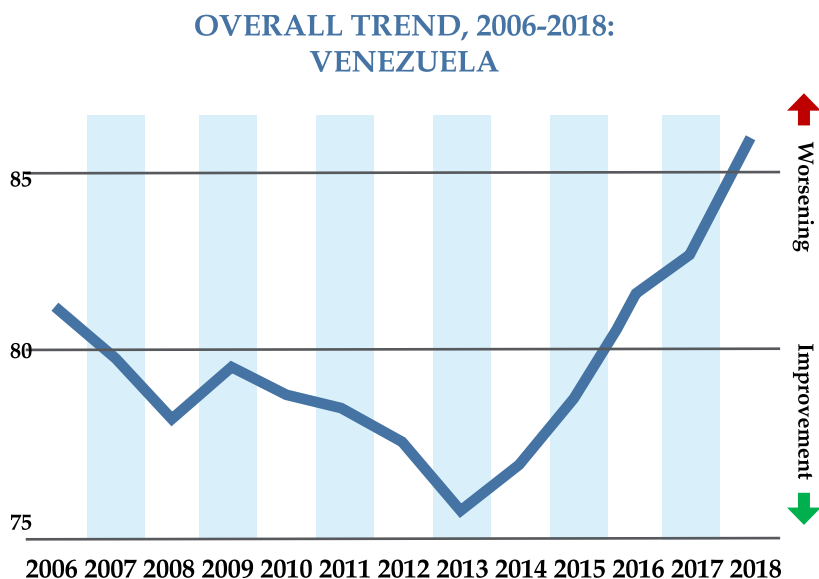


Cuadro N° 1: Indicadores mundiales de Gobernanza para Venezuela: efectividad del Gobierno. Fuente: Banco Mundial

Asimismo, el siguiente cuadro refleja el deterioro progresivo de la capacidad estatal de Venezuela<sup>57</sup>:

56 Tomado de: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#reports>

57 Tomado de: <http://fundforpeace.org/fsi/country-data/>



Cuadro N° 2: Capacidad estatal de Venezuela

Fuente: Fund for Peace

En resumen, el progresivo deterioro de la capacidad de la Administración Pública en Venezuela fue resultado de políticas clientelares aupadas por el Petro-Estado, lo cual socavó la capacidad del Estado de atender los servicios públicos que de manera expansiva habían sido asumidos. Estas fallas en la capacidad estatal, como veremos en el siguiente punto, fueron determinantes para la emergencia humanitaria compleja.

*B. El colapso en los servicios públicos  
y la desatención de necesidades esenciales*

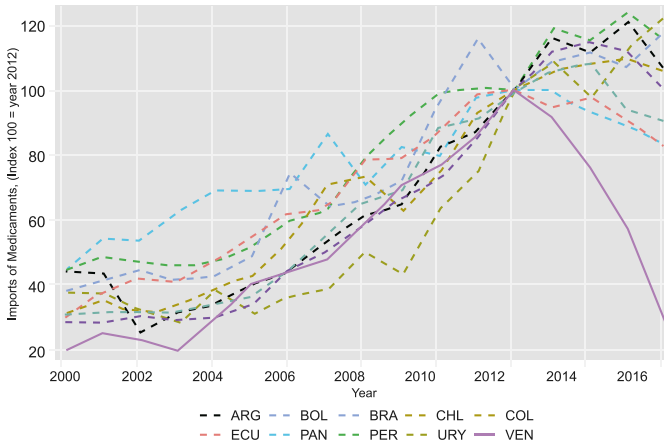
Además, el colapso económico impidió que amplios sectores de la población venezolana pudiesen acceder a bienes y servicios esenciales, en especial, dentro de los sectores de la alimentación y la salud. Como vimos, el modelo socialista aupado por el *boom* petrolero impulsó las importaciones en

esos sectores, las cuales fueron dramáticamente recortadas cuando los ingresos fiscales colapsaron. El siguiente gráfico resume esta situación en ambos sectores<sup>58</sup>:

### Colapso en importaciones de medicamentos: 70% 2012-2016



Importaciones de medicamentos per cápita  
(2012 = 100)



