



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Administrativo

**RELACIONES DE SUJECION Y LAS GARANTIAS JURIDICAS DEL PRINCIPIO
DE LEGALIDAD SANCIONATORIO-DISCIPLINARIO.**

(Especial referencia al Régimen Penitenciario; al Régimen Disciplinario Militar; y, al
Régimen Disciplinario de la Policía de Investigaciones)

Trabajo Especial de Grado para optar al Título de Especialista en Derecho Administrativo

Autor: Abg. Rafael Eduardo León Salazar

C.I. V-9.879.843

Tutor: Profesor UCV: Carlos Luis Carrillo Artiles

C.I. V-6.897.344

INDICE:

INTRODUCCION.....	pág. 7
I.- APROXIMACION HISTORICO-JURIDICA AL CONCEPTO DE RELACIONES DE SUJECION ESPECIAL.....	pág. 13
1. Aproximación al origen de la distinción: <i>relaciones de sujeción especial, relaciones de sujeción general</i> , y el contexto en el que surge la distinción.....	pág. 13
1.1.- Antecedentes:.....	pág. 14
1.1.1. Antecedentes: Estamento Militar y Administración.....	pág. 14
1.1.2. Antecedentes: Ámbito Penitenciario.....	pág. 19
1.1.3. Antecedentes: Ámbito Educativo.	pág. 25
1.2. – Contexto Histórico en el que nace la tesis que distingue entre <i>relaciones de sujeción, generales y especiales</i>	pág 28
1.2.1. Situación alemana del siglo XIX (I): Régimen Estamental. La Estructura Dualista de la Constitución Alemana.....	pág. 28
1.2.2. Situación alemana del siglo XIX (II): Contexto Histórico-Político en el que se originó la distinción entre relaciones de sujeción.....	pág. 32
2. Concepto de relaciones de sujeción especial y general. Evolución de la distinción en Alemania. Estatus Actual.....	pág.43
3. La distinción entre relaciones de sujeción, generales y especiales, en España...pág.53	
4. Posición francesa frente a la distinción entre relaciones de sujeción, generales y especiales.....	pág. 57
5. Relaciones de sujeción, generales y especiales en Colombia.....	pág.59
II.- PRECISIONES INTODUCTORIAS AL ESTUDIO DE LAS RELACIONES DE SUJECION. EL DERECHO A CASTIGAR. PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONATORIO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA. GARANTÍAS JURÍDICAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONATORIO: RESERVA LEGAL Y MANDATO DE TIPIFICACIÓN.....	pág.61

1. El Derecho a Castigar (<i>ius puniendi</i>).....	pág. 61
2. Principio de legalidad sancionatorio y principio de legalidad administrativa..	pág.68
3. Principio de legalidad sancionatorio (<i>nullum crimen nulla poena sine lege</i>) y sus garantías jurídicas.....	pág. 70
3.1.- Principio de legalidad sancionatorio: <i>nullum crimen nulla poena sine lege</i>	pág. 70.
3.2.- Garantía Formal: Reserva Legal (<i>nullum crimen nulla poena sine lege scripta</i>).....	pág.77.
3.2.1.- La Colaboración Reglamentaria.....	pág. 83
3.3.- Garantía Material: Mandato de Tipificación.....	pág. 92
3.3.1.- <i>nullum crimen nulla poena sine lege praevia (lex praevia)</i>	pág. 92
3.3.2.- <i>nullum crimen nulla poena sine lege certa (lex certa)</i>	pág. 95
3.3.2.1.- Tipificación por remisión. Cláusulas Generales. Normas en Blanco.....	pág. 95
3.3.2.2.- Rol de los <i>conceptos jurídicos indeterminados</i> en la tipificación de infracciones.....	pág. 99
3.3.2.3.- Correlación entre sanciones e infracciones. Atribución de la sanción.....	pág. 103
3.3.3.- <i>nullum crimen nulla poena sine lege stricta (lex stricta)</i> : Prohibición de la Analogía y de la interpretación extensiva.....	pág. 108
3.3.3.1.- Prohibición de la Analogía y de la Interpretación Extensiva.....	pág. 108
4.- Relaciones de sujeción especial y Derecho Disciplinario.....	pág. 109

III.- LAS RELACIONES DE GENERAL Y ESPECIAL SUJECION EN VENEZUELA.
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. POSICION DOCTRINARIA.

1. Las relaciones de general y especial sujeción en la doctrina y jurisprudencia venezolana.....	pág. 121
--	----------

2. Breve referencia a algunos casos o supuestos emblemáticos de <i>relaciones de sujeción especial: penados, militares y funcionarios policiales</i>	pág. 137
2.1.- Régimen Penitenciario. Ley de Régimen Penitenciario. Reglamento de la Ley de Régimen Penitenciario. Reglamento de Internados Judiciales.....	pág. 137
2.2.- Régimen Disciplinario Militar. Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6.....	pág. 148
2.3.- Régimen Disciplinario Policial: Régimen Disciplinario de la Policía de Investigaciones. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación.....	pág. 157

IV.- REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES

1. Reflexiones finales.....	pág. 163
2. Conclusiones.....	pág. 166
3. Nuestra Posición.....	pág. 168

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	pág. 170
REPERTORIOS DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	pág. 186
INSTRUMENTOS NORMATIVOS.....	pág. 192

INTRODUCCIÓN:

Este estudio, realizado como requisito para obtener el título de especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela, trata un tema, que ha sido poco considerado por la doctrina y las referencias jurisprudenciales que del mismo se han producido, son francamente desconcertantes. Nos referimos a la distinción entre dos tipos de relaciones jurídicas: las relaciones de sujeción, generales o especiales.

Creemos que cualquier aproximación que se intente a un concepto en cualquier ámbito jurídico debe considerar dos elementos esenciales: la relación y la norma jurídica. Así cualquier *concepto jurídico* en cualquier ámbito del derecho se hace ininteligible cuando se enmarca en el contexto de la relación jurídica y de la norma que la regula, sin que sea admisible otorgar más importancia a una sobre la otra, es decir, a la relación jurídica sobre la norma o viceversa. En este sentido vemos que se percibe el concepto de *relaciones de sujeción*. Se percibe que en esta noción la ecuación relacional ostenta un peso específico mayor que el propio derecho aplicable, *v.gr.: la matización de las garantías jurídicas del principio de legalidad*.

Aunado a lo anterior, vemos que esta noción se presenta de forma difusa, lo que se proyecta tanto en el plano de las normas jurídicas constitucionales que establecen garantías a los derechos fundamentales: *principio de legalidad sancionatorio-disciplinario, non bis in ídem, presunción de inocencia, garantía de procedimiento, entre otras*; como en el plano de su extensión, es decir, de todos los supuestos que quedarían bajo la sombra de las *relaciones de sujeción especial*, lo que trasciende de los *colectivos clásicos: presos, militares, funcionarios y estudiantes*, a otras situaciones jurídico-administrativas que nada tienen que hacer con las *relaciones de sujeción especial*.

Lo único que podría decirse de las *relaciones de sujeción especial* es que la Administración ejercita unas potestades en el ámbito interno de sus estructuras, respecto a su sustrato personal, lo que ha dado lugar a que se califiquen estas potestades como especiales, las cuales a su vez implican un grado de intensidad variable. La sujeción, dependiendo de la situación jurídico-administrativa de la que se trate, en algunos casos puede ser muy intensa y en otros de igual intensidad que en una *relación de sujeción general*, incluso equiparable a muchas relaciones de derecho privado.

Ahora bien, la función de la Administración es la de servir al ciudadano, lo que comporta el ejercicio igualmente de potestades administrativas en sus relaciones externas, las cuales pueden llegar a ser en algunos casos bastante intensas, sin que por ello tengamos que calificarlas como una *relación de sujeción especial*.

Esta categoría de relaciones jurídicas que distingue entre *relaciones de sujeción especial y general* han sido calificadas, a mi juicio con razón, y así intentamos demostrarlo en este estudio, como “*Un bastión del absolutismo en el Estado de Derecho*”. Por razones históricas que explican su origen y lo que se ha intentado justificar desde entonces hasta hoy, la exponen como una verdadera *coartada* para intervenir en cualquier relación jurídica sin un título justificativo.

Así, adelantamos que esta distinción entre relaciones jurídicas de la Administración con los ciudadanos, *relaciones de sujeción general y relaciones de sujeción especial*, nace en Alemania, en tiempos del advenimiento del segundo Reich. Y surge como justificación jurídica al control que desde antes venía ejerciendo el ejecutivo fundamentalmente respecto al ejército, en cuanto a su modernización y tecnificación, en cuanto al manejo directo del mismo y su control, sin que el parlamento interviniese en ese ámbito considerado como el círculo de intereses propios del ejecutivo. Lo mismo venía ocurriendo frente a la Administración, como estructura que permite el financiamiento directo del ejército. Control que se justificó de distintos modos antes de 1870, cuando Laband y Jellinek formulan la tesis que distingue entre los dos tipos de relación jurídica.

Alemania, desde la revolución de 1848, pasando por los conflictos bélicos de 1864 con Dinamarca por los territorios de Schleswig y Holstein; el de 1866, cuando se desintegra la Confederación Germánica conformada en 1815 con la caída del Imperio Napoleónico, y Prusia se desliga definitivamente de Austria para formar el Estado alemán, siempre proyectó una imagen de debilidad militar respecto a los otros Estados europeos. Alemania se transformaría en el Imperio Alemán (Segundo Reich) a partir de 1871, después de derrotar a Napoleón III en la guerra franco-prusiana de 1870. Esta victoria y el lugar que alcanzó y mantuvo en Europa hasta 1914 cuando estalla la primera guerra mundial, fue consecuencia, además del hecho de ser subestimada en Europa, por el control que el

ejecutivo mantuvo sobre estos colectivos: militares y Administración, y su tecnificación constante.

El control y tecnificación sobre estos grupos fue el motivo de la tirantez entre el ejecutivo y el parlamento, lucha estimulada además por una estructura constitucional dualista, propia de las constituciones estamentales de la época transitoria entre el feudalismo y el Estado moderno, la cual facilitó en el contexto de una Monarquía Constitucional, se originasen una serie de figuras jurídicas, tales como la distinción entre ley formal y ley material, la vinculación negativa a la ley, el reglamento independiente y, las relaciones de sujeción especial. Todas de algún modo justificadoras de prerrogativas del ejecutivo.

Ahora bien, estas relaciones tienen su antecedente en la misma conformación del Estado moderno. De hecho siempre existieron aunque no se les calificara entonces como *relaciones de sujeción especial y general*. Fueron justificadas por la fuerza, políticamente, y cuando ya no era suficiente la razón que fundamentaba la actuación del Monarca, hubo de formularse jurídicamente su justificación. Esta ha llegado así hasta nuestros días.

De Alemania pasó a España, y la jurisprudencia venezolana la adoptó de esta última, con sus distorsiones y los trastornos que causa, no sólo por falta solidez del concepto, sino que como consecuencia de ello, se ha producido una expansión indiscriminada a situaciones jurídico-administrativas que trascienden de los colectivos clásicos respecto a los que debería circunscribirse esta figura.

El estado de la cuestión en la jurisprudencia es confuso. Se tiende a justificar la reducción de las garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio-disciplinario en las *relaciones de sujeción general* sin que haya un parámetro o señal que indique hasta dónde y cómo afectaría esto a las *relaciones de sujeción especial*, respecto de las cuales las garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio-disciplinario, esto es, la reserva legal y el mandato de tipificación, simple y llanamente desaparecerían.

