

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION EN LA LEGISLACION VENEZOLANAYEN ELDERECHO COMPARADO

Antonieta Garrido de Cardenal

Norma Paz de Henriquez.

**Profesoras de la Facultad de Derecho y Personal docente y de investigación del Instituto
de Derecho Carabobo**

**"QUE LA ADMINISTRACION ACTUE
PERO SOMETIDA A LA LEY;
QUE OBRE
PERO QUE RESPONDA DE LO EJECUTADO"**

HAURIUO

Introducción

I.- Responsabilidad de la Administración:

Delimitación conceptual:

A: Administración Pública;

B: Función administrativa.

II.- Las Funciones del Estado y la Responsabilidad:

A: Evolución Histórica;

B: Función Ejecutiva y la Responsabilidad;

C: Función Legislativa y la Responsabilidad;

D: Función Jurisdiccional y la Responsabilidad.

III.- La Responsabilidad de la Administración en la Legislación Venezolana:

A: Fundamento Constitucional;

B: Fundamento Legal.

IV.- La Responsabilidad de la Administración en el Derecho Comparado.

A.- Función Legislativa y la Responsabilidad del Estado.

B.- Función Jurisdiccional y la Responsabilidad del Estado.

Conclusiones

Bibliografía.

INTRODUCCION

La teoría de la Responsabilidad del Estado es de reciente consideración dentro del mundo jurídico, en efecto la irresponsabilidad de la Administración Pública aparece en la primera mitad del siglo XIX como un corolario de la soberanía. Esta posición era aceptable en la medida en que el Estado Liberal, teniendo estrictamente limitadas sus actividades, tenía relativamente pocas ocasiones de causar daños. En principio, sólo se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Privado, el Estado Soberano se consideraba irresponsable, salvo que la ley especialmente lo previera. Son los Estados Democráticos-los que paulatinamente comienzan a admitir esa responsabilidad en todos los órdenes.

En un comienzo rigió el principio de la irresponsabilidad del Estado y sus agentes públicos (funcionarios y empleados) más tarde se aceptó la responsabilidad del agente público más no la del Estado. Luego la de ambos (Agente y Estado) y finalmente la del Estado en forma directa. De manera que la procedencia de la responsabilidad del Estado, en el campo del

Derecho Público, es hoy aceptada por la generalidad de la Doctrina y de las Legislaciones y la irresponsabilidad del Estado, que en un momento constituyó la regla ha pasado a ser la excepción.

La responsabilidad de la Administración como la de cualquier ente jurídico puede ser contractual o extracontractual, según que obedezca o no al cumplimiento de obligaciones contraídas. Estos dos tipos de responsabilidad a su vez, pueden regirse por el Derecho Público o por el Derecho Privado, dependiendo de la índole de la cuestión que la promueva, e igualmente puede originarse de un comportamiento del Organo Ejecutivo como del Legislativo o del Judicial. Sin embargo la Doctrina imperante ha planteado la responsabilidad del Estado, fundamentalmente con motivo del ejercicio de la función administrativa, la razón es la de que desempeñando esta función, la administración como sujeto de derecho, entra en relación directa con los particulares.

Por otra parte, en las Legislaciones Contemporáneas se plantea el que "el estado de derecho" presupone una auto limitación de sus propios poderes por parte del Estado que permite frente a él, un ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado, ello incluye la responsabilidad Estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables.

Como vemos, la cuestión que se nos presenta tiene una doble visión, por una parte la que involucra a los funcionarios públicos y particulares por actos o hechos derivados del ejercicio de sus funciones y por la otra la que envuelve a la administración actuando como persona jurídica que es, y en consecuencia sujeto de derecho igualmente en el ejercicio de las funciones que le son propias.

En el mundo jurídico visto desde el punto de vista del Derecho Comparado, existen notables diferencias en los sistemas imperantes. Desde los que señalan el fundamento de la responsabilidad del ente público en razón del comportamiento ilícito de alguna autoridad o agente público, consistiendo su función en este caso, en sancionar dicho comportamiento reprochable, hasta llegar a lo que establece como objeto de esta función la reparación del daño causado.

Nuestro propósito fundamental es analizar la responsabilidad de la administración no solamente en el Derecho Venezolano, sino también en el Derecho Comparado, para lo cual abarcaremos las distintas funciones del Estado y la responsabilidad que a este pueda corresponder como consecuencia del ejercicio de dichas funciones.

Para la realización de nuestros fines tomaremos distintos criterios Doctrinarios que han enfocado el tema que nos proponemos desarrollar e igualmente su fundamento y regulación, tanto Constitucional como legal.

I

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION:

1.-ADMINISTRACION PUBLICA

A.-DELIMITACION CONCEPTUAL:

Históricamente "Gobierno" comprendía todas las actuaciones del Estado: Legislativa, Justicia y Administración; con la evolución del Estado estas ramas fueron separándose entre sí, la primera en hacerlo fue la Justicia; con la formación del nuevo Derecho Constitucional aparece la legislativa en una situación de oposición respecto a la restante actividad del Estado. Por último para toda la actividad que no era ni justicia ni legislación fue introducida la palabra "ADMINISTRACION", aunque no para reemplazar la actividad de gobierno, sino para designar una nueva rama de su actividad.

Actualmente toda la actividad del Estado se circunscribe a tres ramas especiales: Legislativa, Jurisdiccional y Ejecutiva.

Administrar es una actividad subordinada a la actividad de gobierno, sin embargo "el gobierno no está concretado exclusivamente en el órgano administrador". En este orden de ideas la Doctrina le ha dado a la denominación "Gobierno" varios enfoques:

Para Otto Mayer, "se entiende por Gobierno la alta dirección, la impulsión que parte del centro para activar los negocios en el sentido de una buena política y del interés general". (Marienhoff T. N° 1, Pág. 43).

Para Esmein, "lo que caracteriza la obra de gobierno es la acción de impulsar. Gobierno, dice, es impulsión Administración es acción subordinada no espontánea. La sociedad política es como una máquina. El gobierno es el motor. Los funcionarios de la administración son los órganos de trasmisión y las piezas de la máquina". (Marienhoff T. N° 1, Pág. 43).

En líneas generales la Administración, referida tanto al sector público como al privado, puede dirigirse a identificar, tanto a un conjunto de órganos, como aun conjunto de actividades:

La Administración Pública, en un sentido orgánico está encaminada a identificar la estructura administrativa que forma el órgano Ejecutivo; no queriendo significar con esto que los demás órganos del Estado no pueden realizar actividades de tipo administrativo. Mientras que, la Administración como actividad identifica a una acción o tarea administrativa, es decir es una noción en sentido material.

En la actualidad el Gobierno de un país no está circunscrito a una de las diversas ramas que conforman la organización del Estado, sino que su actividad se encuentra simultáneamente involucrada en todas sus ramas. Por ello resulta impropio asimilar el Organismo Ejecutivo a Gobierno y por la misma razón "Administración" a Gobierno.

De allí la necesidad de delimitar lo que se entiende por ADMINISTRACION: la doctrina predominante considera a la Administración Pública desde el punto de vista material, substancial u objetivo, caracteriza la Administración en base a la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, con total prescindencia de la índole del órgano o del agente productor del acto; es decir solo se tiene en cuenta el acto mismo.

Sin embargo se han dado múltiples teorías a fin de conceptualizar la Administración. Vale la pena destacar a Stein, en Alemania, quien defiende la tesis de que la administración implica toda la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines. Otros tratadistas, como Santamaría de Paredes en España, y Waline en Francia, han considerado a la Administración como la actividad que realiza el Poder Ejecutivo.

El eminente jurista francés León Duguit, señala que la diferencia en las funciones estatales deriva del "contenido" de los actos con prescindencia de los órganos de los que emanen. De manera que, podrá haber un carácter "formal" diferente de acuerdo al órgano productor del acto, pero desde el punto de vista "material" el acto no altera su substancia, cualquiera sea su autor.

Igualmente el mencionado autor, afirma que deben considerarse como integrantes de la función administrativa todos los actos jurídicos que no sean "actos - reglas", ya que estos constituyen el objeto de la función legislativa.

Dentro de las críticas que objetan la teoría anterior, se menciona la que señala que aceptar la posición de Duguit, sería aceptar que la actividad reglamentaria que es típicamente administrativa, quedaría desplazada al campo de la legislación.