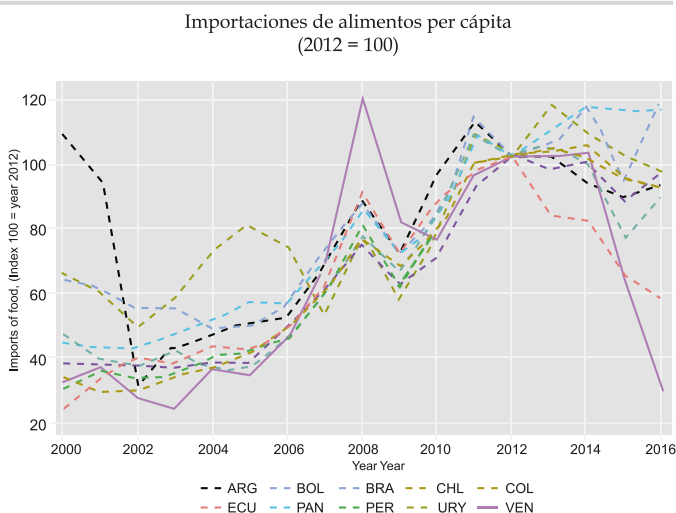
Fuente: UNCOMTRADE

### Cuadro N° 3. Colapso de las importaciones en el sector medicamentos

Fuente: Miguel Ángel Santos

58 Tomado de: <http://www.miguelangelsantos.net/presentations>. Esta presentación recoge parte de las investigaciones adelantadas en el Centro para el Desarrollo Internacional (CID), en Harvard Kennedy School, dirigido por el profesor Ricardo Hausmann.

## Colapso en importaciones de alimentos: 70% 2014-2016



Fuente: UNCOMTRADE

### Cuadro N° 4. Colapso de las importaciones en el sector alimentos

Fuente: Miguel Ángel Santos

En el medio de este colapso económico, el derecho de acceso a los servicios públicos –con las acotaciones conceptuales antes formuladas– carece hoy día de garantías efectivas en Venezuela. Así, la exacerbación de la visión estatista y totalitaria del servicio público llevó al Estado a implementar controles centralizados que, con el colapso de los ingresos fiscales, resultaron insostenibles. Al haber sido destruidos los mecanismos de mercado, las necesidades asociadas a esos servicios (salud y medicamento, por ejemplo) quedaron desatendidas: ni el sector privado pudo atender esas necesidades –debido a su colapso, resultado de los controles socialistas implementados– ni pudo hacerlo tampoco el sector público –visto el colapso de la capacidad estatal.

Bajo condiciones ordinarias del Estado de Derecho, el colapso de los servicios públicos en Venezuela ha debido permitir a los ciudadanos ejercer los mecanismos de tutela judicial a los cuales hemos hecho referencia, y que permiten no solo formular demandas a la Administración Pública para asegurar el correcto cumplimiento de los cometidos estatales sino que, además, permiten reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los estándares mínimos de satisfacción de necesidades de interés general, usualmente englobadas bajo el impreciso concepto de servicio público<sup>59</sup>. Empero, el colapso de los servicios público en Venezuela coincidió con el desmantelamiento del Estado de Derecho y su sustitución por un modelo totalitario en el cual se eliminó la eficacia del control judicial sobre la Administración Pública<sup>60</sup>. Por ello, los controles previstos en la Constitución no pudieron detener el colapso del Estado venezolano y, en especial, el colapso de los servicios públicos, en áreas como la alimentación y la salud.

## **2. El colapso de los servicios públicos en Venezuela, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración Pública en el Derecho Internacional: la emergencia humanitaria compleja. Una nota sobre el -polémico- Derecho Administrativo Global**

El colapso de los servicios públicos en Venezuela es relevante, también, desde la perspectiva del Derecho Internacional. En efecto, ese colapso encuadra dentro de lo que se conoce como *emergencia humanitaria compleja*.

---

59 De manera tradicional el Derecho Administrativo venezolano ha admitido la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por la indebida prestación de servicios públicos. El artículo 140 de la Constitución de 1999 amplió este sistema al reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado por la actividad e inactividad de la Administración Pública. En general, vid. Badell Madrid, Rafael, *Responsabilidad del Estado en Venezuela*, Caracas, 2001, pp. 38 y ss.

60 Brewer-Carías, Allan, *Estado totalitario y desprecio a la Ley*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 95 y ss.



Así, según la Organización Mundial de la Salud, la **emergencia compleja** es toda situación que afecta la calidad de vida y genera riesgos a la vida, como resultado de guerras, disturbios civiles y migraciones, en la cual toda respuesta de emergencia debe ser conducida en entornos políticos y de seguridad hostiles<sup>61</sup>. De acuerdo con David Keen, las emergencias complejas son crisis humanitarias relacionadas con conflictos violentos –como guerras civiles, limpieza étnica y genocidios– con lo cual son emergencias generadas por la acción humana. Por ello, la emergencia compleja se diferencia de la emergencia ocasionada por desastres naturales<sup>62</sup>.