Las potestades disciplinarias, las cuales siempre permanecieron en el ámbito de la Administración, incluso con la interpretación rígida del principio de separación de poderes, que supuso que toda la potestad punitiva del Estado, expresión del *ius puniendi*, fuese

ejercitada por los tribunales, quedando sólo el reducto del círculo de intereses propios de la Administración como única posibilidad de que esta ejerciese dicha potestad. Posteriormente, ante la imposibilidad de represión de un gran número de ilícitos, se inicia un proceso de despenalización, y la potestad sancionadora de la Administración, muy reducida entonces, se la concibe entonces como expresión del poder de Policía. A medida que la sociedad se hace más compleja y exige en consecuencia, la intervención del Estado, en virtud de la inmensa gama de actividades que surgen de esa complejidad y en las que la Administración interviene sirviendo a los intereses generales, esta pasa a detentar entonces potestades punitivas que ejercita en sus relaciones externas con el ciudadano, pero también las sigue ejerciendo en el ámbito interno de su organización. Al respecto se ha dicho que estas últimas como potestades domésticas son parte de las potestades de organización y autoordenación de la misma Administración, posición que se ha mantenido para justificar se “*maticen*” o reduzcan las garantías jurídicas del principio de legalidad, en este caso, disciplinario. Sostenemos que las potestades disciplinarias son expresión particular del *ius puniendi* único del Estado, que abarca tanto al Derecho Penal, al Derecho Administrativo Sancionador y al Derecho Disciplinario, el que a su vez, no puede seguir siendo considerado como una parcela del Derecho Administrativo Sancionatorio, en virtud de que trasciende no únicamente del ámbito público, siempre ha sido así, sino del ámbito del Derecho Administrativo, es decir, no se agota en este último. Expresión de lo que decimos, es la nueva Jurisdicción Disciplinaria Judicial creada por la propia Constitución y cuya regulación legal se desarrolla en el Código de Ética del Juez Venezolano. Ese *ius puniendi único del Estado*, además de sus expresiones en el ámbito administrativo (sancionatorio-disciplinario), ahora en el ámbito judicial tiene dos expresiones: el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario Judicial. Ahora, el hecho de que estas potestades sean expresión del *ius puniendi* no quiere decir que no sean domésticas o de autoordenación, en cuanto ciertamente se circunscriben al ámbito interno de la organización, lo que sostenemos es que este argumento no puede servir para el desconocimiento de las garantías jurídicas que protegen los derechos de quienes están sujetos a un vínculo especial con la Administración.

Ahora, en principio, la utilización de la disciplina como forma de dominio sobre grupos determinados: *presos, militares, funcionarios y estudiantes*; con el objetivo de sostener el ejercicio de un Poder cada vez más juridificado, hace que quienes están sujetos a

potestades de esta naturaleza empiecen a ser considerados como ciudadanos, con derechos y con garantías de esos derechos. Ahora, cuando una figura jurídica comienza a utilizarse como refugio para soslayar esas garantías, y se reproduce la misma fórmula argumentativa estereotipada, sentencia tras sentencia, justificando el ejercicio arbitrario del poder, se inicia un círculo vicioso que es necesario romper en obsequio a la certeza y seguridad jurídica que deben privar en un Estado de Derecho.

Este Derecho Disciplinario Público, el que supone las *relaciones de sujeción especial*, tiene su fundamento en el principio de legalidad sancionatorio-disciplinario establecido en la Constitución de 1999 (art. 49,6). De este principio derivan dos garantías constitucionales fundamentales, una de orden formal: la reserva legal; la otra de orden material: el mandato de tipificación. Ello comporta la tipificación de infracciones y el establecimiento de sanciones, así como la correlación entre unas y otras, en ley formal. Así, nos limitamos a tratar fundamentalmente la problemática de estas garantías jurídicas y del principio de legalidad sancionatorio, en relación con tres de las expresiones emblemáticas de las *relaciones de sujeción especial*, por ser estas las de mayor intensidad de la sujeción, de las potestades y por el carácter invasivo de éstas en la esfera de derechos del ciudadano sujeto a la misma.

Estas manifestaciones emblemáticas de *relaciones de sujeción especial*, a las que nos referimos en este estudio son: i) *el régimen penitenciario*; ii) *el régimen disciplinario militar*; y, iii) *el régimen disciplinario policial*. Sólo abarcamos tres de los grupos o colectivos que tradicionalmente se han considerado como de *sujeción especial*. La razón de ello, además del espacio y el tiempo, es que queríamos develar la naturaleza de estas manifestaciones disciplinarias, sobre todo de éstas, repetimos, por ser las de mayor grado de intensidad de las potestades que la Administración ejerce e igualmente con que éstas inciden en la esfera de derechos del ciudadano sujeto a estas potestades, y hacer el contraste con los casos de “*relaciones de sujeción especial*” que han sido tratados por la jurisprudencia venezolana. Que igualmente ese contraste se muestre por sí mismo frente a las *relaciones de sujeción general* de lo que derivamos su utilidad como categoría jurídica en un *Estado democrático y social de Derecho*.

Ya para finalizar esta breve introducción, observamos que las *relaciones de sujeción especial* no han sido utilizadas por la jurisprudencia para referirse a los supuestos que aquí tratamos, o no como lo ha hecho respecto a sectores económicos privados fuertemente regulados, respecto a los cuales, esta figura ha servido de *comodín* para justificar se soslayan y desconozcan garantías jurídicas elementales, situación que se traduce en un importante déficit del Estado de Derecho.

I.- APROXIMACIÓN HISTORICO-JURIDICA AL CONCEPTO DE RELACIONES DE SUJECION EN EL DERECHO COMPARADO

1.- APROXIMACION AL ORIGEN DE LA DISTINCION:

RELACIONES DE SUJECIÓN GENERAL Y ESPECIAL. ANTECEDENTES Y CONTEXTO EN EL QUE SURGE LA DISTINCION:

La distinción entre relaciones de sujeción, bien generales o especiales, la cual en principio y en sus orígenes, desde una óptica meramente práctica, implica la vigencia del principio de legalidad y de las garantías jurídicas que el mismo comporta en las relaciones de sujeción general, así como el reconocimiento de los derechos fundamentales y la protección jurisdiccional de los ciudadanos sujetos a las potestades generales del Estado, y su negación cuando se trate de relaciones de sujeción especial, es el “...*producto de una regla más histórico-convencional que- una regla- dogmáticamente fundamentada...*”¹. No es casual la expresión que califica a las relaciones de sujeción especial como *un bastión del Estado Absoluto en el contexto de un Estado constitucional*², es decir, un verdadero *Caballo de Troya* inserto en el *Estado democrático y social de derecho*, que todavía hoy sobrevive como rémora del absolutismo.

Por ello la necesidad de ubicarse históricamente en el contexto en el cual surge la teoría de la distinción entre relaciones de sujeción de los ciudadanos al Estado, lo que además de ser útil para la aprehensión del concepto, igualmente nos servirá para evaluar su utilidad en la actualidad.

¹ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: “RELACIONES DE SUJECION Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACION. Contribución a la teoría del Estado de derecho”; en Revista de Administración Pública No. 31; pág. 35; España, 1961. GARCIA MACHO, Ricardo: “En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”; en Revista Española de Derecho Administrativo, N° 64/1989, Estudios, pág. 521. Editorial Civitas, S.A., Madrid, abril 1989.

² F. TEZNER: “Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden”; citado por GARCIA MACHO, RICARDO en: “En torno a las garantías...”ob. cit., pág 2.

1.1. ANTECEDENTES:

1.1.1.- Antecedentes: Estamento Militar y Administración:

Desde que el hombre descubre que puede sojuzgar a sus congéneres utilizando cuerpos armados o ejércitos, *el control de la élite política sobre la organización armada y sobre la estructura administrativa* que surge como estructura indispensable para el financiamiento de los ejércitos, en principio, y para atender además otras necesidades, después, se ha hecho imprescindible para el sostenimiento político de esas élites. Esta es una constante en todas las épocas, desde la antigüedad hasta nuestros días.

Ahora bien, con el advenimiento del Estado moderno, es decir, del absolutismo, se pasó de las poliarquías feudales primero, y después, del dualismo propio del régimen estamental, a una organización monista de autoridad. Los distintos centros de poder,

“...se convierten en unidades de poder continuas y reciamente organizadas, con un solo ejército que era, además, permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando, militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política...(...)...surge aquel monismo de poder, relativamente estático, que diferencia de manera característica el Estado de la Edad Moderna del territorio medieval...”³(énfasis añadido).

De la *jerarquía feudal*, dependía la *obediencia al Señor*, tanto de la soldada como de los vasallos obligados a ir a la guerra. Fundamentalmente, el vínculo del cual dependía la obediencia del feudatario, subordinado inmediato del Señor en la cadena de mando, era la *lealtad*, la cual por lo general se hacía a un lado. Esto obligó a los Señores a organizar ejércitos mercenarios de carácter permanente, dando paso a la unidad de poder militar del Estado⁴.

La evolución de la tecnología de la guerra, específicamente del armamento utilizado: la artillería y armas de fuego portátiles, las cuales sobrepasan la función político-militar de la caballería, hace necesario el cambio de las estructuras a través de las cuales se

³ HELLER, Hermann: “Supuestos Históricos del Estado actual” en “TEORIA DEL ESTADO”; pág. 170. Fondo de Cultura Económica, primera reimpression, México, 2000. Traducción: Luis Tobio.

⁴ Ibídem, págs. 171 y 172.

financiaban los ejércitos y toda la logística y el apresto necesario para que estos pudiesen operar eficazmente. Vemos entonces, como surge de la necesidad de sostener los ejércitos una transformación en las estructuras administrativas:

“...la necesidad política de crear ejércitos permanentes dio lugar en muchas partes a una transformación, en sentido burocrático, de la administración de las finanzas...”⁵(énfasis añadido).

Ahora bien, la insuficiencia técnica de las estructuras administrativas medievales y estamentales, no únicamente respecto a los ejércitos, sino las relativas a otras actividades que surgen y se incrementan a medida que las sociedades crecen y que las prácticas económicas se hacen cada vez más complejas, v.gr.: *las comunicaciones*, es entonces un verdadero obstáculo para la realización de los cambios requeridos.

La transformación de las administraciones de entonces es posible por la adopción de dos técnicas, que además de incrementar la eficiencia de la actividad administrativa, consolida un paso sumamente importante en la emancipación y consolidación del Estado moderno. Estas técnicas son: *la división del trabajo y la jerarquía como principio de la organización*. Al respecto relata Heller que:

“...el perfeccionamiento de la técnica administrativa solo era posible mediante una división del trabajo. El instrumento más eficaz para lograr la independización de la unidad de poder del Estado fue la jerarquía de autoridades, ordenada de modo muy regular, según competencias claramente delimitadas y en la que funcionarios especializados, nombrados por el superior y económicamente dependientes, consagran su actividad de modo continuo y principal a la función pública que les incumbe, cooperando así en la formación consciente de la unidad del poder estatal...(...)...Gracias a la jerarquía de los funcionarios la organización pudo extenderse ahora también al territorio, es decir, abarcar a todos los habitantes del mismo, y asegurar de este modo una unificación universal, central y regida por un plan, del obrar relevante para el Estado. La gran extensión territorial que alcanza el territorio de los Estados, ...(...)...no constituye para la burocracia moderna un obstáculo que se oponga a una labor administrativa sumamente intensa y, sin embargo, dirigida desde el centro”⁶(énfasis añadido).

⁵ Ibídem.

⁶ Ibídem, pág. 173.

Es de suponer que *el control* del monarca sobre estas estructuras: *ejército permanente y administración continua*, las que a su vez le aseguran su hegemonía y la de su descendencia *era absoluto* y era igualmente un *poder arbitrario*. No había discusión al respecto. No era necesario justificar jurídicamente el ejercicio de esos poderes sobre soldados y funcionarios.