Merkel, es partidario de la teoría que considera Administración todo lo que no es Legislación ni Justicia. Y la esencia de su posición radica en diferenciar Administración y Administración de Justicia, para luego llegar a dar una noción de Administración en los siguientes términos: "Funciones de aquel complejo orgánico regido por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecer las del órgano inferior". (Marienhoff. T. N° 1, Pág. 50).

Marienhoff, define la Administración como "la actividad permanente, concreta, y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran". (Marienhoff, op. cit. Pág. 58).

A esta definición llega luego de destacar cuales son las características específicas de la actividad administrativa:

1. La administración es una actividad "concreta" y "práctica", que consiste en actos jurídicos y en operaciones materiales;
2. Es una actividad "inmediata", porque la llevan a cabo los propios órganos administrativos, con el objeto de lograr sus fines concretos;
3. Es una actividad "permanente" y "continua" del Estado, actúa para el presente mientras que la legislación y la justicia son actividades discontinuas que obran hacia el futuro o el pasado;
4. Consiste no solo en actos individuales o particulares, sino también generales, por ejemplo, los Reglamentos;
5. Está dirigida a satisfacer no solo las "necesidades del grupo social" o necesidades colectivas, sino que tiende también a satisfacer necesidades individuales de los integrantes de ese grupo social.

A nuestro modo de ver, a fin de precisar el concepto de Administración se hace necesario partir de las siguientes premisas:

1. La Administración Pública, para el Derecho Administrativo es una Persona Jurídica, en consecuencia titular de derechos y capaz de - adquirir obligaciones;
2. La Administración Pública, no puede tomarse como una determinada función objetiva o material, sino que esta noción dependerá del contexto social y de las circunstancias históricas. En consecuencia sus funciones son variables independientemente del órgano que realiza dicha actividad (legislativo, ejecutivo o judicial); circunstancia ésta que hace difícil eliminar el campo de la administración sin invadir la esfera que corresponde a la función administrativa.

Si históricamente la conceptualización de la función administrativa varía, igualmente variará el concepto de administración.

B.- FUNCION ADMINISTRATIVA:

Si pretender abarcar un concepto de administración constituye ardua tarea, también lo es precisar el de Función Administrativa. En efecto aún cuando constituye una noción básica dentro del Derecho Administrativo, sin embargo ha dado lugar a múltiples discrepancias doctrinarias.

En este sentido trataremos de resaltar las posiciones más relevantes:

CRITERIO ORGANICO:

Sostiene que la Función Administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo. Hoy por hoy, este criterio podría ser rechazado aceptando como lo hacemos, que el Poder Ejecutivo realiza fundamentalmente funciones de gobierno.

CRITERIO FORMAL:

Entiende como Función Administrativa, la actividad estatal que resta luego de excluida la actividad legislativa y la jurisdiccional.

Merkl y Kelsen, consideran que la administración al igual que la jurisdicción es ejecución inmediata de la legislación y mediata de la Constitución. Siendo esta la nota que diferencia la función legislativa de la administración. Por otra parte, distinguen la función administrativa de la función jurisdiccional, en que los órganos que ejercen la función jurisdiccional se hayan vinculados entre sí, pero guardando su independencia, mientras los que realizan la función administrativa están vinculados dependientemente.

CRITERIO MATERIAL:

La Función Administrativa, está determinada por la actividad estatal que tiene por objeto realizar actos jurídicos subjetivos. La distinción con la Función Legislativa, radica en los efectos jurídicos del acto, en esta son generales, en aquella son particulares. Esta posición olvida la actividad reglamentaria que cumple la administración; y por otra parte, al hacerse referencia exclusivamente a los actos jurídicos, se están excluyendo las operaciones materiales, las cuales constituyen parte fundamental de la actividad administrativa.

DOCTRINA ITALIANA:

Entiende la Función Administrativa, como la actividad estatal consistente en realizar en vista del funcionamiento de los servicios públicos, actos subjetivos, actos, condiciones y operaciones materiales. Se le objeta el hecho de que excluya el Reglamento, considerado como un instrumento típico de la actividad administrativa.

CRITERIO FINALISTA:

Envuelve tanto a la Administración como a la Función Administrativa en un mismo concepto, señalando que la Administración es la actividad del-Estado para la realización de sus fines, bajo el orden jurídico. Diferencia la Función Legislativa de la Jurisdiccional, en que la primera conlleva a la creación del derecho, mientras que la Jurisdiccional es una actividad dirigida al mantenimiento del orden jurídico. Este criterio también se ha rechazado, por cuanto el estado procura sus fines por medio de sus distintas funciones en sus respectivos campos de acción y no solamente a través de la función administrativa. Compartiendo el criterio expuesto por Enrique Sayaguéz Lazo (Derecho Administrativo T. N- 1: Pág. 43), pensamos que para fijar una posición en tomo a lo que a considerar la función administrativa se refiere, debe mirarse primeramente la realidad que muestra el derecho positivo. Ello nos lleva a afirmar que la Función Administrativa no se localiza en un solo órgano, tal como ya lo acotáramos, pues si bien es cierto que el Poder Ejecutivo es el que concentra mayores funciones administrativas, también lo es que dichas funciones las ejercen igualmente el Poder Legislativo y el Judicial, en lo que respecta a la organización de sus funciones.

Por otra parte, si nos detenemos en el tipo de actividad que dichos órganos realizan, notamos que la misma está referida, tanto a actos jurídicos como a operaciones materiales, en otras palabras declaraciones de voluntad y hechos jurídicos, lo cual no es otra cosa que el contenido de la función administrativa. Pero a su vez los actos jurídicos son de diversa naturaleza, pues así como existen los que crean normas generales como los reglamentos, hay también los que producen efectos particulares o subjetivos. Igualmente las operaciones materiales son de diversa índole, tanto como pueden ser los diferentes cometidos estatales.

Por último, debemos decir, que no hay ni un procedimiento ni una forma determinada para la realización de la actividad jurídica administrativa, como ocurre con la función legislativa y la jurisdiccional, sino que ella dependerá del órgano que actúa y de los cometidos que desempeñe.

En el Derecho Venezolano, al igual que en el resto de los derechos positivos contemporáneos, el Estado, al cumplir sus funciones fundamentales, vale decir, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, no establece ninguna relación jurídica con algún sujeto de derecho en particular. Mientras que en la Función Administrativa, el Estado gestiona el interés público en representación de toda la sociedad estableciéndose una relación jurídica con los particulares, comportándose ambos como sujeto de derecho.

En efecto, en la función legislativa, al sancionarse una ley por parte del órgano legislativo no se establece relación jurídica alguna entre dicho órgano y los particulares. Tampoco en el caso de la función ejecutiva, al dictar el órgano ejecutivo algún decreto, ello no conlleva al nacimiento de relación jurídica entre ese órgano y los particulares. En el caso de la función jurisdiccional, no es el Estado quien resuelva el conflicto, sino un tercero.

Pero en el caso de un Alcalde (por ejemplo) en uso de sus facultades de gestor del interés público que dicta una Ordenanza Municipal, entra en relación directa con el particular, justamente por ese interés público que está representado.

Tampoco puede afirmarse que la función administrativa, sea aquella que realizan los órganos que ejercen el poder ejecutivo, es decir, no puede identificarse esta función por la vía orgánica, porque si bien es cierto que ella corresponde normalmente a los órganos estatales, no es ni exclusiva ni excluyente de dichos órganos. En conclusión existe una separación orgánica de poderes, más no una separación orgánica de funciones.

NUESTRO CRITERIO:

Tomando en consideración el análisis que hemos realizado, a fin de conceptualizar la función administrativa, concluimos afirmando:

"La Función Administrativa es la actividad desarrollada por el Estado, actuando como persona jurídica y en representación del interés colectivo que conlleva al establecimiento de una relación jurídica con los particulares".

II

LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y LA RESPONSABILIDAD:

1. EVOLUCION HISTORICA:

Es el ejercicio de la función administrativa la que genera mayor cúmulo de responsabilidades para el Estado, justamente por la multiplicidad de actividades administrativas desempeñadas por sus órganos fundamentales. Esta responsabilidad llega a abarcar no solo la de tipo contractual, sino la excontractual, nacida con ocasión de las relaciones entre el Estado con los particulares. Sin embargo sabemos que las funciones de la Administración Pública, no solo se traducen en "actos" sino también en "hechos", de allí que la responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad administrativa puede surgir de actos o de hechos imputables a la administración.

Durante todo el período que abarcó la formación del Derecho Administrativo, dominó la idea de la irresponsabilidad del Estado en razón de los daños que esta pudiera ocasionar, actualmente como veremos se afirma la existencia de dicha responsabilidad.