En tal sentido, el Comité Permanente Interinstitucional, enfocado a la asistencia humanitaria, ha señalado que la crisis compleja es ocasionada en países en los cuales ha **colapsado la autoridad central**, como resultado de conflictos civiles o agresiones extranjeras, con lo cual, tales crisis requieren respuestas desde la comunidad internacional así como una importante labor de coordinación política doméstica<sup>63</sup>. Este concepto, reiterado por la Oficina de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para la Coordinación de Asuntos Humanitarios, coloca el énfasis en las causas políticas de la crisis y sus consecuencias sobre los derechos humanos. En tales casos, el Derecho Internacional reconoce diversos mecanismos de cooperación internacional orientados a paliar los efectos de esta emergencia<sup>64</sup>.

Como se observa, hay una estrecha relación entre la **emergencia humanitaria compleja** y el **Estado fallido**, al punto que ésta puede ser considerada como una consecuencia del colapso

---

61 Wisner, B., y Adams, J., *Environmental health in emergencies and disasters. A practical guide*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2002, pp. 4 y ss.

62 Keen, David, *Complex emergencies*, Polity Press, Malden, 2008, pp. 1 y ss.

63 Inter-Agency Standing Committee, Working Group XVIth meeting, "Definition of complex emergencies", 2004.

64 Por ejemplo, véase el informe *Civil-Military Guidelines & Reference for Complex Emergencies*, Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios, 2008.

del Estado<sup>65</sup>. Así, la incapacidad del Estado para atender sus cometidos puede degenerar a la desatención de necesidades básicas para garantizar los derechos humanos de la vida, la salud y la dignidad humana. Nótese que en tales casos la crisis humanitaria es ocasionada por el colapso de la capacidad estatal, típicamente como resultado de políticas públicas clientelares y predatorias que afectaron sensiblemente la autoridad central. Más en concreto, la crisis humanitaria compleja suele estar asociada a la incapacidad de la Administración Pública de cumplir con los cometidos estatales relacionados con la garantía de acceso a bienes y servicios esenciales<sup>66</sup>.

Tal es, precisamente, el caso de Venezuela. En efecto, las medidas socialistas que comenzaron a implementarse en 2005, como vimos, derivaron en controles centralizados que destruyeron los mecanismos de mercado, y que mediante políticas clientelares y predatorias destruyeron la riqueza de la sociedad civil, creando vínculos de dependencia con el Gobierno. Ello pervirtió la idea del servicio público, pues la intervención administrativa no se orientó a satisfacer necesidades de interés general de manera no-discriminatoria, sino que por el contrario, se enfocó a la provisión de bienes y servicios con fines claramente clientelares –lo que solo fue posible por la abundancia de recursos derivada del *boom* petrolero<sup>67</sup>. En especial,

---

65 Väyrynen, Raimo, “Complex Humanitarian Emergencies: Concepts and Issues”, en *War, Hunger, and Displacement: Volume 1*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 44 y ss.

66 Las políticas clientelares orientan el gasto público a la satisfacción de necesidades inmediatas de los electores, en lo que también es conocido como políticas de patronaje. En ocasiones, tales políticas degeneran en políticas predatorias, esto es, políticas que destruyen la riqueza de la sociedad creando vínculos de dependencia, típicamente por regímenes autoritarios. Cfr.: Fukuyama, Francis, *Political order and political decay: from the industrial revolution to the globalization of democracy*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2014, pp. 145 y ss. Véase también: Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, Crown Business, New York, 2012, pp. 70 y ss.

67 Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 438 y ss.

los bienes y servicios asociados a la alimentación y a la salud, fueron distribuidos por la Administración Pública por mecanismos clientelares, opacos y por ende, inestables<sup>68</sup>.