Ahora bien, la *permanencia y continuidad* tanto del *ejército* como de la *administración*, requieren de una planificación en las finanzas del Estado. Surge entonces un *sistema impositivo* con regulaciones bastante intensas: una *tributación con carácter regular*, superando el carácter voluntario y por una sola vez de la tributación del régimen estamental⁷, la cual asegura el sostenimiento del ejército y de la propia administración. El príncipe termina imponiéndose en las asambleas del *Regnum* sobre las corporaciones estamentales y las obliga a dar su aprobación al establecimiento de un *régimen impositivo general* aplicable a todos los súbditos.

Adicionalmente, se constituye un *patrimonio estatal*. Con la creación de un *patrimonio del Estado*, que no pertenece a nadie, ni al príncipe ni a los funcionarios, y un *sistema impositivo regular*, se da paso a la *emancipación definitiva del Estado* respecto a cualquier poder privado, que más tarde se consolidará con el advenimiento de la economía capitalista.

Ahora bien, advertimos que cuando nos referimos a la *Administración*, lo hacemos en el sentido de su *configuración histórica*,

“...**como instrumento de poder**, con independencia o no de que se trate de un poder institucionalizado y, también, con independencia de la forma jurídica adoptada por el Estado...”⁸ (énfasis añadido).

Siempre hubo dos posiciones doctrinarias otrora antagónicas, una, mayoritaria, que ve el origen de *la administración* y del derecho administrativo en la Revolución Francesa; y

⁷ Ibídem, pág. 174.

⁸ HERNANDEZ G., José I.: “INTRODUCCION AL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE ADMINISTRACION PUBLICA EN VENEZUELA”; pág. 27. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 27; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

otra, que lo ve en lo más recóndito de la historia de la humanidad. Al respecto compartimos la siguiente posición:

“...ambas posiciones doctrinales, lejos de ser contradictorias, explican parcialmente los orígenes de esta rama de Derecho –y de la Administración-. En efecto, un nuevo enfoque de esta cuestión exige distinguir entre el origen histórico de las técnicas del Derecho Administrativo, que, sin duda, se pierden en el tiempo, y el cambio cualitativo que aportan los principios de la Revolución Francesa sobre las técnicas heredadas”⁹.

Esas técnicas a las cuales se refiere Linde Paniagua son precisamente aquellas de las cuales se servía la *Administración como estructura de poder*, es decir, que dichas estructuras existían ya antes de la Revolución Francesa, lo que encuentra apoyo en lo escrito por Tocqueville:

“Bajo el Antiguo Régimen, como en nuestros días, no había ciudad, burgo, pueblo ni aldea en Francia, por pequeña que fuese, así como hospital, fábrica, convento ni colegio que pudiera tener voluntad independiente en sus asuntos particulares ni administrar a su arbitrio sus propios bienes. Entonces, como ahora, la administración mantenía así a todos los franceses bajo su tutela, y si aún no se manifestaba la insolencia de esta palabra, por lo menos ya existía la cosa.”¹⁰ (énfasis añadido).

Ahora bien, hecha la anterior aclaratoria volvamos al hilo de nuestra exposición: tenemos entonces que el *vínculo del príncipe con los estamentos militar y funcional*, desde el advenimiento del *Estado moderno*, ha sido fundamental para el sostenimiento del propio Estado, y ha permitido la concentración del poder, primero *militar-burocrático* y después *económico-financiero*, *emancipando al Estado de todo poder privado*, y consolidando unas estructuras de poder que aún subsisten como *Administración Pública*. En este sentido, comenta Weber, que:

“En un Estado moderno el poder real, que no se manifiesta en los discursos parlamentarios ni en las proclamaciones de los monarcas, sino en la actuación administrativa cotidiana, reside

⁹ LINDE PANIAGUA, Enrique: *FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*; págs. 47 y 48. 3ra edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) – COLEX Editorial, Madrid, 2011.

¹⁰ DE TOCQUEVILLE, Alexis: *EL ANTIGUO REGIMEN Y LA REVOLUCION*; pag.160. Traducción: Jorge Ferreiro. Fondo de Cultura Económica, Edición conmemorativa 70 aniversario, 2006.

necesaria e inevitablemente en las manos del funcionariado: del civil y del militar...¹¹
(énfasis añadido).

O dicho de otro modo:

“...desde el punto de vista de la administración pública, resulta claro que el Estado (y cualquier forma de dominación) existe y persiste en buena medida gracias a la administración, la cual...(...)...es el ancla que lo mantiene en su lugar...”¹²(énfasis añadido).

El nexo del *funcionariado: civil y militar*, con *el príncipe*, entonces no se planteaba como una *relación de sujeción especial*. Es más, ni siquiera se consideraba como una *relación jurídica*, a diferencia de otras en las que el Estado ejercita sus poderes, *v.gr.*: *las potestades impositivas de carácter general* a las que nos referimos arriba, respecto a las cuales sí se establecieron *causes formales y contenidos específicos* que fijaron los linderos de la actuación del Estado, es decir, es un *poder juridificado*, cuyo ejercicio se legitima y deja de ser arbitrario¹³.

Ahora bien, el hecho de que no se considerase entonces ese nexo que vincula a quien ejerce autoridad con quien está sometido a ella, como una relación jurídica, no quiere decir que no que no existiese una relación como *hecho sensible a la experiencia vital*. Que no se justificase entonces en *términos jurídicos* no significa la *inexistencia fáctica* de tal relación. Precisamente, la emancipación del Estado y sus instituciones de cualquier poder privado, tiene lugar a partir del pago en metálico hecho al *funcionariado: civil y militar*, por el ejercicio de una actividad preordenada de acuerdo a las técnicas de división del trabajo y de la jerarquía.

¹¹ WEBER, Max: *“Poder burocrático y liderazgo político, en: PARLAMENTO Y GOBIERNO EN UNA ALEMANIA REORGANIZADA. Una crítica política de la burocracia y de los partidos”*. <<Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland>> 1918. Obras Selectas. Max Weber, pág. 275. Distal, SRL. Buenos Aires, República Argentina, 2003. Traducción: Carlos Alberto Samonta. *“Poder burocrático y liderazgo político”*, es uno de una serie de artículos escritos por Weber en 1917 para el Frankfurter Zeitung, y publicados como libro en 1918 bajo el título: *“Parlamento y Gobierno en una Alemania Reorganizada”*.

¹² GUERRERO, Omar: *“La administración pública a través de las ciencias sociales”*; pág. 22. Fondo de Cultura Económica, primera edición: México, 2010.

¹³ Sobre la juridificación del poder del Estado, ver: DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel: *“Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder”*; Revista española de Derecho Administrativo, núm. 38/1983, págs. 387 y sgts., en CD-REDA, abril 1974-abril 2009, pág. 8. Núms. 1-141.

1.1.2.- Antecedentes: **Ámbito Penitenciario:**

La misma situación se planteaba respecto a los presos. El hombre descubre que en vez de quitarle la vida a aquellos enemigos que después de librar una batalla o finalizada una guerra quedaban con vida, era más útil hacerlos prisioneros y reducirlos a la esclavitud. Es así como,

“...La esclavitud nació de la guerra. En los pueblos primitivos, el enemigo no tiene ningún derecho, y el vencedor puede apropiarse lo mismo la persona, que los bienes del vencido. Los prisioneros eran condenados a muerte, con frecuencia, después de celebradas a su vista las fiestas del triunfo, aunque el interés del vencedor les hacía también esclavos...”¹⁴ (énfasis añadido).

Las potestades ejercidas por el *dominus* eran de tal intensidad, que éste:

“...tiene poder de vida y de muerte sobre el esclavo...”¹⁵.

Quienes se revelaran contra el príncipe o no profesaran la misma religión o simplemente quienes fuesen, incluso por las circunstancias más inocuas, considerados delincuentes, corrían la misma suerte: *perdían su libertad*. Desde entonces, estas personas han estado bajo la custodia directa del rey y sujetas a su voluntad (*entiéndase: poder ejecutivo*).

A partir de la edad media, quienes habían sido reducidos a esta condición, eran sometidos, todavía hasta el siglo XVIII y en tránsito al XIX, al aterrador *supplicio* implícito en la ejecución de las sentencias, mediante el cual se torturaba y atormentaba al prisionero, además de someterlo al escarnio público. Aunque no lo parezca, cada procedimiento de esta naturaleza estaba racionalizado. El tormento era un medio de prueba. Había un procedimiento que iba desarrollándose *in crescendo* para obtener la confesión del infeliz que se viera en esa situación. El suplicio, además, es tenido entonces como un *ritual político*, el cual tiene como finalidad, además de la reparación del daño causado por la infracción, *vengar la afrenta hecha al príncipe*, cuya satisfacción requiere incluso del

¹⁴ PETIT, Eugene: “*Tratado elemental de derecho romano*”; pág. 108. Traducido de la novena edición francesa y aumentado con copiosas notas por José Fernández González, Catedrático de la Universidad de Valladolid. Mobil-Libros, Caracas.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 111.

espectáculo público de escarnio y tortura al que se somete al reo¹⁶. Es así como se tiene que:

“El derecho de castigar será, entonces, un aspecto del derecho del soberano a hacer la guerra a sus enemigos: castigar pertenece a ese derecho de guerra, a ese poder absoluto de vida y muerte del que habla el derecho romano con el nombre de merum imperium, derecho en virtud del cual el príncipe hace ejecutar su ley ordenando el castigo del crimen. Pero el castigo también es una manera de procurar una venganza que es a la vez personal y pública, ya que en la ley se encuentra presente en cierto modo la fuerza físico-política del soberano... (...)...El suplicio desempeña, pues una función jurídico-política. Se trata de un ceremonial que tiene por objeto reconstituir la soberanía por un instante ultrajada...”¹⁷(énfasis añadido).

En menos de un siglo, en el tránsito del XVIII al XIX desaparece el suplicio, la prisión comienza a imponerse como castigo universal, aunque no era nada novedosa, y la ejecución de la pena:

“...pasa a convertirse en un sector autónomo, un mecanismo administrativo del cual la justicia se desentiende...”¹⁸(énfasis añadido).

Al respecto, planteándose la necesidad de crear en América establecimientos de confinación para los delincuentes y las autoridades que deberían velar por el orden interior de los mismos, Don Andrés Bello escribió:

“...el lugar de confinación debe ser un edificio situado en el centro de la república, i cuyo órden interior pueda ser observado frecuentemente por los funcionarios ejecutivos i municipales, i de cuando en cuando por los particulares que quieran, o a quienes se conceda con ciertas condiciones este permiso...”¹⁹(énfasis añadido).

¹⁶ FOUCAULT, Michel: *“Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión”*; págs. 58 y sgts. 2da edición 2da reimpresión, Siglo XXI Editores, Argentina, S.A., 2010. Traducción de: Aurelio Garzón del Camino. JIMENEZ DE ASUA, Luis: *“LA LEY Y EL DELITO”*; págs. 40 y 41. Editorial Suramericana, S.A., décimo tercera edición, Buenos Aires, Argentina, 1984. Dice este último autor: *“...Los suplicios de las épocas pretéritas eran reflejo de la norma de cultura que el mundo vivía. Por eso es por demás injusto medir con las normas de hoy los hechos del pasado...”*.

¹⁷ FOUCAULT, Michel: *“Vigilar y Castigar...Ob. cit.”*; págs. 58 y 59.

¹⁸ *Ibíd*em, pág. 19.

¹⁹ BELLO, Andrés: *“Establecimientos de Confinación para delincuentes”*, artículo escrito en Araucano año de 1834, en incluido en: *“Opúsculos Jurídicos”, “Obras Completas”*, tomo séptimo. Edición hecha bajo los auspicios de La Universidad de Chile, Editorial Nascimento; Santiago de Chile, 1932.