Así en Francia a mediados del Siglo XIX se consideraba que el Estado era irresponsable, solo respondía cuando actuaba como persona privada, hoy día se considera que los daños sufridos por un particular con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos debe ser reparado por el Estado con su propio patrimonio. De manera pues que en el Derecho Francés la responsabilidad es la regla y la irresponsabilidad la excepción.

En Italia, en principio se admitió la responsabilidad del Estado en el campo del Derecho Privado, pero se excluía en el Derecho Público. La fundamentación de esta exclusión era el carácter ético y jurídico del Estado que descargaba la posibilidad de que se cometieran hechos ilícitos; en la función propia del Estado de crear el derecho, que sería incompatible con cualquier actividad contraria al derecho y a la legalidad; y finalmente en el carácter público de la personalidad del Estado, que impediría su sometimiento a un principio de Derecho Privado como era calificado el de la responsabilidad por daños. (Lares Martínez, Eloy, Pág. 508).

En Inglaterra, hasta hace poco se excluye a la Corona de responsabilidad, es el famoso principio del "COMMOM LAW". No podían los administradores aspirar a reclamación alguna ante los Tribunales de la Corona, sino contra los Funcionarios que hubiesen resultado culpables de daños sufridos por los particulares.

En Estados Unidos, también imperó hasta hace poco el principio de la irresponsabilidad de la administración. La responsabilidad recaía únicamente sobre los funcionarios y sólo el Poder Legislativo tenía facultades para reconocer la obligación de la Administración de pagar determinadas deudas. A tales efectos, desde 1866 se le confirió a la denominada "COURT OF CLAIMS" facultades de orden jurisdiccional fundadas en la responsabilidad contractual, decisión que estaba sujeta a recurso de apelación por ante la Suprema Corte de Justicia.

En las reclamaciones de origen extracontractual, la mencionada Corte, solo tenía atribuciones de orden meramente consultivo. Esta posición se mantuvo hasta el año 1946, en que fue promulgada la "Ley Federal Court Claims Act", la cual consagró el derecho de los administradores de ejercer por vía jurisdiccional contra la administración federal, sus acciones en reclamación de los daños y perjuicios provenientes de la actividad pública. A partir de allí queda reconocida la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, pero limitado por muchas excepciones.

En países latinoamericanos, como Brasil y Argentina, la orientación es determinante en cuanto a la irresponsabilidad del Estado, concretada en actos de carácter legislativo.

En Venezuela, la Constitución de 1901, reconocía de una manera indirecta la responsabilidad de la nación y de los Estados por daños provenientes de actividad pública, al expresar:

“En ningún caso podrán pretender, tanto los nacionales como los extranjeros, que la Nación ni los Estados indemnicen daños, perjuicios o expropiaciones que no se hayan ejecutado por autoridades legítimas obrando en su carácter legítimo”.

Tal disposición obedeció a las condiciones que atravesaba el país para ese momento ante los daños causados por la guerra federal, se quiso expresamente establecer la responsabilidad civil de la administración, aún cuando otras legislaciones no lo reconocían.

Actualmente la Doctrina es partidaria de aceptar la responsabilidad del Estado, con motivo fundamentalmente del ejercicio de la Función Administrativa.

2. FUNCION EJECUTIVA Y RESPONSABILIDAD:

En los Estados modernos se ha delineado una función de conducción política de la sociedad y del Estado, a través de la cual el Presidente de la República ejerce sus actividades como Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, es la Función Ejecutiva.

Su característica fundamental, tal como lo señala Allan Brewer Canas, es que está atribuida al nivel superior de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejercerla.

En nuestro país está representado en el Presidente de la República y los demás funcionarios que determinen la Constitución y las leyes. Sin embargo tradicionalmente al órgano ejecutivo se le ha dado un carácter unipersonal con la figura del Presidente de la República, ya que los Ministros, no tienen actitud constitucional para actuar en nombre del Estado, y por consiguiente, no integran el órgano presidencial: Son órganos del órgano Ejecutivo (Benjamín Villegas Basabilbaso, pág. 30).

En líneas generales, el órgano Ejecutivo en América Latina se ha consolidado como un Poder Ejecutivo fuerte, vigoroso. Este carácter de unipersonal ha respondido a toda una evolución histórica, que encuentra su más fuerte arraigo en la institución virreinal de la colonia, "entre la dictadura judicial o la parlamentaria los constituyentistas prefirieron una pseudo dictadura ejecutiva, limitada por la renovación del cargo de Presidente cada cinco años, en elecciones de carácter directo" (Picard de Orsini, Marie, Pág. 29).

En Venezuela el Presidente de la República de acuerdo a las atribuciones que le corresponden por disposición constitucional, tiene un triple carácter: Jefe del Ejecutivo Nacional, Representante del Estado Venezolano y Supremo Comandante de las Fuerzas Armadas Nacionales.. Las múltiples atribuciones colegislativas, políticas, administrativas, conferidas al órgano ejecutivo han centrado el mismo al Poder Ejecutivo. Una sola función le está prohibida: La judicial. Y si nos atenemos al principio de la separación de poderes y a la separación de funciones, se puede determinar que sus competencias son mucho más extensas que las otorgadas a otros poderes, pudiendo afirmarse que ejerce dos funciones propias: la función de gobierno y la función administrativa. Funciones que por lo demás han sido consideradas por la doctrina como vitales, continuas y permanentes, vinculadas con la Constitución pero libres en su iniciativa y desarrollo.

En este tratar de delimitar competencias es necesario tener presente que en el momento de distribuirse las funciones estatales, al Poder Ejecutivo se le asigna la función administrativa, como una función específica y se asimila entonces el Poder Ejecutivo y Poder Administrador. Pero la Administración en una Función del Estado y de ninguna manera un Poder del Estado; es pues, una función determinada que realizan preferentemente los órganos del ejecutivo.

Por su parte los actos de gobierno, han sido objeto de múltiples interpretaciones por la doctrina y una de ellas es la que los asimila a acto político, creemos que esta es la posición más acertada, pues el órgano ejecutivo en el cumplimiento de sus diversas tareas gubernamentales realiza dos tipo de actividades: la política y la administrativa.

Cabe preguntarnos ¿Y cuál es la responsabilidad que al órgano ejecutivo le corresponde en el mismo desempeño, tanto de los actos de gobierno como de la función administrativa? Para responder a esta interrogante debemos afirmar que en Venezuela la actividad de gobierno al igual que la legislativa, debe ser desarrollada a través de la Constitución, en consecuencia el control constitucional sobre los mencionados, actos es ejercido por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo establecido en el Ord. 6to. del Artículo 215 de la Constitución Nacional. De manera que se establece una cierta relación entre el Organo Judicial y el Ejecutivo, ya que si bien es verdad, que el Organo Judicial es independiente y está exento de control, en el ejercicio de sus funciones, no es menos cierto que es a este órgano a quien le corresponde controlar la constitucionalidad de los actos del Jefe del Estado, más cuanto éste, además de ser Jefe de Estado lo es también del Ejecutivo.

Sin embargo, hay que destacar en este momento, que cuando los actos emanados del Jefe del Estado, van acompañados del referendo ministerial, este control se extiende a los Ministros que los hayan suscrito conjuntamente con el Presidente de la República; quedando a salvo la responsabilidad de aquellos Ministros que hagan constar su voto adverso o negativo.

En cuanto a la Función Administrativa, nuestra Constitución establece una responsabilidad de carácter individual para el Presidente de la República y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, extiende esa responsabilidad de carácter personal a que la misma pueda ser de tipo penal, civil o administrativa.

3. FUNCION LEGISLATIVA Y LA RESPONSABILIDAD:

El Estado en el ejercicio de su Función Legislativa, es decir legislando, puede lesionar un interés particular. Se trata entonces de determinar hasta donde está obligado el Estado a responder por los daños que ocasione con motivo de las leyes que emita. Es lo que la doctrina denomina "Responsabilidad del Estado-Legislador", o responsabilidad del Estado por Actos Legislativos. La respuesta a esta interrogante, es la que en el Derecho Público cronológicamente surge en último término, al punto de existir en la actualidad países que no lo han logrado establecer en sus respectivas legislaciones, aún cuando existe una tendencia a aceptarla, tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia.