El colapso fiscal impidió al Gobierno mantener esta ineficiente estructura de distribución de bienes y servicios, al mismo tiempo que los controles socialistas minaron la capacidad del sector privado. El resultado de ello fue la severa contracción de la oferta de bienes y servicios esenciales, particularmente, la alimentación y salud, todo lo cual desencadenó la violación del derecho de acceso a esos bienes, con la consecuente lesión a los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad y a la integridad personal. Esto degeneró en la *emergencia humanitaria compleja* venezolana, que fue así causada por las políticas clientelares y predatorias impuestas desde 2005, y que fueron continuadas después de 2014, incluso, cuando esa crisis ya había comenzado a evidenciar sus efectos sobre la población civil<sup>69</sup>. Pero además, los mecanismos de alivio reconocidos en el Derecho Internacional Humanitario han sido bloqueados en Venezuela<sup>70</sup>. De ello resulta que la crisis humanitaria compleja

---

68 A tales fines, el Gobierno creó estructuras paralelas dependientes de la Presidencia de la República, denominadas “misiones”, las cuales asumieron la implementación de los programas sociales, típicamente, en los sectores de alimentación y salud. Cfr.: Brewer-Carías, Allan, “Una nueva tendencia en la organización administrativa venezolana: las “misiones” y las instancias y organizaciones del “poder popular” establecidas en paralelo a la Administración Pública” en *Retos de la Organización Administrativa Contemporánea, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (26-27 de septiembre de 2011)*, Corte Suprema de Justicia, Universidad de El Salvador, Universidad Doctor José Matías Delgado, El Salvador, 2011, pp. 927 y ss.

69 Por ejemplo, vid.: <https://www.usaid.gov/crisis/venezuela-regional>

70 Como vimos, en casos de emergencias o crisis humanitarias complejas, el Derecho Internacional admite la relevancia de la cooperación internacional suministrando bienes y servicios esenciales mediante planes de contingencia. Ello requiere, en todo caso, la colaboración el Gobierno del Estado que atraviesa esa crisis. El régimen venezolano, sin embargo, no solo ha negado tales mecanismos de cooperación sino que además, ha negado la existencia de crisis humanitaria. Vid.: <https://elnuevopais.net/2018/09/10/jorge-arreaza-niega-en-la-onu-crisis-humanitaria-en-venezuela/>

es una grave violación a derechos humanos imputable al Gobierno.

De esa manera, en cuanto a la violación de derechos humanos derivados del colapso económico en Venezuela, considerando la violación del derecho de acceso a los considerados servicios públicos como alimentación y salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha concluido lo siguiente<sup>71</sup>:

“El deterioro de la situación de derechos humanos, y las alteraciones del Estado de Derecho y sistema democrático en Venezuela, se presentan en un contexto de retrocesos y débil capacidad institucional para garantizar niveles adecuados de vida a la población. La CIDH advierte con preocupación la existencia de una profunda crisis económica y social en Venezuela, caracterizada por un significativo aumento de la pobreza y la pobreza extrema, así como de enormes dificultades de acceso a alimentos, medicamentos, servicios de salud y vivienda adecuada por grandes sectores de la población...”

Por su parte, el Panel de Expertos Internacionales designados por la Organización de Estados Americanos concluyó que la crisis económica y social es imputable a las políticas clientelares y predatorias<sup>72</sup>:

“La crisis humanitaria no es producto de la casualidad, ni el resultado de una guerra económica iniciada por un enemigo interno compuesto por grupos fragmentados de oposición y civiles hambrientos. La única entidad con la capacidad de afectar la economía de esta forma necesita

---

71 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Institucionalidad democrática, Estado de Derecho y derechos humanos en Venezuela*, 2017, p. 221.

72 Cfr.: *Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela*, 2018, pp. 202 y ss.

control de las instituciones de gobierno en el territorio nacional. De esta única forma, las políticas económicas y alimentarias pueden implementarse. Nicolás Maduro y su régimen son los únicos actores con control de estas instituciones, lo que les otorga el monopolio de la política económica, política y social del país. La única guerra económica que se ha declarado es la del Régimen a su propia gente, al sostener intencionalmente una crisis humanitaria caracterizada por el hambre y la enfermedad que no ha sido y no es, inevitable”

Además de provocar la crisis humanitaria compleja con políticas predatorias y obstaculizar los mecanismos de cooperación admitidos en el Derecho Internacional, el Gobierno venezolano ha utilizado los debilitados programas sociales en alimentación y salud como instrumentos de persecución política, en lo que el citado Informe denominó la *politización de los servicios públicos*. De esa manera, el acceso a bienes de alimentación y salud ha quedado condicionado a programas políticamente controlados por el Gobierno, lo que, según el Informe, constituye un crimen de lesa humanidad (persecución por motivos políticos) de acuerdo con el Estatuto de Roma:

“El contexto donde se producen las violaciones a los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela se encuentra profundamente afectado por una grave crisis humanitaria. Debido a la escasez de medicamentos e insumos médicos, para la mayoría de los venezolanos es sumamente difícil obtener atención médica esencial. Y la escasez severa de alimentos y otros Artículos son un obstáculo para que una buena parte de los habitantes tengan una nutrición adecuada y atiendan las necesidades básicas de sus familias (...)