Este es el fragmento de un artículo escrito por Bello en 1834 y puede observarse en él, como desde el siglo XIX en América Latina ya se tenía la influencia norteamericana y europea y se pensaba que el *régimen penitenciario* fuese parte de *la actividad ejercida por las administraciones* y no por el poder judicial. Ya el siglo XIX, que el *régimen penitenciario* estuviese a cargo de la *Administración*, era una práctica en los Estados Unidos. Aunque también es de advertir que entonces, no se tuviese a la relación entre la *Administración penitenciaria* y la *población reclusa* como una *relación de sujeción especial*. Es más, igual que en el caso de los militares y la Administración, el poder que ejercía entonces la *Administración* sobre los *reclusos* era un poder arbitrario, sin sujeción al derecho.

Andrés Bello escribe su artículo, exhortando a los legisladores a que adoptasen medidas para el establecimiento de recintos penitenciarios y del *régimen de organización y autoridad* que debía ejercerse en los mismos, basándose en el estudio publicado en el número XXII de la *Foreign Review*, sobre algunas cárceles norteamericanas y el éxito obtenido entonces por la aplicación de ese sistema en los Estados Unidos. Señala igualmente, que basándose en ello, los franceses realizaron un estudio sobre el sistema penitenciario norteamericano, el cual fue publicado en 1833²⁰.

Relata Bello, que los habitantes de Pensilvania, con el ánimo de reemplazar la pena de muerte, mediante una metodología experimental *-basada en el ensayo y el error-* comienzan a implementarse técnicas tales como el *aislamiento absoluto* del condenado. En las cárceles en donde la *Administración* aplicó este método, la población reclusa disminuyó ostensiblemente por causa de muerte. La condición física y mental de los que sobrevivían al aislamiento era poco menos que deplorable.

“...El primero de estos *-experimentos-* fué en la cárcel de Walnut-Street, en Filadelfia, donde se adoptó **el plan de confinación solitaria**. Los presos, condenados a una **reclusión de**

²⁰ *Ibidem*, pág. 145. El estudio de los franceses se publicó con el título: “*Du Systeme Pénitentiaire aux Etats Unis et de son application en France, suivies d’un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques, par MM. Gustave de Beautont et Alexis de Tocqueville, avocats a la Cour Royale de Paris. Paris, 1833*”. Traducción de la cita: “*De los Sistemas Penitenciarios en los Estados Unidos y de su aplicación en Francia, seguido de un apéndice sobre las colonias penitenciarias y de notas estadísticas, por MM. Gustave de Beaumont y Alexis de Tocqueville, abogados de la Real Corte de Paris. Paris, 1833*”. Con ocasión de este estudio, Alexis de Tocqueville, tras su paso por los Estados Unidos de América, escribe su libro: “*La Democracia en América*”.

*absoluta soledad i ocio, contrajeron enfermedades que disminuyeron en su número rápidamente, o los hicieron estúpidos i fatuos, por la falta de toda ocupación mental y física; i los que no eran condenados a una reclusión perfecta i tenían la libertad de trabajar juntos i comunicarse entre sí, se depravaban i endurecían completamente por el contagio de la sociedad criminal en que pasaban el día...(…)…En Auburn, se colocaron por vía de experimento veinticuatro criminales en otras tantas **celdas separadas, sin ocupación ni distracción alguna**. Cinco de estos hombres murieron en el primer año; un perdió el juicio; otro atentó contra su vida; i los demás se hallaron de allí a poco tiempo en un estado de extenuación i debilidad que anunciaba una muerte cercana. **El gobernador les concedió el perdón i los hizo poner en libertad...**"²¹ (énfasis añadido).*

Después, con motivo de los resultados nefastos del *aislamiento absoluto*, *combinaron el aislamiento con el trabajo*. En el día trabajaban, sin comunicarse entre ellos, se les imponía el silencio absoluto, y por las noches eran aislados totalmente. Este sistema se consideró exitoso y se implementó en varios estados.

En otras prisiones como las de *Auburn* y *Sing Sing*, ambas en Nueva York, se aplicaba como *técnica disciplinaria*, combinada con las anteriores, *el castigo corporal*, fundamentalmente *el látigo*. A los presos se les azotaba apenas llegaban al establecimiento para bajarles la moral y el ímpetu. Al respecto, dice Andrés Bello:

*“En Auburn, el trabajo es compulsivo; ninguno lo tomaría voluntariamente. Como se le permite verse unos a otros, la necesidad de una ocupación es mucho menos imperiosa. Úsase de los castigos para obligarlos a trabajar: **el látigo está en ejercicio; el carcelero tiene la facultad de azotar en el acto a los remitentes**. Esto lo miran algunos como un lunar en el sistema de Auburn; pero es menester que comparen los beneficios de la institución con los males que resultan de **estos castigos corporales administrados al arbitrio del carcelero...**(…)…Nada hai mas a propósito que **el látigo para hacerles sentir lo que importa la pérdida del carácter de ciudadanos...**(…)…La reforma que debe esperarse por el método de Auburn, consiste en crear en el alma de un hombre holgazán, vicioso i desarreglado los hábitos de un obrero industrial i sobrio; i aunque es cierto que **el látigo** producirá movimientos de cólera i propósitos de venganza en el alma de un reo que acaba de dejar las guaridas del crimen i el tumulto de una sociedad inmoral i desalmada, **es mui probable que con el transcurso del tiempo le dome i le ablande, i le acostumbre a ser sumiso i obediente. Conseguido este efecto deja de ser necesario el castigo; las pasiones se adormecen bajo la***

²¹ *Ibíd*em, págs. 145 y 146.

*saludable influencia de la soledad i el trabajo, i el hombre no es ya el mismo que ántes; su identidad moral ha experimentado una mudanza completa*²² (énfasis añadido).

Aunado al *aislamiento* y al *látigo*, también se les daba *instrucción* aunque esta era voluntaria. *La religión* se impartía con carácter obligatorio: en cada celda había una biblia. La combinación de todos estos aspectos, que conformaban la *disciplina* producía, según la creencia y los valores de ese tiempo, ciertos beneficios. Así, Bello relata que:

*“Las utilidades de las cárceles de que hemos hablado pueden resumirse en pocas palabras: imposibilidad de que los encarcelados se corrompan mutuamente comunicándose; gran probabilidad de que adquieran hábitos de obediencia i de industria, que los hagan ciudadanos útiles; posibilidad de una reforma radical”*²³.

Respecto a los procesados, se dice que:

*“En la América del Norte, no han recibido mejora alguna las cárceles de detención en que se custodia a los prisioneros hasta que se pronuncia su sentencia. Están allí, como aquí, todos juntos, el inocente i el culpado, el delincuente novicio i el malhechor empedernido. Pero, si en algún tiempo es un deber del gobierno precaver la corrupción mutua, es cuando el inocente puede estar confundido con el criminal. Por nuestras leyes, se presume inocente todo reo que aún no está convicto; pero por nuestra policía se le encierra en un lugar i en una compañía, de donde, cualquiera que haya sido su carácter al entrar, es imposible que salga sin haber adjurado todos aquellos principios i sentimientos que distinguen al hombre de bien del bribón”*²⁴

Según este último pasaje del relato de Andrés Bello, los procesados eran dejados a la buena de Dios en los sitios de reclusión, mezclados con los demás sin mayor control de las autoridades. También observamos que se refiere nuevamente al *gobierno* como la autoridad que rige dentro del establecimiento reclusorio. Igualmente se cita la *garantía de la presunción de inocencia* que debe prevalecer en todos los procesos penales, pero también en el ámbito administrativo sancionatorio y en el *ámbito disciplinario*.

Hoy es impensable la utilización de métodos como el *aislamiento absoluto* y de castigos corporales como *el látigo*, para disciplinar a quienes legítimamente son privados

²² *Ibíd*em, pág. 148.

²³ *Ibíd*em, pág. 151.

²⁴ *Ibíd*em, 153.

de su libertad y pasan a ser sujetos de la relación que surge, entre la *Administración penitenciaria* y la *población reclusa*. El poder desplegado entonces por la *Administración* era totalmente arbitrario. No obstante, creemos que ilustra mucho el conocer como era en ese tiempo dicha relación, la intensidad de la misma, aunque no se la calificara entonces como *de especial sujeción*.

Es de hacer notar, que *la relación* que surge entre la *autoridad administrativa* y los *reclusos*, en la actualidad, por lo menos teóricamente, con ocasión del cumplimiento de la pena impuesta a éstos últimos por sentencia firme y condenatoria en sede penal, y con el ejercicio del régimen penitenciario implementado en las instituciones penitenciarias por la *Administración penitenciaria*, es de entre todas las *relaciones de sujeción especial la más intensa*. Es el paradigma de esta categoría precisamente en virtud de su intensidad. Así, la doctrina española se ha referido cuando estudia el poder a que están sometidos los reclusos en el cumplimiento de sus condenas, al *poder domesticador*, en los siguientes términos:

*“Un poder domesticador (que también puede llamarse poder conformador o normalizador), un poder sabio y no demasiado llamativo que actúa en la cárcel, en el cuartel, en la escuela, en el noviciado, en el taller y en el hospital. Aunque **posiblemente es en la cárcel donde multiplica su intensidad, porque la cárcel es, simultáneamente, cuartel, escuela, hospital y taller...**”²⁵*
(énfasis añadido).

Ese *poder domesticador* se encuentra, en la actualidad, precisamente en la *disciplina que constituye el contenido material o fáctico de las potestades disciplinarias establecidas en la ley como articulación del principio de legalidad*²⁶.

Por supuesto, este planteamiento era impensable entonces, cuando apenas se descubren a partir del siglo XVIII una serie de técnicas que *permiten un control meticuloso del cuerpo y le imponen obediencia, sumisión, docilidad*. Este conjunto de técnicas se

²⁵ GONZALEZ PEREZ, Jesús; GONZALEZ NAVARRO, Francisco; *“COMENTARIOS A LA LEY DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)”*; pág. 2518. Tomo II, CIVITAS, segunda edición, primera reimpresión, Madrid, mayo de 1999.

²⁶ Sobre el concepto de *título de potestad* ver: MEIER, Henrique: *“LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA TEORIA DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS”*, págs. 717 y siguientes, en *“LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo: Allan Randolph Brewer-Carías”*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 1996.

recogían en *reglamentos militares, escolares, y de establecimientos sanitarios como hospitales*, y son a las que Michel Foucault se referirá como “*disciplinas*”.

1.1.3.- ANTECEDENTES: AMBITO EDUCATIVO.

Es evidente que el Estado tiene interés en que la educación impartida en sus dominios sea una educación acorde con los ideales y principios ético-políticos sobre los que se cimienta ese Estado. Ya Montesquieu trataba el problema educativo de acuerdo al tipo de gobierno. Este sería distinto en el caso de una monarquía o de una república o en el caso del gobierno despótico.

“...Libro IV. Las leyes de la educación deben estar en relación con el principio del gobierno. Capítulo I. De las leyes de la educación. Las leyes de la educación son las primeras que recibimos, y como nos preparan para ser ciudadanos, cada familia particular debe gobernarse conforme al plan de la gran familia que comprende a todas...Si el pueblo en general tiene un principio, las partes que lo componen, o sea las familias, lo tendrán igualmente. Las leyes de la educación serán pues, distintas en cada tipo de gobierno: en las Monarquías tendrán por objeto el honor; en las Repúblicas, la virtud, y en el despotismo, el temor...”²⁷(énfasis añadido).