En la Doctrina Venezolana, el administrativista Eloy Lares Martínez, somete la responsabilidad del Estado por actos legislativos al cumplimiento de condiciones concurrentes, las que por lo rigurosas hacen que sean de rara aplicación:

- a.- Que el perjuicio sea especial, es decir que haya afectado a un solo individuo o a un pequeño número de individuos;
- b.- Que sean de gravedad suficiente;
- c.- Que el Perjuicio sea cierto y apreciable en dinero, y
- d.- Que la actividad prohibida o suprimida o la situación afectada no hayan sido contrarias a la salud, a la moral o al orden público, y en términos generales que no hayan sido anti-sociales. (Lares Martínez, Eloy. Pág. 518).

El mismo autor señala, que para que sea reconocido el derecho a la indemnización es necesario la singularidad del daño, es decir, que se haya afectado un derecho concreto o el contenido mismo de un derecho y no que se trate de una simple imitación que la Ley establezca a un derecho abstractamente considerado.

Igualmente es necesario destacar, hasta donde es posible responsabilizar personalmente, a los miembros de los cuerpos legislativos por las leyes sancionadas por ellos, responsabilidad que debemos negar, ya que en todo caso si hubiere alguna lesión que diere lugar a algún tipo de responsabilidad, y una vez que se hubieren cumplido las circunstancias concurrentes señaladas anteriormente, el único responsable sería el Estado-Legislador.

El fundamento de la responsabilidad del Estado por actos legislativos, es consecuencia del principio de la igualdad de los particulares ante las cargas públicas. En efecto, si una ley lesiona a una minoría o a un individuo, es preciso que el patrimonio público responda de tal daño, se favorecería de esta manera no a un grupo de individuos, sino a toda la colectividad.

Al analizar la regulación jurídica existente en relación con el daño ocasionado al administrado o particular y el resarcimiento que tal daño amerita, pueden presentarse tres situaciones:

- a.- Que la propia ley reconozca el derecho a la indemnización;
- b.- Que la Ley guarde silencio;
- c.- Que la Ley niegue el derecho de resarcimiento.

En el primer caso, lógicamente no habría dificultades, pues lo conducente es cumplir la ley en lo que respecta a la indemnización.

En el segundo caso, habría que analizar la situación planteada, tomando en cuenta las circunstancias señaladas y de cumplirse a cabalidad, aplicar principios propios del derecho y prosperaría la responsabilidad del Estado-Legislator.

En el tercer supuesto, la ley misma señala la irresponsabilidad, por lo que no habrá lugar a resarcimiento alguno.

Nuestra legislación, no consagra expresamente ninguna disposición que acepte o niegue la responsabilidad del Estado-Legislator, por lo que cualquier interpretación al respecto es fundamentalmente de carácter doctrinario o jurisprudencial. Cabe sin embargo destacar que sí existe entre nosotros de acuerdo a lo establecido en nuestra Constitución el control de la Constitucionalidad de las leyes ejercido por la-Corte Suprema de Justicia, pero solo en la medida en que su aplicación cause un daño. También prevé nuestra legislación civil la posibilidad que tienen los jueces de aplicar con preferencia la Constitución, en virtud del control difuso de la constitucionalidad.

4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA FUNCION JURISDICCIONAL:

Tradicionalmente se ha establecido la irresponsabilidad estatal por los actos jurisdiccionales, de tal manera que los jueces al impartir la justicia van a ser inimputables por las decisiones que tomen en el ejercicio de su cargo.

Es necesario precisar que cuando se habla de irresponsabilidad del Estado-Juez, estamos haciendo referencia específicamente a las sentencias definitivas, dictadas dentro de un proceso judicial, ya que paralelamente se habla de "actos judiciales de tipo jurisdiccional" pues el órgano judicial también puede emitir actos no jurisdiccionales que son considerados como "actos administrativos" y en consecuencia en este caso existiría sencillamente una responsabilidad de carácter administrativo.

El fundamento de la negativa de la responsabilidad del Estado-Juez, se encuentra en la presunción de verdad que emerge de la cosa juzgada. Si lo decidido por sentencia firme se reputa como verdad legal, no puede surgir por ese acto responsabilidad alguna para el Estado. Si excepcionalmente una nueva decisión o un nuevo acto jurisdiccional establece y reconoce un error judicial, desaparece el fundamento de la irresponsabilidad y consecuentemente el resarcimiento.

Por otra parte, desde el punto de vista teórico la responsabilidad del Estado-Juez no solo abarca su actividad en el campo penal, sino que pretende extenderse al ámbito civil, en ambos casos tal responsabilidad presenta matices totalmente diferentes. Así en el campo civil, esta eventual responsabilidad aparece o se presenta muy atenuada, ya que en este caso el Estado actúa como un "tercero", que dirige un conflicto patrimonial entre partes, son estas quienes llevan el control del proceso a través de sus respectivas acciones y excepciones. En el campo penal, la responsabilidad del estado por sus actos judiciales y su deber de indemnizar nace en el supuesto del denominado "error judicial", es decir, cuando alguien fue definitivamente condenado, sufrió prisión y posteriormente resulta inocente; es en este supuesto donde se habla de resarcimiento a la víctima de los perjuicios ocasionados. No sería procedente en modo alguno imputar responsabilidad al Estado con la consecuente obligación de la indemnización, cuando alguien ha estado privado de su libertad, durante la sustanciación del proceso y finalmente se ha puesto en libertad.

Existen sin embargo, algunos autores que niegan la responsabilidad del Estado por acto jurisdiccional. Sostienen ellos, que dicha responsabilidad no es admisible por oponerse a ello el propio carácter del acto jurisdiccional, que al adquirir valor de "cosa juzgada" (presunción de verdad legal) impide una nueva decisión sobre un mismo asunto, lo cual sostienen dichos autores sería socialmente imposible.

Otros tratadistas señalan que esta irresponsabilidad jurisdiccional es una necesidad social y la admiten solamente si una Ley expresamente la establece.

Por último, existe otro grupo de autores que sustentan el fundamento de tal responsabilidad en el hecho de que el Estado es responsable por las consecuencias de sus actos judiciales erróneos en el ámbito penal, vale decir, en el supuesto de condenar a un inocente.

Ante tal divergencia de criterios, somos partidarias de la tesis de que no es necesario la existencia de una ley que expresamente señale la responsabilidad del Estado por acto jurisdiccional, sino que ello debemos buscarlo en los principios de derecho público que integran el estado de derecho, pues se atentaría contra los derechos más importantes del ser humano con son el derecho a la vida y a la libertad.

En materia legislativa y dentro del Derecho Comparado, encontramos países en los cuales su legislación establece la irresponsabilidad civil de los jueces y otros por el contrario en los que se reconoce tal responsabilidad, en este último caso, a su vez, existen los que establecen limitaciones a la responsabilidad, tanto desde el punto de vista material como procesal, mientras que en otros la limitación es únicamente en lo material más no procesal.

En Venezuela, el Código de Enjuiciamiento Criminal contempla la posibilidad de la revisión de sentencias penales, sin que ninguna ley autorice al declarado inocente, a reclamar indemnización alguna contra el Estado.

III

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION EN LA LEGISLACION VENEZOLANA

1.- FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL:

Consagra el Artículo 3 de la Constitución Nacional:

"El gobierno de la República de Venezuela es y será siempre democrático, representativo, responsable, y alternativo" (subrayado nuestro).

Esta disposición, señala expresamente dentro de los principios que inspiran nuestro gobierno, la responsabilidad de la República, y el Artículo 47 reconoce la responsabilidad del Estado y de la Nación por daños provenientes del ejercicio de una función pública. En efecto el mencionado dispositivo establece:

"En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios los indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causadas por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública".

Tal disposición fue consagrada así por la Constitución de 1901, y al decir de Eloy Lares Martínez, tuvo una razón histórica, que no fue otra que la de evitar la responsabilidad de las entidades públicas por los daños causados por los rebeldes en nuestras contiendas civiles, tan frecuentes en aquella época. La Constitución Venezolana, desde entonces reconoce la responsabilidad civil de la Administración. Posteriormente al estatuirse en nuestro país a partir de la Constitución del 61, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el artículo 206 ha consagrado que los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, son competentes para "condenar el pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración y disponerlo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa". Precepto constitucional que ha sido complementado por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1977.

La Jurisdicción Contencioso Administrativa, en nuestro país tiene un origen y una garantía de orden estrictamente constitucional, cuya organización ha sido encomendada en forma transitoria a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Esta particularidad ha dado lugar para que autores como Moles Caubet, señalen que en estos casos, cuando por actos o hechos de la Administración se ocasione un daño susceptible de generar responsabilidad patrimonial, su regulación debe corresponderle a la ley.