La respuesta frente a esta crisis no ha sido otra que intimidar y reprimir a quienes denuncian esta situación. Tampoco han articulado ni implementado políticas efectivas para mitigar la crisis, y han realizado acciones muy

limitadas para obtener la asistencia humanitaria internacional que podría mejorar sustancialmente los resultados de sus limitados esfuerzos...”

Esto quiere decir que la violación del derecho de acceso a los considerados servicios públicos, como la alimentación y salud, compromete la responsabilidad internacional, en especial, de aquellos funcionarios responsables de tales violaciones, incluso, de cara al Estatuto de Roma. Ello constituye un caso poco usual en el cual el Estatuto de Romo es aplicado, incluso, respecto de presuntos crímenes de lesa humanidad relacionados con erradas políticas públicas en materia de servicios públicos<sup>73</sup>.

Asimismo, y en virtud de la crisis humanitaria compleja derivada del colapso de la capacidad estatal, la señalada violación del derecho de acceso a los considerados servicios públicos permite invocar el principio de *responsabilidad para proteger* (responsability to protect), de acuerdo con el cual, la comunidad internacional está en el deber de intervenir para impedir graves violaciones a derechos humanos<sup>74</sup>.

En este punto, sin embargo, la tradicional vinculación del Derecho Administrativo con la concepción tradicional de soberanía estatal, se erige en obstáculo para la aplicación del prin-

---

73 Cabe recordar que, con base en este Informe, diversos Estados han referido el caso de Venezuela a la Corte Penal Internacional. Vid.: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela&ln=Spanish>

74 El principio de responsabilidad para proteger se inserta en una nueva concepción de la soberanía estatal, en el sentido que reconoce que tal soberanía no es un obstáculo absoluto que impida el deber de asistencia de otros Estados para atender graves violaciones a derechos humanos, incluso, en el marco de emergencias complejas. En casos de crímenes de genocidio, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y limpieza étnica, los Estados tienen el deber de intervenir para brindar su asistencia, a los fines de prevenir violaciones a derechos humanos derivados de esos graves crímenes. Cfr.: Barnes, Richard y Tzevelekos, Vassilis, “Beyond responsibility to protect”, en *Beyond responsibility to protect*, Intersentia, Cambridge, 2016, en especial, pp. 7 y ss.

cipio de responsabilidad para proteger. En efecto, el concepto tradicional de servicio público está atado al concepto tradicional de soberanía, conforme al cual, la gestión de servicios públicos es un asunto de la estricta soberanía del Estado, lo cual tiende a reducir la incidencia del Derecho Internacional. Frente a ello se erige la mundialización de los derechos humanos, conforme al cual la protección de derechos humanos relacionados con servicios públicos ya no puede ser considerada como un asunto de la estricta soberanía estatal. Con lo cual, la aplicación del principio de responsabilidad para proteger debe enmarcarse dentro del llamado Derecho Administrativo Global, conforme al cual, la Administración Pública en Venezuela queda sometida a controles internacionales, especialmente, para la efectiva garantía de derechos humanos, incluso, en el marco del señalado principio de responsabilidad para proteger<sup>75</sup>.

Como puede observarse, el caso de Venezuela ilustra muy bien cómo las fallas del Derecho Administrativo pueden degenerar en violaciones a derechos humanos relevantes incluso en el ámbito del Derecho Internacional. En efecto, más allá del modelo de Derecho Administrativo definido por cada Estado, lo cierto es desde la perspectiva comparada, puede sostenerse que actualmente la garantía del derecho de acceso a bienes y servicios esenciales –calificados o considerados como servicios públicos– es considerada un cometido estatal que debe ser atendido a través de la Administración Pública. Por ende, la incapacidad de la Administración Pública en cumplir ese cometido puede derivar en violaciones a derechos humanos que, en casos extremos, pueden incluso suponer un caso de crímenes de lesa humanidad. No se tratará, ciertamente, de crímenes derivados de un solo acto perpetrado por el Estado,

---

75 Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEF, Caracas, 2016.

sino de crímenes que son resultado de la lenta acumulación de fallas en la Administración Pública<sup>76</sup>.