Respecto al tipo de gobierno distingue la educación así:

“...Capítulo 2. De la educación en las Monarquías...El honor quiere que se pueda aspirar a los empleos o rehusarlos, indistintamente, y mantiene esta libertad por encima de la misma fortuna...(...)...Así pues, el honor tiene sus reglas supremas, a las cuales debe ajustarse la educación. Las principales son: nos está permitido tener en cuenta nuestra fortuna, pero nos está prohibido hacerlo de nuestra vida...La segunda es que una vez situados en un rango determinado, no debemos hacer ni soportar nada que pueda hacernos aparecer como inferiores...La tercera es que las cosas que el honor prohíbe están prohibidas con más rigor cuando las leyes no las proscriben, y que las que exige, se exigen con más fuerza cuando las leyes no las requieren...(...)...Capítulo 3. De la educación en el Gobierno despótico. Del mismo modo que, en las Monarquías la educación tiende sólo a elevar el ánimo, en los Estados despóticos solo procura abatirlo. Es preciso, pues, que en ellos la educación sea servil. Será un bien incluso para el que manda haberla tenido así, ya que nadie es tirano si no es al mismo

²⁷ DE SECONDAT, Charles Louis (Señor de la Brède y Barón de Montesquieu): “EL ESPIRITU DE LAS LEYES”; pág. 73. Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2003. Traducción: Mercedes Blázquez y Pedro de Vega.

tiempo esclavo...la obediencia extremada supone ignorancia en el que obedece, pero también en el que gobierna, pues no tiene que deliberar, dudar ni razonar, le basta querer...la educación es aquí prácticamente nula. Hay que quitarlo todo para dar algo, y empezar por hacer un mal súbdito para hacer un buen esclavo...(...)...Capítulo 5. De la educación en el Gobierno republicano. En el Gobierno republicano se necesita de todo el poder de la educación...Se puede definir esta virtud como el amor a las leyes y a la patria. Dicho amor requiere una preferencia continua del interés público sobre el interés de cada cual; todas las virtudes particulares, que no son más que dicha preferencia, vienen dadas por añadidura...Este amor afecta especialmente a las democracias. Sólo en ellas se confía el Gobierno a cada ciudadano. Ahora bien, el Gobierno es como todo el mundo: para conservarlo hay que amarlo...Todo depende, pues, de instaurar ese amor en la República, y precisamente la educación debe atender a inspirarlo. Hay un medio seguro para que los niños puedan adquirirlo y es que sus propios padres lo posean... ”²⁸(énfasis añadido).

Puede observarse, pues, que cada forma de gobierno procura que la educación sea para el fomento, como se dijo, de los ideales y principios en los que ese mismo gobierno se cimienta, y por ende, es otra forma de procurar su estabilidad política y asegurar su continuidad.

La disciplina, como parte de esa educación, es de una gran importancia para inculcar en los estudiantes esos ideales y principios. Así, la utilización del tiempo para encauzar y moldear las mentes de los infantes que acuden a las escuelas es una forma de disciplina per se. No obstante, el poder disciplinario tendente a corregir las desviaciones respecto al plan educativo establecido por el propio Estado. Este esquema se repite en todos los ámbitos educativos.

Así, en 1667, en París se crea la manufactura de los *Gobelinos*²⁹, previa la organización de una escuela, en la cual la distribución del tiempo de los aprendices, su clasificación de acuerdo al nivel de aprendizaje, la enseñanza, tanto teórica como práctica, impartida por maestros, y la habilitación final para poder abrir un taller en cualquier parte del reino, era pues, característica del aprendizaje corporativo de la época. En este,

“...La forma de servidumbre se mezcla con una transferencia de conocimientos. En 1737, un edicto organiza una escuela de dibujo para los aprendices de los Gobelinos destinada no a

²⁸ *Ibíd*em, págs. 74, 75 y 76.

²⁹ Un Gobelino es un tapiz o alfombra hecho en la *Manufacture Royale des Gobelins* de París.

reemplazar la educación con los maestros obreros, sino a completarla...(...)...La escuela de los Gobelinos no es más que el ejemplo de un fenómeno importante: el desarrollo, en la época clásica, de una nueva técnica para ocuparse del tiempo, de los cuerpos y de las fuerzas; para asegurar una acumulación del tiempo de la vida y para invertir el tiempo que pasa acrecentando siempre su provecho o utilidad. ¿Cómo capitalizar el tiempo de los individuos, acumularlo en cada uno de ellos, en sus cuerpos, en sus fuerzas o sus capacidades y de una manera que sea susceptible de ser utilizable y controlable? ¿Cómo organizar vidas provechosas? Las disciplinas que analizan el espacio, que descomponen y recomponen las actividades, deben también entenderse como aparatos para sumar y capitalizar el tiempo... ”³⁰(énfasis añadido).

Una excepción al control ejercido por el Estado sobre la educación, en tanto y en cuanto éste requiera para sostener los ideales y principios que lo sustenten, sobre todo si éstos son francamente *antidemocráticos y anti-republicanos*, lo constituye la *Autonomía Universitaria*. Esta aparece con las primeras Universidades en los siglos XII y XIII – *las de Bolonia, París, Oxford, Salamanca, Montpellier, Módena, Cambridge, Coímbra, Valladolid, entre otras* – todas ellas se caracterizan fundamentalmente por su autonomía, la cual tiene por objeto:

“...la búsqueda y conocimiento de la verdad y el cultivo e integración de los valores morales, espirituales y culturales que ennoblecen la vida... ”³¹.

Con la Revolución Francesa la *Autonomía Universitaria* se fortalece, pero con el *Imperio* y tras la aprobación del código napoleónico en 1808, las universidades, no sólo francesas sino todas las que quedaron bajo el dominio imperial, pasaron a ser simples dependencias del Ministerio de Educación francés, con la consecuente pérdida de la *Autonomía*, y el refuerzo o intensificación de la relación que sujeta la vida universitaria al ejecutivo.

“...De la misma manera que la reducción o supresión de los estudios humanísticos...(...)...el desarrollo o preponderancia del ejecutivismo estatal ha afectado en igual medida la autonomía de las Universidades. Puede decirse, en consecuencia, que el grado de libertad y

³⁰ FOUCAULT, Michel: “*Vigilar y Castigar...Ob. cit.*”; págs.182 y 183.

³¹ FEBRES CORDERO, Foción: “*AUTONOMIA UNIVERSITARIA*”; págs. 17, 23 y 24. Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Caracas, 1959.

democracia de un País se mide por el grado de independencia y autonomía de que gocen sus Universidades”³² (énfasis añadido).

Vemos, pues, como el control fundamentalmente del ejecutivo sobre la educación se hace indispensable para la *conservación* del *status quo*. Esta relación, como en los casos anteriormente expuestos, no se calificaba tampoco como de *sujeción especial*, sin que se niegue su existencia como relación.

1.2.- CONTEXTO HISTORICO EN EL QUE NACE LA TESIS QUE DISTINGUE ENTRE RELACIONES DE SUJECION GENERALES Y ESPECIALES:

1.2.1.- SITUACION ALEMANA DEL SIGLO XIX (I): REGIMEN ESTAMENTAL. LA ESTRUCTURA DUALISTA DE LA CONSTITUCION ALEMANA.

Con la restauración de las monarquías en Europa, después de la caída del Imperio Napoleónico en 1815, y en virtud de que los principios revolucionarios esparcidos por Europa con la expansión de ese Imperio no permearon en los Estados alemanes como lo hicieron en el resto de los territorios ocupados³³, por el contrario, en éstos había la tendencia a la restauración de la ordenación estamental, Alemania adopta un modelo de constitución caracterizada por la estructura política de la dualidad de centros de poder³⁴, frente a la pluralidad de centros de poder del feudalismo y a la unidad del poder de las monarquías absolutas. Estas constituciones llamadas también estamentales, consisten:

*“...en la yuxtaposición de dos sujetos jurídico-políticos y puede definirse como aquella forma de organización política en la que los meliore et majores terrae, es decir, los estratos privilegiados de la población y capaces de prestaciones financieras y militares, representan, corporativamente organizados, el conjunto del país frente al Príncipe, e intervienen con él en las tareas de gobierno. El sistema consta, pues, de dos mitades: el Rex y el Regnum”*³⁵.

El ordenamiento estamental, siguiendo a García Pelayo, es

³² *Ibídem*, pág. 24.

³³ PEÑA SOLIS, José: *“Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria en Venezuela”*; pág. 7. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1996.

³⁴ GARCIA PELAYO, Manuel: *“Las Constituciones Estamentales”*; Obras Completas, Tomo III, pág. 2209. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991.

³⁵ *Ibídem*, pág. 2201.

“...una forma de transición entre el pluralismo feudal y la unidad del Estado moderno... (...)...El Reino forma, pues, una dualidad en la que cada una de sus partes tiene sus derechos y obligaciones. Fundamento normativo de este sistema son la tradición feudal de lealtad recíproca y de mutuas obligaciones, contrapuesta a la relación de mando y obediencia del Derecho romano y más tarde del absolutismo, las doctrinas iusnaturalistas de la iglesia y el principio jurídico medieval de la sumisión del Rex a la Lex...”³⁶.

Ejemplo de las cartas estamentales es la Carta Magna inglesa de 1215³⁷.

El Estado estamental supera la fragmentación o disgregación del poder feudal, y las corporaciones llamadas *ordos* o *estamentos* se transforman entonces en un instrumento de lucha política frente al absolutismo encarnado en el *príncipe*; luchas o revoluciones que se remontan al siglo XIII. El avance de los estamentos llega a un punto en el cual despojan al príncipe de la base económica de su poder, al impedirle ejercer sobre ellos los poderes impositivos que otrora ostentaba. Se llega virtualmente a un plano en el cual tanto príncipe como estamentos se tenían mutuamente como iguales, o en palabras de Heller:

“Complétase así el dualismo del <<Estado>>estamental, compuesto de dos a más organizaciones de poder independientes entre sí. Apenas hay un solo concepto de la moderna vida estatal que se acomode a tal formación. Ambas partes, príncipe y estamentos, afirman tener mejor derecho; ambas disponen de un aparato propio de poder: funcionarios, tribunales, finanzas propias, e incluso ejército y representación diplomática

³⁶ Ibídem, pág. 2202.

³⁷ Heller trata a las cartas estamentales como contratos, dado que era el instrumento jurídico universal de entonces, no existían las distinciones entre derecho público y derecho privado, o entre ley y contrato. No les reconoce el carácter de constitución que otros investigadores le dan. Dice que: “...**si esta unidad de autoridad, especialmente desde el advenimiento del absolutismo, había de suponer un status, una ordenación de autoridad de carácter continuo, no era bastante que sólo estuvieran sometidas a una regulación central y planificada las relaciones de derecho privado, sino que tenía que suceder lo mismo con aquellas en que interviniera la autoridad. Habrá, por esto, que buscar el origen específico de las constituciones escritas en estas exigencias de carácter organizador. Lo que en tales constituciones hay de nuevo no es la determinación en un documento de los derechos de libertad individual, como por bastante tiempo se ha creído, pues tal determinación, responde a la forma, en toda época conocida, por la que se hacen constar ciertos derechos políticos subjetivos por escrito en una carta. En cambio, si es completamente nueva la regulación consciente y planificada de la estructura concreta de la unidad política en una ley constitucional escrita...(...).Son esenciales a este nuevo concepto de constitución tanto el carácter autoritario de la ley constitucional, en oposición a los documentos que registran un contrato entre príncipe y estamentos, v.gr., la Carta Magna de 1215, como el de que tal normación se realiza con el propósito de que permanezca, el que sea inviolable. El Instrument of Government (1653) de Cromwell es el primer ejemplo de un documento constitucional moderno; su mismo nombre revela su naturaleza. Lo que Cromwell pretendía con esta constitución fue expresado por él claramente: <<En todo gobierno –dice–, tiene que haber algo fundamental, semejante a la Carta Magna, permanente, invariable>>...”.** HELLER, Hermann: “Supuestos Históricos Ob. cit...”; pág. 178. (énfasis añadido).

proprios... (...)...Los príncipes tratan con sus estamentos como si se tratas de aliados, en plano de igualdad, y con frecuencia tienen que aliarse con otros señores territoriales para imponerse a sus propios súbditos... ”³⁸.(énfasis añadido).