Nuestros autores patrios, extienden la competencia de los Tribunales Contencioso Administrativos tanto en referencia a la posibilidad de dictar sentencias condenatorias como consecuencia de las decisiones anulatorias de los actos ilegales de la administración, como a los actos o hechos emanados de la administración que hubiesen generado daños y perjuicios al patrimonio de los administrados, e igualmente cuando esos daños y perjuicios han emanado de la conducta omisiva de la administración.

Ahora bien, nuestra Constitución es más explícita cuando se trata no ya de fijar responsabilidad a la administración pública, sino a los funcionarios que pertenecen a ella. En efecto el artículo 46 reza lo siguiente:

“Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirva de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las Leyes”.

El encabezamiento de este artículo acoge el principio de la supremacía constitucional, al establecer la nulidad de cualquier acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos que garantiza la Constitución. Establece una responsabilidad para el funcionario público que ordene o ejecute un acto contrario a la Constitución, la cual puede ser civil, penal o administrativa, no pudiendo alegar que cumplía órdenes superiores, ya que el tiene el deber de negarse a cumplir las mismas, si estas van en contra de lo establecido en la Constitución y en las leyes, aún cuando esta orden emane del Primer Mandatario Nacional.

Por su parte el Artículo 121 señala:

"El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley".

Esta disposición prevé una responsabilidad individual para cualquier Funcionario Público que incurra en su actuación en alguna irregularidad jurídica, infringiendo con la misma, bien sea la Constitución, alguna Ley Nacional o estatal, la Constitución de un Estado, e incluso un Reglamento o una Ordenanza Municipal.

De manera que, de acuerdo a las disposiciones constitucionales transcritas, la responsabilidad en que pueden incurrir los Funcionarios Públicos puede ser civil, penal ó administrativa. Existe responsabilidad penal, cuando el funcionario realice acciones o incurra en omisiones, tipificadas como delitos o faltas por las leyes penales. Es responsabilidad administrativa, cuando el funcionario en el ejercicio de sus funciones, por actos o hechos propios de su administración viole las normas legales o reglamentarias que regulan sus relaciones con la Administración Pública, provocando un ilícito administrativo que apareja una sanción de carácter administrativo, para lo cual no se hace necesario la existencia de un daño. En cuanto a la responsabilidad civil, debemos puntualizar que ésta se produce cuando los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, bien por acción u omisión causan un daño a los particulares o a la administración. Impone como consecuencia fundamental la de resarcir el daño causado, por lo que debe restablecerse la situación jurídica infringida al estado existente para el

momento de producirse el daño, en caso de no ser posible, debe indemnizarse a la víctima por los daños y perjuicios a que hubiera lugar.

El artículo 192 de nuestra Constitución consagra:

"El Presidente de la República es responsable de sus actos de conformidad con esta Constitución y las leyes".

Y el Artículo 196 estipula:

"Los Ministros son responsables de sus actos, de conformidad con esta Constitución y las leyes, aún en el caso de que obren por orden expresa del Presidente. De las decisiones del Consejo de Ministros serán solidariamente responsables los Ministros que hubieran concurrido salvo aquellos que hayan hecho constar su voto adverso o negativo".

Es de hacer notar, que en estos dos dispositivos el constituyente establece de una manera expresa la responsabilidad del Presidente de la República y sus Ministros, señalando una solidaridad por parte de los Ministros que hayan incurrido en responsabilidad al refrendar los actos del Presidente de la República. Situación ésta que no se presenta con el resto de los Funcionarios Públicos, los cuales se entienden incluidos de una manera genérica en los artículos 46 y 121 anteriormente comentados.

Vale la pena destacar que el artículo 139 de la Constitución Nacional, otorga al Congreso potestades para realizar investigaciones, a fin de controlar, tanto la Administración Pública nacional, como al Jefe del Estado, por otra parte también la Constitución (art. 220, numeral 5°), confiere al Ministerio Público competencia para "intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones".

Hemos analizado como nuestra Constitución regula por una parte la responsabilidad de la Administración y por la otra la de los Funcionarios Públicos que la integran, de tal manera que al encontramos frente a un daño proveniente de algún órgano público, habría que determinar si este daño es imputable a la Administración o al Funcionario, una vez establecida la relación de causalidad se podrá solicitar el resarcimiento correspondiente.

2. FUNDAMENTO LEGAL:

Nuestra legislación al regular la responsabilidad de los órganos del Poder Público se ha limitado a establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos, sin haber mención expresa a la responsabilidad de la Administración.

En este sentido la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público del 23 de Diciembre de 1982, al regular la responsabilidad de los Funcionarios Públicos y tomando como fundamento la Constitución hace una distinción de la misma en cuatro grandes categorías: Civil, Penal, Administrativa y Disciplinaria, derogando expresamente la Ley de Responsabilidad de 1912 y la Ley contra el enriquecimiento ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos de 1964. A fin de tener una noción general de la regulación que al efecto realiza la L. O. S.P.P., nos referiremos a los aspectos consagrados en esta Ley y que consideramos más importantes: La responsabilidad civil de los Funcionarios Públicos, frente al Estado o a los particulares había estado regulada básicamente por el Código Civil, disposiciones que fueron derogadas con el nacimiento de esta Ley, la que en su artículo 34 expresa:

"El funcionario o empleado público responde civilmente cuando con intención, negligencia, imprudencia o abuso de poder cause un daño al Patrimonio Público. La responsabilidad civil se hará efectiva con arreglo a las previsiones legales pertinentes".

Igualmente señala cuando un funcionario o un empleado público incurren en enriquecimiento ilícito, estableciendo los elementos para su determinación; en efecto el artículo 44 prevé que si estos sujetos, durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación y sin poder justificarlo, tengan en su posesión o por interpuesta persona, bienes que notoriamente sobrepasan sus posibilidades económicas, cometen enriquecimiento ilícito, establece en su Art. 4 como elementos para su determinación los siguientes:

1. La situación patrimonial del investigado;
2. La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios.
3. La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento.
4. Las ventajas obtenidas por la ejecución de contratos con: La República, Estados, Municipios, Institutos Autónomos o Establecimientos Públicos y demás personas jurídicas de carácter público en los que aquellos tengan participación. Así como con las sociedades en las que la República y demás personas, antes mencionadas, tengan participación igualo mayoral cincuenta por ciento. Igualmente con las fundaciones que están constituidas y dirigidas por las personas en referencia o aquellas de cuya gestión pudiera derivarse compromisos financieros con las mismas.

En lo atinente a la Responsabilidad Penal, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, deroga expresamente las disposiciones del Código Penal, reguladoras de los delitos cometidos por funcionarios públicos, tales como peculado, concusión, abuso genérico de funciones y excitación a la desobediencia de las leyes o las medidas tomadas por la autoridad, lucro de funcionarios, suposición de valimiento con los funcionarios públicos, así como también la noción de funcionarios públicos. Normas éstas contenidas en el Título III del Código Penal, Libro II que trata de los Delitos contra la Cosa Pública.

Además, la Ley Salvaguarda introduce nuevos delitos con la finalidad de incorporar formas más diversas de atentar contra el patrimonio público.

Con respecto al delito de peculado, lo modifica substancialmente en cuanto a su forma tradicional, y señala diversas figuras del mismo. Así, en el artículo 58 define la figura del peculado doloso propio señalando que es el "lucro del funcionario que se apropia o distrae, en provecho propio o de otros bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público, cuya recaudación, administración o custodia tenga por razón sus funciones".

Introduce en el Artículo 60, un nuevo delito como es el de malversación: "El funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aún en beneficio público, será penado con prisión de seis meses a tres años, pudiendo elevarse la pena en una tercera parte si como consecuencia del hecho resultare algún daño o se entorpeciere algún servicio público".

Es necesario destacar que para que se perfeccione el delito de peculado, de acuerdo con la ley, no hace falta que los bienes objeto de peculado estén bajo la custodia o tener una relación con el sujeto activo, sino que es suficiente con que la persona pueda disponer de los bienes objeto de peculado, en razón de una posibilidad de hecho o legal, que permita la distracción y en consecuencia se los apropian o distraen.

Asimismo, son consagradas las figuras del peculado culposo y del peculado de uso. El primero está contenido en el artículo 59 de la Ley y consiste en atribuirle responsabilidad al

funcionario público "que por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones, diere ocasión a que otra persona se apropie o distraiga los bienes indicados en el artículo que precede, será penada con prisión de tres meses a un año".