### 3. Algunas lecciones del caso venezolano

El caso venezolano es, ciertamente, extremo. Con todo, permite comprender muy bien los riesgos de las fallas de la Administración Pública en garantizar el acceso a bienes y servicios considerados esenciales. Conviene, a modo de recapitulación, extraer algunas lecciones de ese caso.

La *primera lección* es que la emergencia humanitaria compleja reflejada en la violación del derecho de acceso a los servicios públicos, tales y como la alimentación y la salud, fue ocasionada por políticas públicas clientelares y predatorias que, en todo caso, pudieron ser implementadas debido al grado de control que tradicionalmente la Administración Pública ha ejercido sobre las actividades de servicio público.

Como analizamos en la primera parte, el concepto de servicio público que ha prevalecido en Venezuela considera que las actividades declaradas o consideradas servicios públicos son actividades administrativas, con lo cual, la iniciativa privada solo puede participar bajo el control del Estado. Como resultado de ello, el régimen jurídico del servicio público tradicional excluye a los mecanismos de mercado, y coloca todo el peso de la garantía de acceso a tales servicios en la capacidad de la Administración Pública.

---

76 La evolución del Derecho Internacional ha permitido considerar que los graves crímenes contra los derechos humanos pueden ser ocasionados por el efecto acumulado de sucesivos actos. Por ejemplo, el embajador venezolano Diego Arria, quien presidiera el Consejo de Seguridad, se refirió en su oportunidad al "genocidio en cámara lenta" en Srebrenica (Nice, Sir Geoffrey y Wade, Francis, "Preventing the next genocide. Burma's rohingya minority could fall victim to full-scale genocide if the international community doesn't intervene", *Foreign Policy*, 12 de mayo de 2014).



Esta concepción entraña riesgos importantes al llamado derecho de acceso a los servicios públicos, en la medida en que la efectividad de tal derecho depende únicamente de la Administración Pública. Cabe así identificar dos riesgos: (i) la creación de vínculos de dependencia del ciudadano con la Administración Pública, que incentiven políticas clientelares y predatorias, y (ii) la vulnerabilidad de tal acceso, al depender de la actividad de la Administración Pública.

La *segunda lección* es que la crisis humanitaria en Venezuela, entre otras causas, fue promovida por la destrucción de los mecanismos de mercado. El propio concepto tradicional de servicio público en Venezuela, como vimos, supone la exclusión de los mecanismos de mercado, todo lo cual coloca en riesgo el eficiente intercambio de bienes y servicios considerados servicios públicos.

Con lo cual, es preciso realzar la idea según la cual el acceso a bienes y servicios considerados o declarados servicios públicos no es necesariamente incompatible con los mecanismos de mercado. Por el contrario, tales bienes y servicios deben ser intercambios a través de tales mecanismos, sin perjuicio de las técnicas de limitación y prestación que la Administración Económica pueda desplegar de conformidad con los principios de menor intervención y subsidiariedad.

La *tercera lección*, que deriva de los dos anteriores, es que el llamado derecho de acceso a los servicios públicos estará en riesgo en aquellos modelos en los cuales la efectividad de tal derecho dependa exclusivamente de la Administración Pública, como tiende a suceder bajo el concepto tradicional del servicio público. Se insiste: la emergencia humanitaria compleja venezolana fue posible, en primer lugar, pues la Administración Pública pudo ejercer el control de las actividades consideradas servicio público, como la alimentación y la salud.

La *cuarta y última lección* es que en modelos en los cuales el derecho de acceso a los servicios públicos depende exclusivamente de la Administración Pública, los fallos en la capacidad estatal pueden derivar en la violación de tal derecho y, en casos extremos, en emergencias humanitarias complejas violatorias del derecho a la vida, a la salud, a la integridad y a la dignidad personal, entre otros. Pero además, debido a los vínculos de dependencia derivados del concepto tradicional del servicio público, esas crisis crean incentivos para políticas predatorias conducidos por regímenes autoritarios: lejos de coadyuvar a la solución de la crisis, el Gobierno –como sucedió en el caso venezolano– puede optar por mantener o agravar la crisis y, con ello, incrementar su dominación sobre la debilitada sociedad civil.

Estas lecciones no pretenden señalar una relación de causalidad entre el concepto tradicional de servicio público y las emergencias humanitarias complejas. El caso venezolano es, ciertamente, extremo y excepcional. Pero con todo, ese caso debe servir de advertencia de las graves consecuencias a los derechos humanos que pueden derivar de modelos en los cuales el derecho de acceso a los servicios públicos es considerado una tarea privativa y exclusiva de la Administración Pública.

Boston, septiembre de 2018