Vemos pues que entre los dos términos del dualismo, *Rex-Regnum*, se establecen unas *relaciones de coordinación* con arreglo a una *esfera recíproca de derechos y obligaciones*, no existe, en principio, jerarquía ni dependencia alguna entre ellos. De estas relaciones de coordinación se evolucionará a *un sistema de potestades y competencias de cada uno de los términos de la dualidad*, y aunque uno de ellos resulte en el futuro ser el dominante: el Rey en la monarquía absoluta, o el parlamento (los estamentos) en el régimen parlamentario (inglés), esté régimen de competencias establecido constitucionalmente mantendrá a cada uno de los términos del dualismo alejado del ejercicio de las competencias del otro.

Ahora bien, con la restauración de las monarquías europeas en la era post napoleónica, en Alemania la estructura dual de la constitución estableció un régimen absolutista con algunos matices, en el que la primacía en el ejercicio del poder seguía en cabeza del monarca. No significó la restauración una vuelta al régimen estamental propiamente, sino a una monarquía absoluta. No obstante, reiteramos que *en el sistema dualista rige el principio de competencias*, y tanto la dieta como el príncipe ejercen potestades normativas de primer grado, es decir, en ejecución directa e inmediata de la constitución. Así, el Rey puede dictar normas sin ningún vínculo con las leyes emanadas del parlamento, nace entonces el *reglamento autónomo o independiente*, no existe aquí, como sí en Francia, la jerarquía entre ley y reglamento. Además de ello, goza el Rey de la *potestad reglamentaria de ejecución de las leyes* provenientes del parlamento o de segundo grado, y tiene el poder de iniciativa parlamentaria y de veto a las leyes sancionadas por la dieta³⁹.

Ya con posterioridad el parlamento va ganando espacios, los que en principio se limitaban a *las libertades individuales y la propiedad*. Con ese avance la ley comienza a

³⁸ HELLER, Hermann: “*Supuestos Históricos...ob.cit.*”; pág. 169.

³⁹ PEÑA SOLIS, José: “*Régimen de la Potestad Reglamentaria...ob. cit.*”; págs. 7 y 8. “*MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Adaptado a la Constitución de 1999*”; Volumen Primero, págs. 697 y 698. 4ta reimpresión. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004.

transformarse en un *límite* de la *actividad administrativa* sobre las materias por ella reguladas, y deja de ser tal en aquellas materias reservadas por el ordenamiento al ejecutivo, *incluso en aquellas materias sobre las cuales en ordenamiento nada establecía o guardaba silencio*. Surge así en los orígenes del constitucionalismo alemán la *vinculación negativa a la ley*;

“...Según esta concepción, la Administración puede hacer todo aquello que la ley no le prohíbe. Esto es fácil de comprender si recordamos el modo en que los Parlamentos fueron recortando los poderes del monarca. Primero le dijeron <<no recaudarás impuestos sin nuestro consentimiento>>; después establecieron que el rey no podría tomar la propiedad de nadie sin indemnización ni sus agentes detener a nadie sin presentarlo ante un juez en unos pocos días. Y así sucesivamente. Al ir recortando de este modo los poderes del rey, todo lo demás, lo <<no recortado>>, permanecía plenamente disponible bajo la autoridad del monarca. Por eso se consideraba que podía hacer todo lo que no le estaba constitucionalmente prohibido...”⁴⁰ (énfasis añadido).

Lo que hoy reconocemos como *potestades disciplinarias*, cuya existencia no llegó a plantearse entonces, propias de las *relaciones internas* o *de sujeción especial*, que como ya apuntábamos tampoco se consideraban *relaciones jurídicas*, se ejercían por el ejecutivo *sin límite alguno*, en tanto no se concebía como posible que el parlamento regulara tal cuestión, y en consecuencia, era un ámbito *no atribuido* al parlamento y respecto al cual el ordenamiento, en principio, nada establecía, por ende, entraba en esta concepción de la *vinculación negativa a la ley*.

Aunado a los anteriores conceptos, surge igualmente con el advenimiento del constitucionalismo alemán, otra figura que impide ese avance del parlamento en la obtención de ámbitos de poder político que consecuentemente restasen los del monarca. Nos referimos a la distinción entre *ley formal* y *ley material*. La primera es aquella aprobada por el legislador independientemente de su contenido. La segunda, considerada contentiva de proposiciones jurídicas que inciden en la esfera de derechos de los súbditos, independientemente de la autoridad que las dicte. Esta construcción también se atribuye a Laband y a G. Jellinek. Al Respecto nos dice el Profesor Peña Solís que:

⁴⁰ DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel: “FUNDAMENTOS DE DERECHO PUBLICO”; pág. 38. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA. Edita Centro de Estudios Financieros, CEF.

“...Fue precisamente la Doctrina Alemana con ocasión de la aprobación de 1862 del Presupuesto de Prusia (gastos militares), cuya Constitución de 1850, establecía que los ingresos y gastos calculados por el Ejecutivo debían ser anualmente comprobados mediante una ley, la que dio origen al debate acerca de la necesidad de deslindar los conceptos de ley en sentido material y ley en sentido formal. En efecto, en esa oportunidad **el Ejecutivo consideró que por tratarse de una ley formal (sin contenido normativo), la de presupuesto no requería la aprobación del Parlamento, y procedió a poner en vigencia el presupuesto de guerra, mediante Decreto...**”⁴¹(énfasis añadido).

Es de hacer notar, que la estructura dualista del ordenamiento jurídico alemán facilitó en mucho que se originasen figuras tales como las descritas: *potestad reglamentaria independiente, vinculación negativa a la ley y los conceptos de ley formal y material*. Con ello se dotaba de instrumentos jurídicos al monarca para que éste conservase sus prerrogativas frente al avance del parlamento. En todos estos casos, el ejecutivo, a pesar del avance del legislativo, seguía ejerciendo sus poderes según la concepción absolutista. Este *mecanismo de justificación jurídica* se manifestará igualmente con la distinción entre *relaciones de sujeción generales y especiales*, mediante el cual el monarca se mantendrá en el ejercicio exclusivo de poderes sobre ciertos sectores como el militar y la Administración sin intervención alguna de la dieta o parlamento. Sectores que por lo demás, como vimos arriba, fueron fundamentales en el advenimiento del Estado moderno, y lo siguen siendo en el sostenimiento del Estado en la actualidad.

1.2.2.- SITUACIÓN ALEMANA DEL SIGLO XIX (II): CONTEXTO HISTORICO-POLITICO-JURIDICO EN EL QUE SE ORIGINO LA DISTINCION ENTRE RELACIONES DE SUJECION:

Es en la convulsionada Europa del siglo XIX, por la exacerbación de los nacionalismos, en medio de guerras y cambios políticos y territoriales abruptos, particularmente en Prusia donde ubicamos los *antecedentes* más inmediatos de esta distinción entre relaciones de sujeción, general y especial. Posteriormente, es con el

⁴¹ PEÑA SOLIS, José: “MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Adaptado a la Constitución de 1999”; Volumen Primero, 4ta Reimpresión, págs. 230 y 231. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004.

advenimiento del Imperio alemán, en tiempos de la Monarquía constitucional caracterizada por el sistema dualista arriba descrito, es decir, en el cual coexisten el parlamento y el rey, con una influencia atenuada del liberalismo, en el que “...la soberanía sigue residiendo en el príncipe o monarca, quien detenta todos los poderes, salvo algunos, en materia legislativa que debe compartir con la Asamblea estamental o Dieta...”⁴², cuando este concepto de *relaciones de sujeción especial* será jurídicamente elaborado por Paul Laband para explicar la *relación jerárquica funcional*, y con posterioridad será utilizado por Otto Mayer en su tratado de derecho administrativo, para distinguir las *instrucciones* de los *actos administrativos* y justificar la utilización de aquellas en las *relaciones internas* de la Administración con sus funcionarios, excluyendo de las mismas al acto administrativo.

La Confederación Germánica creada por el Congreso de Viena en 1815, tras la culminación de las guerras napoleónicas y la derrota de Francia, estaba constituida por la Confederación del norte, con Prusia a la cabeza cuya población era predominantemente protestante, y la del sur, de mayoría católica. La primera logra un desarrollo económico formidable, se transforma en poco tiempo en una verdadera potencia industrial basada en las industrias del carbón y del acero, una industria metalmeccánica de las más desarrolladas de la época y una actividad comercial facilitada, en principio, por el tratado de Prusia con los Estados intermedios en 1829, el cual se transformó 1833 en la unión aduanera más poderosa de ese momento, conocida como el *Zollverein*⁴³, que hizo de Berlín el centro de gravedad de la Confederación. Aunque el centro del poder político estaba en Viena, antigua sede del Sacro Imperio Romano Germánico y lo regentaban los Habsburgo, el poder económico desarrollado por Prusia en torno a Berlín y a la Casa Hohenzollern, hacía que el peso de esta última en asuntos de la incumbencia de toda la Confederación fuese determinante.

La restauración conservadora adelantada en toda Europa una vez culminadas las guerras napoleónicas en 1815, y en particular en la Confederación Germánica, promovida

⁴² PEÑA SOLIS, José: “REGIMEN JURIDICO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN VENEZUELA”; pág. 7, UCV-FCJP, Caracas 1996.

⁴³ WEILL, Georges: “LA EUROPA DEL SIGLO XIX Y LA IDEA DE NACIONALIDAD”; en “LA EVOLUCIÓN DE LA HUMANIDAD”, síntesis colectiva dirigida por Henri Berr, Sección Cuarta: “HACIA EL TIEMPO PRESENTE”; Tomo CXXXI, pág. 72. Traducción al español por el Lic. José López Pérez. Primera edición el español. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1961.

desde Viena por el Canciller austriaco Klemens von Metternich, se oponía a los incipientes movimientos democráticos y liberales de la época, lo que llevó a la revuelta revolucionaria de 1848, la cual fue aplacada, no obstante ello, las aspiraciones democráticas de liberales y socialistas en las poblaciones de la Confederación protestante del norte se incrementaban, al igual que las aspiraciones nacionalistas alemanas en general en las facciones de todas las tendencias: liberales y conservadores. Sin embargo, a partir de estos acontecimientos, quedo en evidencia la incapacidad alemana para producir una reforma interior por sí misma,

*“...todas las sacudidas vinieron de afuera. La primera de esas sacudidas fue producida por la guerra de Crimea (1853-1856). Esta no afectaba directamente a Alemania, y todos los pequeños Estados desearon la neutralidad;...(omisis)...Era la primera gran guerra europea desde 1815; **mostro a los alemanes hasta qué punto su país era débil, incapaz de sostener su lugar en Europa...**”⁴⁴(Énfasis añadido).*

La segunda gran crisis que si sacude a la Confederación Germánica es la unificación de Italia en 1859 a la cual se llega después de la guerra entre Francia, el Piamonte y Austria en el Valle del Po. Entonces se plantea nuevamente la aspiración de la unificación nacional alemana en torno a Prusia. Pero la debilidad alemana se hacía cada vez más patente y así se proyectaba en el extranjero. El canciller ruso Alexander Mikhalovich Gortchakov expresa en una circular que:

“La Confederación germánica es una combinación pura y exclusivamente defensiva. A título de tal ha entrado en el derecho público europeo, sobre la base de los tratados en los cuales Rusia ha puesto su firma”⁴⁵. (Énfasis añadido)

En el mismo sentido, comparando a los ejércitos inglés y prusiano en el *Times de Londres* se publicaba en noviembre de 1860 lo siguiente:

*“Podemos librar nuestras batallas, tanto si es necesario defender nuestro propio territorio como enviar cien mil hombres al otro lado de la tierra para reconquistar una provincia insurgente. Sin ninguna ayuda, **Prusia no sería capaz de conservar el Rhin o el Vístula durante un mes sin que cayeran en manos de sus ambiciosos vecinos...**Prusia está tratando siempre...de conseguir de alguien la ayude, sin tener deseo de ayudarse a sí misma...**Posee un***

⁴⁴ Ibídem, pág. 186.