Establece de una manera genérica el cuerpo del delito en los "bienes del Patrimonio Público", expresión esta que por su amplitud comprende cualquier bien. Y en cuanto al peculado de uso, éste está consagrado en su artículo 71, numeral 5:

Serán penados "con prisión de uno a cinco años al funcionario público o a cualquier persona que utilice en obras o servicios de índole particular, para fines contrarios a los previstos en las leyes, reglamentos, resoluciones u órdenes de servicio, a trabajadores, vehículos, maquinarias o materiales que por cualquier título estén afectados o destinados a un organismo público".

Debemos resaltar que dicho artículo extiende la condición de sujeto activo a "cualquier persona", además del funcionario público; lo que conlleva a desnaturalizar el delito de peculado. A fin de no incurrir en tal desnaturalización, afirmamos con Alberto Arteaga, que los únicos que pueden cometer este delito, además de los funcionarios públicos, lógicamente serían "aquellos particulares que tengan de hecho a su cargo trabajadores o bienes públicos. Además cuando el funcionario público permite que un particular use los bienes públicos en el sentido expresado, responderían ambos por este mismo delito a título de coautores" (Ley Orgánica de Salvaguarda del patrimonio Público, Alberto Arteaga y otros; Pág. 133).

En cuando al delito de Concusión, el artículo 62, lo consagra señalando de que incurre en él: "el funcionario que, abusando de sus funciones, constriña o induzca a alguien a que dé o prometa para sí mismo o para otro, una suma de dinero o cualquier otra ganancia o dádiva indebidas, será penado con prisión de dos a seis años y multa de hasta el cincuenta por ciento de la cosa dada o prometida".

Este delito se perfecciona por la conducta del funcionario público, abusando de sus funciones, de una manera explícita o implícita, por medio de violencias o amenazas o cualquiera otra forma capaz de atemorizar, apoyándose en su condición de funcionario público.

Consagra la corrupción de funcionarios manteniendo las clásicas figuras de la corrupción impropia y la propia, según sea el tipo de corrupción, es decir tenga por objeto el lucro de omitir o retardar un acto funcional o de realizar un acto contrario a los deberes del cargo.

El artículo 65, define la corrupción impropia, expresando que: "cualquier funcionario público que por razón de sus funciones reciba para si mismo o para otro, retribuciones u otra utilidad que no se deban o cuya promesa acepte, será penado con prisión de uno a cuatro años y multa de hasta el cincuenta por ciento de los recibido o prometido. Con la misma pena será castigado quien diere, prometiére el dinero, retribuciones u otra utilidad indicados en este artículo".

En el artículo 67, hace referencia a la corrupción propia al expresar. "Cualquier funcionario público que por hacer, retardar u omitir algún acto de sus funciones, o que por efectuar alguno que sea contrario al deber mismo que ellas impongan, reciba o se haga prometer dinero u otra utilidad, bien por sí o mediante otra persona, para sí o para otro, será penado con prisión de tres a siete años y multa de hasta el cincuenta por ciento del beneficio recibido o prometido". El artículo prosigue y señala agravantes en caso de que la conducta haya tenido por efecto conferir empleos públicos, subsidios, pensiones u honores, o hacer que se convenga en contratos relacionados con la administración a la que pertenezca el funcionario, o se si tratarse de corrupción judicial si de ello resultare una sentencia condenatoria restrictiva de la libertad que exceda de seis meses. Y por último, el mismo dispositivo señala que "con

las mismas penas, y en sus casos, será castigado quien diere o prometiére el dinero u otra utilidad indicados en este artículo".

El abuso de funciones, está previsto en el artículo 69 de la Ley de Salvaguarda, el cual señala: "Cualquier funcionario público que con la finalidad de obtener algún provecho o utilidad y abusando de sus funciones, ordene o ejecute en daño de alguna persona un acto arbitrario que no esté especialmente previsto como delito o falta por una disposición de Ley, será castigado con prisión de seis meses a un año". Este dispositivo que deroga al artículo 204 del Código Penal, en el que se regulaba el abuso genérico de funciones y la excitación a la desobediencia de las leyes por parte del funcionario, no exigía para el funcionario público el elemento subjetivo de "obtener algún provecho", sino simplemente tipificaba este delito de una manera netamente objetiva. A la luz de la nueva legislación solo serán reos de delito aquellos funcionarios que con abuso de sus funciones, ejecuten los actos anteriormente mencionados, "con la finalidad de obtener algún provecho o utilidad", quedando de esta manera derogado el delito de abuso genérico de funciones para regular un nuevo lucro punible, en el que la ley va a ser menos severa, ya que al exigir el elemento subjetivo, es decir que el funcionario obtenga un lucro o beneficio, quedarían impunes todos aquellos que llevados por el odio, la soberbia o alguna retaliación política cometieran estos hechos.

El lucro de funcionarios, ha sido derogado por la Ley de Salvaguarda dando paso a nuevas figuras delictivas que en definitiva conllevan un lucro del funcionario, así el artículo 63 de la Ley prevé que "El funcionario público que utilice con fines de lucro, para sí o para otro, informaciones o datos de carácter reservado de los cuales tenga conocimiento en razón de su cargo, será penado con prisión de dos a seis años y multa de hasta el cincuenta por ciento del beneficio perseguido u obtenido. Con la misma pena será castigado quien diere u ofreciere, los objetos que constituyan el lucro al cual se refiere este artículo".

El artículo 64 establece un nuevo tipo delictivo a fin de regular el lucro de funcionarios, en los siguientes términos: "Fuera de aquellos casos expresamente tipificados el funcionario público o cualquier persona que por sí misma o mediante persona interpuesta se procure ilegalmente alguna utilidad en cualquiera de los actos de la administración pública, será penado con prisión de uno a cinco años y multa de hasta el cincuenta por ciento de la utilidad procurada".

Como podemos observar dicho acto delictivo, tiene una naturaleza subsidiaria, ya que únicamente va a ser aplicado, en los casos que no están expresamente tipificados.

La tipificación de este delito presenta la particularidad de que puede ser cometido por "cualquier persona", razón por la cual ya no puede hablarse de lucro de funcionarios.

Por último, esta disposición que deroga el artículo 205 del Código Penal, introduce un término nuevo: "ilegalmente", lo que no se requería en el delito derogado, para el que era suficiente el interés privado en los actos de la administración, aunque estos fuesen legítimos.

La ley es amplia en regulación de la obtención de utilidad o lucro por parte de los funcionarios públicos, en actos de la administración pública. Es necesario mencionar el artículo 70 de las tantas veces citada Ley de Salvaguarda ya que en el mismo se establece como figura delictiva el concierto de funcionarios con contratistas a fin de obtener un determinado resultado.

En el artículo 71, se enumeran expresamente varios delitos con diversas sanciones, así: el funcionario público o cualquier persona que haya obtenido ventaja económica o alguna ganancia en la enajenación, adquisición o gravamen de bienes o servicios en los que esté interesada la administración pública, serán penados con prisión de dos a diez años. Esta misma pena es aplicada a los que se aprovechan fraudulentamente de fondos públicos o se enriquezcan por haber emitido declaraciones falsas. Y establece una pena de prisión de uno a cinco años, para el que se apropie ilegalmente de bienes públicos, utilice de manera ilegal los

bienes públicos y los obreros al servicio del Estado; o declaren, cobren o paguen utilidades ficticias o que no deben distribuirse.

Vale la pena mencionar también dentro de estas nuevas figuras delictivas: el de tráfico de influencias (artículo 72); la falsedad en la declaración jurada de patrimonio (artículo 73); la obtención de beneficios económicos con ocasión de faltas administrativas (artículo 78, numeral 1); la apertura y manejo irregular de cuentas bancarias con fondos públicos (artículo 79); la calumnia específica por la presunta comisión de los hechos punibles contemplados en la Ley de Salvaguarda (artículo 80).

Además de analizar los delitos y las sanciones para ellos establecidas, creemos conveniente mencionar otros aspectos que en materia penal presenta la ley que comentamos.

En efecto, en materia de culpabilidad la Ley no trae una normativa expresa, por lo que se aplican los principios generales que regulan esta materia. Sin embargo, en algunos casos adopta disposiciones contrarias al principio de culpabilidad y lesiona el orden constitucional y legal, como en el artículo 46 en el que consagra la inversión de la carga de la prueba en materia de enriquecimiento ilícito, aplicable también al artículo 65. Normativa esta contraria al principio de inocencia a favor del imputado, establecida en el artículo 8, numeral 2 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tal inversión de la carga de la prueba podría considerarse lesionadora del orden constitucional, ya que es contraria a la garantía de la inviolabilidad de la libertad consagrada en el artículo 60 de la Carta Magna. También lesiona el texto constitucional la norma del artículo 37 de la Ley, al establecer que "ningún funcionario será relevado de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden de funcionario superior, al pago, uso o disposición indebida de los fondos u otros bienes de que sea responsable, salvo que compruebe haber advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida". Esta norma choca con el artículo 46 de la Constitución Nacional, que señala que no sirven de excusa a los funcionarios "órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes", por lo que mal podría dicho funcionario alegar que señaló por escrito la ilegalidad de la orden, a fin de eludir una responsabilidad bien sea civil, penal o administrativa.

En algunos casos la Ley de Salvaguarda lesiona el principio de la legalidad, por caer en imprecisión que genera cierta inseguridad como en el caso del artículo 64 que se refiere a lo que antes era denominado lucro de funcionarios, y hoy, en virtud de tal disposición ya no es por extenderse a "cualquier persona".

De acuerdo a la Ley de Salvaguarda el sistema de penas es mucho más severo que el que venía utilizando, ya que establece como pena básica para los delitos de corrupción administrativa la prisión a la que le añade en la mayoría de los casos una multa, y a la que no le será procedente los beneficios de la libertad bajo fianza y el sometimiento a juicio durante el proceso, como tampoco la suspensión condicional de la pena, como sustitución penal, ni la anticipación de la libertad definitiva a través del sistema consagrado en la Ley de Régimen Penitenciario de la Libertad Condicional.

También la Ley de Salvaguarda establece una pena accesoria a la prisión como es la inhabilitación para ejercer cargos o funciones públicas, una vez cesada la condena, o por un tiempo igual a la de ésta (artículo 104).

En cuanto al concurso de delitos la mencionada ley lo regula en el artículo 105, adoptando el principio de la acumulación jurídica, señalando que se aplicará en caso de concurso, la pena mayor, la cual podrá ser de prisión o de prisión y multa, y además la mitad del tiempo correspondiente a la pena del otro u otros delitos.

En cuanto a la prescripción la Ley de Salvaguarda únicamente hace referencia es a la prescripción de la acción, en efecto, el artículo 102 señala de una manera genérica, un lapso de cinco años para la prescripción de las acciones penales, civiles y administrativas, remitiendo al Código Penal para el cómputo de dicho lapso. Sin embargo si el infractor es un

funcionario público, la prescripción se comenzará a contar a partir de la fecha de cesación en el cargo o función, y si se tratare de funciones que gocen de inmunidad, se contará, desde el momento en que ésta hubiere cesado o haya sido allanada. Por otra parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público, le señala al mismo, dentro de sus atribuciones, la de "ejercer la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia o requerimiento de parte y en los demás casos establecidos en la ley" (artículo 6, ordinal 8).

La Responsabilidad Administrativa, surge de la violación de una norma legal o reglamentaria, por parte del funcionario público o particulares, lo que da como resultado un ilícito administrativo.

Es en virtud de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que se logra una regulación completa de la responsabilidad administrativa y sus consecuencia sancionadoras, en relación a la administración de los fondos del Estado.

Esta responsabilidad administrativa, en algunos casos está prevista en leyes especiales, tal como sucede con la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, la cual señala supuestos de responsabilidad pero únicamente para el caso de los funcionarios de Hacienda.

Igualmente, es necesario hacer referencia a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establece una sanción administrativa pecuniaria por los casos de omisión, retardo o violación de normas de procedimiento administrativo por los funcionarios públicos (artículo 100).

La determinación de la Responsabilidad Administrativa y la imposición de sanciones pecunarias a los funcionarios públicos le corresponde a la Contraloría General de la República, de conformidad con el numeral, cuarto del artículo 22 y artículo 33 de la Ley Orgánica del Patrimonio Público.

La Contraloría también va a tener competencia para investigar y fiscalizar todos los actos que tengan relación con el Patrimonio Público (artículo 25 dula Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público).

En cuanto al procedimiento la Ley de Salvaguarda le señala esta facultad a la Contraloría General de la República, al expresar en su artículo 26 que: "Si de las inspecciones y fiscalizaciones surgen indicios de que se han cometido actos violatorios de esta Ley, la Contraloría General de la República por acto motivado, acordará iniciar la investigación correspondiente y ordenará practicar las diligencias que sean procedentes". Una vez iniciada la investigación por la Contraloría, todo el procedimiento se va a regular por la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en sus artículos 86 y siguientes.

Y por último, en cuanto a la Responsabilidad Disciplinaria de los funcionarios públicos, ésta surge de una forma subsidiaria, al declararse la responsabilidad administrativa, por parte de la Contraloría, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste en el término de treinta días, aplique razonadamente la sanción disciplinaria que corresponde, de lo cual informará por escrito a la Contraloría. (Artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Transcurren los treinta días señalados anteriormente sin que hubiere aplicado la sanción disciplinaria correspondiente, el Contralor General de la República solicitará al Fiscal General de la República requerir de la administración la imposición de la sanción que estime pertinente. (Art. 29 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público).

IV

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION EN EL DERECHO COMPARADO

Con el fin de hacer un análisis del Derecho Comparado en materia de Responsabilidad de la Administración, abordaremos el tema, enfocando cada una de las funciones que la administración cumple y su regulación legislativa.

A. FUNCION LEGISLATIVA Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:

FRANCIA. En Francia, hasta 1938 predominó la tesis de la irresponsabilidad del Estado por acto legislativo; se sostenía que no se podía aceptar responsabilidad como consecuencia de la aplicación de una ley, aún cuando hubiese ocasionado perjuicios y que el Legislador en este caso sólo podía acordar indemnizaciones. No obstante lo injusto de esta normativa para los particulares, se logró la reparación en caso de enriquecimientos injustos e igualmente la derivada de vínculos contractuales. En 1938, a partir del caso denominado "LA GRADINE" la jurisprudencia admitió la responsabilidad por acto legislativo, fundamentándose en el principio de la igualdad de los particulares ante las cargas públicas. Esta posición ha sido reiterada, fundamentalmente a partir de 1944, cuando el Consejo de Estado señaló que las cargas creadas en interés general, debe soportarlas la colectividad; a fin de solventar esta situación, tanto la Doctrina como la Legislación Francesa han evolucionado afamando la responsabilidad del Estado Legislador.

ITALIA. En Italia predomina el principio de la irresponsabilidad del Estado en materia Legislativa, sin embargo, existen opiniones doctrinarias contrarias a esta tesis y la Jurisprudencia ha acordado en ciertas oportunidades la indemnización.

ARGENTINA. El legislador no ha establecido en una forma expresa la responsabilidad del Estado; por lo que en el plano doctrinal nos vamos a encontrar con autores que la admiten, mientras que otros por el contrario la niegan.

BRASIL. En este país se ha establecido la irresponsabilidad del Estado por acto legislativo.

URUGUAY. Aún cuando se establecía la irresponsabilidad del Estado por acto Legislativo, sin embargo a partir de 1931, la Corte Suprema declaró la responsabilidad del Estado, fundamentándose básicamente en el principio de la igualdad de las cargas públicas o la protección constitucional de los derechos individuales.

De manera que en las legislaciones comentadas, la inclinación es a reconocer la indemnización a los particulares frente a la creación de una Ley, correspondiendo al Legislador la facultad para decidir en cada caso las razones que aconsejen consagrar el derecho a la indemnización, y en tal sentido podrá proceder en tres direcciones: 1º) Negando todo derecho a la indemnización, en cuyo caso lo establecido por la Ley es obligatorio para todos; 2º) Acordando cierta indemnización de una manera expresa y negándose a los casos no previstos expresamente y 3º) Reconociendo la indemnización sin señalar el monto, el cual queda a la consideración de la administración o de los jueces.

B.- FUNCION JURISDICCIONAL Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

FRANCIA. La responsabilidad civil personal del Juez, en el derecho francés, se exigía en base a una institución denominada "prise a'partie" dicha responsabilidad solo está planteada con respecto a los Magistrados del Cuerpo Judicial Ordinario y únicamente por sus faltas personales.