⁴⁵ Ibídem, pág. 189.

numeroso ejército, pero uno que claramente no se encuentra en condiciones de luchar”⁴⁶.
(Énfasis añadido)

La imagen de debilidad del ejército prusiano y la consecuente incapacidad de Prusia para el logro de sus aspiraciones se proyectaba hacia lo interno de los Estados de la Confederación como en el extranjero. Esta situación de debilidad tenía que inquietar a las autoridades prusianas. Sobre todo, en ese contexto bélico europeo que seguramente le depararía a Prusia algún conflicto.

En efecto se librarían en el futuro tres guerras definitivas para el advenimiento y consolidación del Imperio Alemán: en 1864 la guerra contra Dinamarca por los ducados de Schleswig y Holstein; en 1866 la guerra con Austria que disuelve la Confederación Germánica y da nacimiento a Alemania; y por último, la guerra Franco-Prusiana, que daría al traste con el régimen de Napoleón III en 1870 y propiciaría el nacimiento del Imperio Alemán en 1871 (*Segundo Reich*). El control y modernización del ejército es entonces para los alemanes una verdadera necesidad. Surge entonces el conflicto del ejecutivo con el parlamento por la modernización y por el control del ejército, en el avance del parlamento por obtener y consecuentemente recortar ámbitos de regulación al príncipe alemán:

*“...En la Dieta prusiana, el partido progresista obtuvo un notable éxito electoral. Se pidió con insistencia una reforma de la Constitución, todavía censitaria y autoritaria, mientras el príncipe regente Guillermo, rey desde 1861 (su hermano, Federico Guillermo IV, enfermo mental, fue obligado a retirarse en 1858), no conseguía hacer aprobar los créditos necesarios para modernizar el ejército, lo que hubiera puesto en sus manos un fuerte poder militar fuera del control parlamentario y dependiente únicamente del soberano...Entonces, el 23 de septiembre de 1862, Guillermo I llamó al embajador prusiano en París, Otto von Bismarck-Schönhausen, con la misión concreta de hacer comprender a la Dieta rebelde la superioridad del poder real sobre el parlamentario...”*⁴⁷. (Énfasis añadido)

Relata el historiador Bruce Waller que el Decreto Constitucional dictado por Federico Guillermo IV en 1848, el cual era moderadamente liberal, y que fuera reformado posteriormente, permitía inferir al ejecutivo, que cuando en las discusiones para la

⁴⁶ WALLER, Bruce: “BISMARCK”; de la 2da edición inglesa, págs. 45 y 46. Editorial Ariel, S.A., serie Ariel Historia, España, 1999.

⁴⁷ “HISTORIA UNIVERSAL No. 10. Edad Contemporánea (II). De 1859 a 1914”; Editorial Planeta-El Nacional; pág. 158; España, 2001.

aprobación de alguna ley o medida, *v.gr.*: la aprobación de un crédito para la modernización del ejército, llegasen a un punto de estancamiento, es decir, cuando no fuese posible llegar a ningún acuerdo entre el ejecutivo y el parlamento, entonces *el ejecutivo quedaba habilitado para actuar sin intervención del legislativo*; lo que llama el historiador la “*teoría del rescuicio*”. En efecto, narra Waller que la reformada Constitución prusiana:

“...Cuando conducía a un callejón sin salida, quienquiera que se encontrara en el centro podía aplicar la teoría del <<rescuicio>>, es decir, enfrentar a un ala contra la otra y seguir su propio camino. Según la constitución prusiana, se suponía que el rey y el parlamento legislaban juntos, pero no existía ninguna alternativa prevista en caso de llegarse a una vía muerta. En la constitución había un <<rescuicio>> que ya pareció claramente visible desde el comienzo. Bismarck y algunos otros consideraban que el gobierno podía actuar según su propio albedrío hasta tanto se resolviera el conflicto. Como muy bien sabemos, el debate sobre la reforma del ejército condujo la discusión a una de esas vías muertas y durante el curso de los debates, Bismarck hizo un uso completo de la teoría del <<rescuicio>>. Se recaudaron impuestos y se desembolsó dinero para financiar la reforma del ejército sin permitir la intervención del parlamento”⁴⁸. (Énfasis añadido)

Puede observarse que en la explicación dada por Waller, la actuación del Canciller Bismarck, se asemeja mucho y se aproxima bastante a lo que hoy conocemos como *vías de hecho*: *recaudar impuestos sin que hubiese un título jurídico para ello*. Si el Canciller consideraba que el gobierno podía actuar según su propio albedrío sin sujeción prácticamente a nada, entonces el gobierno se adentraría en el terreno de la arbitrariedad, por demás muy propio del absolutismo.

Entonces tenemos que a partir de 1849-1850 y hasta 1870-1871, venían perfilándose por *la vía de los hechos* distintos caminos para que el Ejecutivo mantuviese el control, particularmente del ejército, sin intervención parlamentaria. Es decir, que como producto del conflicto entre el Ejecutivo y el Parlamento por el control del ejército en un contexto prebélico, en principio por la aspiración nacional germánica de instituir un imperio sin Austria, centro del poder político de la Confederación Germánica, y posteriormente, por la guerra franco-prusiana, se obtuvo por distintas vías y en diferentes épocas el reconocimiento de la prevalencia del Ejecutivo sobre el Parlamento. La primera de estas

⁴⁸ WALLER, Bruce: “BISMARCK....*Ob. cit*, págs. 25, 66 y 67.

vías o recursos de las que se valió el Ejecutivo fue la citada *teoría del resquicio*, que como quedó visto, consistía en un mecanismo por el cual se requiere el asentimiento de la Dieta y del rey para la aprobación de las leyes, de no llegarse a ningún acuerdo o de llegarse a una *vía muerta* en las discusiones para la aprobación, y *según entendía el propio Ejecutivo*, podía éste actuar *ad libitum* hasta que se resolviera el conflicto. De este modo pudo financiarse la modernización del ejército recaudando impuestos sin que el Parlamento interviniese. Esto hoy sería considerado como arriba advertimos, sin lugar a dudas, una *vía de hecho*. Esta *vía rápida* adoptada por el ejecutivo constituye otro de los mecanismos por el cual mantuvo el control sobre el ejército sin injerencia del parlamento. Como puede verse, en esta etapa el recurso era fundamentalmente político, basado en una *razón política* y no en la *razón jurídica*. No obstante, el surgimiento de figuras que jurídicamente justificaban tal situación de control del ejecutivo, como quedo dicho anteriormente.

El efectivo control del ejecutivo sobre el ejército prusiano, lleva primero a la anexión de los ducados de Schleswig y Holstein en 1864⁴⁹; a la disolución de la Confederación Germánica y el nacimiento de Alemania como Estado en 1866⁵⁰, como resultado de la guerra austro-prusiana; y, finalmente, a la derrota de Francia en la guerra

⁴⁹ "HISTORIA UNIVERSAL No. 10. Edad Contemporánea (II). De 1859 a 1914"; Editorial Planeta-El Nacional; pág. 159; España, 2001: "...Después de la guerra que estalló entre Dinamarca y la confederación germánica en la primavera de 1848 y que concluyó en seguida con la derrota de la primera, las grandes potencias regularon la cuestión de aquellos ducados con dos protocolos firmados en Londres en 1850 y 1852, relativos al derecho de sucesión al trono danés y a la autonomía de los ducados de Schleswig y Holstein, que le pertenecían y que juntos formaban parte de la confederación. Pero la muerte de Federico VII de Dinamarca (1863) replanteó bruscamente la querella. Su sucesor Cristián IX (1863-1906), bajo la presión de los nacionalistas daneses, aprobó la reunificación de Schleswig a Dinamarca, violando los protocolos de Londres...En enero de 1864, mientras la Dieta decidía enviar a los ducados un contingente militar propio, las tropas prusianas, junto a las austríacas, entraban en Schleswig. La rápida derrota danesa condujo en agosto de 1864 a los preliminares de paz, posteriormente convertidos en tratado definitivo, firmado en Viena el 30 de octubre, en virtud del cual el rey de Dinamarca renunciaba a todo derecho sobre Schleswig, Holstein y Lauenburgo en favor del emperador de Austria y del rey de Prusia. Pero precisamente las cláusulas de la paz hacían inevitable la reapertura de la contienda austro-prusiana por el predominio sobre Alemania...".

⁵⁰ La aspiración de la unidad alemana abrazaba tanto a nacionalistas como a liberales, incluso a los socialistas como *Ferdinand Lassalle*, fundador en 1863 del movimiento socialdemócrata alemán. Las desavenencias suscitadas con Austria por el rechazo al ingreso de ésta al *Zollverein* o unión aduanera, dejándola aislada económicamente, aunadas a la posición prusiana respecto a los ducados de Schleswig y Holstein haciendo a un lado las aspiraciones austríacas y la convocatoria de Bismarck a la constitución de una Dieta prusiana elegida por el voto universal, dividiendo las fuerzas de la Confederación Germánica, adoptando una fisonomía política propia, apartándose de Austria, fueron los detonantes de la guerra austro-prusiana, la cual arrojó como resultado el advenimiento del Estado alemán. Ver: "HISTORIA UNIVERSAL No. 10. Edad Contemporánea (II). De 1859 a 1914"; Editorial Planeta-El Nacional; pág. 158 y sgts.; España, 2001.

franco-prusiana de 1870⁵¹ la cual finaliza en la batalla de Sedan, y por la cual, además de poner fin a las pretensiones imperiales de Napoleón III, Alemania se anexa las regiones de Alsacia y Lorena, y al año siguiente, en 1871 se proclamaría en el Palacio de Versalles el nacimiento del Imperio Alemán. Sin el control del ejército probablemente el desarrollo de los hechos hubiese sido otro. En este sentido, el historiador J.R. de Salis dice que:

“Dos circunstancias explican los éxitos de la política de Bismarck desde 1864 hasta 1871: por una parte, la capacidad ofensiva y superior dirección del ejército prusiano, y por la otra el hecho de que las grandes potencias no intervinieran en los acontecimientos...(omisis)...Prusia había llevado adelante sus guerras con los medios de la rápida movilización, la ofensiva inmediata, llevada a cabo con fuerzas importantes y basada en la nueva capacidad de fuego de las armas modernas, en especial el fusil con percutor, nuevo en la época; esos medios habían permitido a Moltke la aniquilación de las fuerzas enemigas en sus propios territorios y en plazos relativamente breves. El servicio militar obligatorio para todas las clases sociales, con varios años además de duración, la formación de oficiales de estado mayor intelectualmente cualificados, la frecuente renovación del material de acuerdo con el desarrollo de la técnica y el desarrollo también progresivo de los contingentes militares en tiempos de paz eran las formas modernas de preparación militar del estado en el continente europeo, y esas formas eran naturalmente susceptibles de constante intensificación. Los