El Código de Procedimiento Civil Francés de 1933, en su artículo 105, estableció la responsabilidad civil en dos supuestos:

1. En el caso de dolo, prevaricación, cohecho y falta profesional grave;
2. En caso de denegación de justicia.

Podemos determinar que la responsabilidad civil del Juez en esta legislación sólo se admite por las causas expresamente señaladas en la ley. Igualmente hay que destacar que el particular no podrá dirigir su pretensión directamente contra el Juez, sino contra el Estado, al punto de que aquel no forme parte del proceso y en consecuencia no puede comparecer a él, y si "el Estado es condenado y paga la indemnización se pasa a segundo proceso, instado por el Estado contra el Juez, en el que la pretensión será la de reembolso" (Montero Aroca, Juan, pág. 32).

INGLATERRA. En Inglaterra en líneas generales se ha establecido el principio de la irresponsabilidad civil del Juez, no solo cuando actúa culposamente sino cuando lo hace dolosamente, este principio se justifica haciendo referencia a la independencia real del Juez. Igualmente se realiza una distinción de acuerdo a que la actuación judicial se hubiese realizado dentro o fuera de la competencia del Juez; si es dentro de su competencia es siempre irresponsable civilmente, si es fuera de su competencia puede existir responsabilidad civil, pero sólo desde el punto de vista teórico, correspondiéndole a los Tribunales Superiores determinar el ámbito de su competencia. Ello ha sucedido así desde el año 1613.

ESTADOS UNIDOS. En Estados Unidos se ha consagrado igualmente el principio de la irresponsabilidad civil del Juez, la responsabilidad de éste sólo nace cuando el mismo actúa fuera del ámbito de su competencia.

ALEMANIA. En principio se establece la irresponsabilidad civil del Juez, sin embargo el artículo 34 de la Ley fundamental de BONN del año de 1949 y el Código Civil, establecen de una manera general, aplicándosele a todos los funcionarios y por consiguiente a los Jueces, la responsabilidad civil, siempre que concurren los siguientes requisitos: Si en la actuación jurisdiccional del Juez hubo delito de prevaricación o cohecho podrá acudir el Estado a la vía de regreso y si en la actuación administrativa del Juez se incurrió en dolo o culpa grave, cabe la acción de regreso, pero no si lo que existió fue sólo culpa leve.

ITALIA. A partir de 1988 se ha establecido el resarcimiento por los daños ocasionados en el ejercicio de las funciones judiciales y la responsabilidad civil de los jueces, con una limitación de carácter material: la existencia de dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones judiciales, considerándose como tales: la violación grave de una ley, determinada por negligencia inexcusable (error de derecho).

ESPAÑA. La Constitución de este país del año 1978, declara a los Jueces y Magistrados, responsables (artículo 117.1): Igualmente se recoge el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, por lo que no pueden existir discrepancias en el tratamiento del daño causado por los Jueces y el daño atribuible a los demás ciudadanos y profesionales, para lo cual no se establece la limitación de la culpa grave. Respecto a los funcionarios en general, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, vigente, establece que los particulares pueden exigir de los funcionarios el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado, por culpa o negligencia grave en el ejercicio del cargo. Añade la Ley que si la responsabilidad se basa en la infracción de una norma, es necesario que el particular reclamé por escrito al funcionario la observancia de la misma.

Se establece igualmente que el Estado responderá de los daños producidos por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados, sin perjuicio del derecho que los asiste a repetir contra los mismos. En los casos de error judicial y funcionamiento anormal de la administración de Justicia, el Estado responde ante el particular cuando la pretensión de éste se basa en la culpa grave del Juez, pero no ocurre lo mismo si se trata de culpa leve.

COLOMBIA. La Constitución Pública de Colombia de 1991, establece responsabilidad para los servidores públicos, por infringir la Constitución y las Leyes; o por omisión o

extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Igualmente señala que el servidor público quedará inhabilitado para el desempeño de sus funciones públicas en caso de haber sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado.

El Código de Procedimiento Civil establece normas de aplicación no solo para los Jueces de la rama civil, sino en general para todos los Jueces, y en este sentido establece tres posibilidades, a fin de poder fijar la responsabilidad de dichos funcionarios, a saber.

1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad;
2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia, vale decir Resolución Judicial, o el correspondiente proyecto; y
3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiera podido evitarse el perjuicio con el empleo del recurso que la parte dejó de interponer.

La Corte Suprema se ha pronunciado en este sentido y ha dejado establecido que cuando se habla de error, entendido como falta de conocimiento o conocimiento falso, deben quedar incluidos los de hecho y los de derecho. Este error debe necesariamente ser inexcusable, para que pueda proceder la responsabilidad del Juez, ya que dicha inexcusabilidad supone una culpa grave.

CONCLUSIONES

Observando la evolución que la regulación jurídica de la responsabilidad de la Administración ha tenido a través de la historia del derecho, nos ubicamos en una primera fase en la cual se plantea una total irresponsabilidad, tanto por parte de la Administración como de sus funcionarios. Es en el Derecho Moderno, con el surgimiento del Estado Liberal cuando se comienza a reconocer la responsabilidad, tanto del Estado como de sus Agentes.

Esta responsabilidad es regulada de acuerdo a las distintas funciones que la administración cumple, vale decir: Ejecutiva, Legislativa y Judicial; sin embargo del análisis que de las mismas realizamos podemos señalar que el Estado, en el ejercicio de dichas funciones es irresponsable, planteándose únicamente en determinados casos y bajo ciertas condiciones, el resarcimiento al administrado, como consecuencia de actos o hechos que puedan imputarse a la Administración.

Es importante destacar que en el ejercicio de la Función Administrativa, la Administración, por considerarse como un sujeto de derecho que actúa frente a otro sujeto de derecho, que no son más que los particulares, crea vínculos distintos que no se presentan en el resto de las funciones públicas, y que en consecuencia la hace responsable de sus actos frente a los administrados, y a su vez a estos frente a la Administración.

Por último, y teniendo muy claro el deslinde que existe entre la Administración y los Funcionarios que la ejercen, las legislaciones contemporáneas regulan específicamente la responsabilidad de dichos funcionarios, y es allí donde se hace mayor énfasis, pues se hace imputable al funcionario, más no a la Administración, estableciéndose para aquel responsabilidad civil, penal o administrativa, según sea el caso.

BIBLIOGRAFÍA

- √ AMENGUAL SOSA, Vicente. "La Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública".
Revista de Derecho Público N° 45. Editorial Jurídica-Venezolana. Enero-Marzo, 1993.
- √ BREWER CARIAS, Allan R. "Instituciones Políticas y Constitucionales". Tomo N° 1.

Universidad Católica del Táchira. Editorial Jurídica-Venezolana. Caracas, San Cristóbal, 1985.

- √ DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio. "Régimen General de la Prestación de Servicio en la Administración Pública". Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1987.
- √ GARCIA DE ENTERRIA Y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo F'. Quinta Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1990.
- √ GIRON RAMIREZ, Siebel. "Evolución Jurídica de- la Contraloría de la República". Colección Medio Siglo de la C.G.R. Serie Estudios Jurídicos. Talleres de la Contraloría General de la República. S/F.
- √ IZQUIERDO TORRES, Antonio. "La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela". Editorial Miró. Caracas, 1992.
- √ LARES MARTINEZ, Eloy. "Manual de Derecho Administrativo" 84 Edición. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1990.
- √ MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo IV. Cuarta Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987.
- √ MONTERO AROCA, Juan. "Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la Actuación del Poder Judicial ". Editorial Techos. España, 1988.
- √ PICARD DE ORSINI, Marie. "La Preponderancia de la función ejecutiva y la subestimación de la función judicial" en, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Comparado - Anuario No. 15. Valencia -Venezuela, 1991.
- √ RIEVER DE BENTATA, Judith. "la Responsabilidad del Estado por acto Legislativo" en Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración

Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

- √ RIVERO, Jean. "Derecho Administrativo". Traducción de la 9na Edición.

Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, 1984.

- √ RODRIGUEZ FALCON, Joaquín. "Los Deberes y la Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios Públicos". Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1990.
- √ SAYAGUEZ LAZO, Enrique "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo No. 1. Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, S.A. Montevideo, 1963.

LEGISLACION:

Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Estudios, sistemática general e índice alfabético, por: Arteaga, Alberto y Brewer C., Allan R Colección textos legislativos No. 2, 3º Edición. Editorial Jurídica Venezolana-Caracas 1980;

República de Venezuela Constitución Nacional;

República de Venezuela Código Civil Venezolano;

República de Venezuela Código Penal Venezolano;

República de Venezuela. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República;

República de Venezuela. Ley Orgánica del Ministerio Público;

República de Venezuela. Ley de Carrera Administrativa;

República de Venezuela. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.