⁵¹ Este conflicto se desató por la protesta de Francia ante la solicitud hecha a Alemania por España para que un príncipe alemán fuese el rey en España. En efecto, *“Tras la caída de Isabel II el Gobierno provisional español trató de hallar un príncipe extranjero que ciñera la corona, y uno de los candidatos que gozó de mayores probabilidades de ser elegido fue Leopoldo de Hohenzollern-Sigmaringen, nombre sugerido en marzo de 1869 por la prensa alemana afecta al canciller Bismarck, lo que suscitó las iras de Francia y de su emperador Napoleón III, hasta tal punto que ello constituyó el motivo de la guerra franco-prusiana de 1870”*. Reseña introductoria al artículo *“LA CORONA ESPAÑOLA Y LA GUERRA FRANCO-PRUSIANA”*, fragmento de la autobiografía de Bismarck: *“Pensamientos y Recuerdos (Gedanken und Erinnerungen)”*, publicado en: *“REPORTAJE DE LA HISTORIA. Tomo 5”*, pág. 21. Editorial Planeta, S.A., Barcelona, España, 1982. Dice el propio Bismarck en el texto citado: *“...Francia buscó contra Prusia un motivo de guerra que en lo posible no pareciera dirigida contra toda la nación alemana, y creyó haberlo encontrado en el terreno dinástico, al presentarse un pretendiente al trono español que llevaba en nombre de Hohenzollern. Además se tenía un concepto demasiado exagerado de la superioridad militar de Francia y no se apreciaba en su justo valor el espíritu nacional de Alemania...(omisis)...La creencia de la superioridad de las armas francesas puede decirse que había traído por los cabellos el pretexto para la guerra, y en lugar de hacer responsable a España por su supuesta elección antifrancesa, arremetieron contra el príncipe alemán que no se había negado a remediar la necesidad de los españoles, según expreso deseo de éstos, presentando un rey posible y que era de suponer sería considerado en París como persona grata; y la emprendieron también contra el rey de Prusia, que sólo estaba relacionado en aquel asunto español por el nombre de familia del elegido y por pertenecer a la misma nacionalidad alemana...”*; págs. 24 y 25. Como puede observarse la imagen de inferioridad militar de Alemania fue utilizada como estratagema para la obtención de sus victorias. Evidentemente el control del ejecutivo sobre el ejército sin la intervención parlamentaria fue uno de los factores determinantes de ello.

ejércitos, en efecto, tenían que estar permanentemente preparados para atacar en caso de conflicto... ”⁵². (Énfasis añadido)

El ejecutivo, como quedó dicho, había llevado a cabo efectivamente la reforma del ejército sin la intervención del parlamento. Sin embargo, a partir de 1866, primero ante la propuesta de Bismarck de constituir una Dieta prusiana elegida por voto universal, independiente de la Dieta confederada, para asombro de los propios liberales quienes veían en el Canciller prusiano la expresión más palpable del autoritarismo, con el ulterior logro de la unificación alemana y la disolución de la Confederación Germánica, comienza a producirse un cambio en la propia Dieta, básicamente por el avance de las facciones liberales frente a las nacionalistas, e igualmente en las relaciones de poder entre el ejecutivo y el legislativo también se sienten esos cambios. Así en la *Dieta del Reich (Reichstag)* “...ni siquiera un Bismarck era capaz de evitar esas concesiones al espíritu de la época”⁵³. En este sentido, a pesar del poco poder que la Constitución le daba a la *dieta del Reich*, esta tenía un poder negativo, es decir, como la aprobación de una ley requería además de la intervención de la *Dieta* la del *Consejo Federal (Bundestag)*⁵⁴, si aquella se negaba a su aprobación, se imponía entonces una *negociación* del ejecutivo con el parlamento. En efecto, comenta De Salis respecto al *Reichstag* que:

*“...Aparte de no tener influencia alguna en el nombramiento ni en la deposición del canciller y aparte también del hecho de que los jefes parlamentarios quedaran excluidos de cualquier cargo gubernamental de importancia, el parlamento estaba reducido incluso en su función legislativa por la circunstancia de que una ley sólo obtenía vigencia por aceptación de la dieta y el Consejo Federal. **El parlamento podía ejercitar sus derechos por vía negativa** – negándose, por ejemplo, a aprobar proyectos de ley o nuevos impuestos- **y positivamente, modificando, mejorando y perfilando las iniciativas del gobierno.** Las fracciones parlamentarias pusieron en práctica frente al canciller una táctica defensiva, ofreciendo, dentro de los límites a que les constreñía una opinión pública fielmente sometida al principio de autoridad, resistencia pasiva a los proyectos de ley y de impuestos, retrocediendo luego paso a paso y limitando las exigencias del canciller, **impidiendo la promulgación de leyes y***

⁵² DE SALIS, J.R.: “*HISTORIA DEL MUNDO CONTEMPORANEO. Tomo Primero: Los Fundamentos Históricos del Siglo XX 1871-1904*”; págs. 35 y 39. Traducción de Manuel Sacristán Luzón. Ediciones Guadarrama, S.L., Madrid, 1960

⁵³ *Ibidem*, pág. 54.

⁵⁴ El Consejo Federal o Bundestag es un cuerpo colegiado conformado por representantes de los ejecutivos de los distintos Estados alemanes que conformaron el imperio alemán de 1871. El Consejo Federal lo presidía el Canciller Otto Von Bismarck.

disposiciones que en el futuro pudieran limitar aún más las facultades del parlamento y negociando concesiones del gobierno a cambio de las de la dieta. <<Chalaneo>> se llamaba abiertamente en Alemania esa peculiar táctica parlamentaria impuesta por las características circunstancias constitucionales de la dieta”⁵⁵.

Vemos pues que ya para 1866 no se imponía el ejecutivo sobre el legislativo del mismo modo que en años anteriores, sobre todo a partir de 1849-1850, cuando surge el mecanismo del “*resquicio*” arriba comentado, que permitía al ejecutivo aprobar y ejecutar partidas presupuestarias para la modernización del ejército sin que el parlamento interviniese, lo que de suyo comportaba el control absoluto sobre ese estamento. En esta etapa, la de la unificación alemana en 1866, el control del ejecutivo sobre el ejército, se posibilitaba, además de por las *negociaciones* con el parlamento mediante las cuales se hacían *recíprocas concesiones*, por la concepción que entonces se tenía del ejército frente al ejecutivo, esto es:

“...un ámbito inmediatamente subordinado a la corona...”⁵⁶.

En el mismo sentido,

“...ese ejército estaba penetrado por la concepción prusiana clásica del servicio al rey, por la situación privilegiada de la casta de los oficiales y por la convicción de que la fuerza militar es la suprema expresión de la vida del estado...”⁵⁷ (énfasis añadido).

Bajo una concepción y convicción sociales como esta de todos modos juzgamos que no sería difícil para el ejecutivo seguir controlando el ejército y otras instituciones del Estado alemán, *v.gr.*, la Administración.

Ahora bien, después de 1870, la justificación del control del ejecutivo sobre el ejército sin la intervención parlamentaria se basó en el temor de la recuperación de Francia y una posterior retaliación en contra de Alemania, lo que no ocurrió sino en 1914 con la primera gran guerra que conoció el siglo XX.

Es en este período de 1870-1871, la del advenimiento del Imperio alemán, en el que se construye la tesis jurídica de las *relaciones de sujeción especial* por oposición a las

⁵⁵ *Ibídem*, pág. 55.

⁵⁶ *Ibídem*, pág. 54.

⁵⁷ *Ibídem*, pág. 51.

relaciones de sujeción general. En las primeras la autoridad ejerce potestades especiales sobre determinados grupos sujetos a esa autoridad por un vínculo que tiene lugar únicamente dentro de la organización; *v.gr.: las relaciones que se dan en los cuatro grupos clásicos: respecto a los presos, los militares, los funcionarios públicos y los estudiantes, en las cárceles, los cuarteles, las oficinas y dependencias administrativas y las instituciones educativas respectivamente.* Las segundas son las que nacen de las potestades generales a las que están sujetos todos los ciudadanos de un Estado, *v.gr.: el nexo que se origina por el ejercicio de potestades como la expropiatoria o la tributaria.*

Esta tesis surge como la interpretación de una realidad que estaba a la vista de todos, y termina dándole un sostén jurídico al control del ejecutivo sobre el ejército, la Administración y demás funcionarios de la corona, los estudiantes y los presos, sin que interviniese el parlamento. Recordemos que la relación rey-parlamento propia del dualismo alemán no subordinaba las potestades normativas del ejecutivo a la ley, es decir, que ni sus actos reglamentarios estaban preordenados jerárquicamente a la ley, sino que tenían el mismo rango, ni la Dieta podía aprobar una ley sin su consentimiento. La constitución alemana establecía un sistema de competencias para el legislador y para el monarca, en el cual no hay jerarquía alguna.

Por otro lado, hubo un cambio en la política exterior de los Estados europeos motivada por el colonialismo y por el incremento del comercio con las colonias producto del desarrollo del incipiente capitalismo⁵⁸ que exigía *ejércitos profesionales* para el control de las posesiones de ultramar, lo que desató una intensa competencia entre las potencias europeas⁵⁹, no ya por la expansión territorial de los propios Estados en Europa.

⁵⁸ WEILL, Georges: Ob. cit. 212. Dice este autor que: *“La fundación del Imperio alemán pareció señalar al mismo tiempo la victoria y el final del principio de las nacionalidades...Ningún país tenía ya un soberano como Napoleón III, dispuesto a sostenerlas por la diplomacia y hasta por las armas...Toda Europa estaba absorbida por nuevos problemas. Esa época de paz que va a prolongarse hasta más allá del fin de siglo señala la floración del capitalismo; también presencia los constantes progresos del socialismo que se organiza para resistirle. Capitalismo y socialismo son fuerzas internacionales, que tienen en todos los países partidarios y adversarios unidos por ideales comunes, por intereses comunes que traspasan las fronteras de los Estados. También es internacional el movimiento pacifista que se desarrolla contra la guerra y contra el abuso de los armamentos”.*

⁵⁹ Ver: DE SALIS, J.R.: Ob. cit. pág. 41. Respecto al tema del colonialismo ver: WEILL, Georges: Ob. cit.

En definitiva, este es el contexto en el que ubicamos el nacimiento de lo que ya a partir de 1870 con la intervención de juristas como Paul Laband y con posterioridad de Otto Mayer, se conocerá como *relaciones de sujeción especial*. A partir de entonces esta categoría se presentará ambigua tanto en su concepción como en su alcance. Solo habrá coincidencia en la doctrina alemana respecto a la extensión de las *relaciones de sujeción especial* sobre cuatro sectores o grupos: *los presos, los militares, los funcionarios públicos y los estudiantes*.

Como puede observarse los grupos que según la doctrina alemana permanecían bajo el control del ejecutivo fueron aquellos sobre los que se ejerce un “*poder domesticador, conformador o normalizador*”⁶⁰, esto es, un “*poder de formación para la dominación*”⁶¹. Este es el *poder disciplinario*: un poder corrector y conformador de conductas, orientado a la obtención de la *obediencia y docilidad* del individuo sujeto a ese poder, es decir, al *discípulo*. Es un poder doméstico. La *disciplina* es la enseñanza o instrucción impartida a *discípulos* con el objeto de amoldar la conducta de éstos a ciertos cánones considerados éticamente aceptables y políticamente convenientes. “*La disciplina <<fabrica>> individuos; es la técnica específica de un poder que toma a los individuos a la vez como objetos y como instrumentos de su ejercicio*”⁶².

Como puede observarse, de los hechos acontecidos en éste contexto, surge una distinción entre grupos en ese entonces de súbditos, lo que la doctrina alemana de la época interpretaría y explicaría a través de la distinción del tipo de relación del súbdito con el soberano; tema que abordaremos de seguidas.

⁶⁰ GONZALEZ PEREZ, Jesús; y, GONZALEZ NAVARRO, Francisco: “*COMENTARIOS A LA LEY DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN (Ley30/1992, de 26 de noviembre)*”; Tomo II; segunda edición; páginas 2514, 2517, 2518 y siguientes. CIVITAS, Ediciones, S.L.; Paracuellos de Jarama, Madrid, España.

⁶¹ Max Weber define la dominación como “...*la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos). No es, por tanto, toda especie de probabilidad de ejercer <<poder>> o <<influjo>> sobre los otros hombres. En el caso concreto esta dominación (<<autoridad>>), en el sentido indicado puede descansar en los más diversos motivos de sumisión: desde la habituación inconsciente hasta lo que son consideraciones puramente racionales con arreglo a fines. Un determinado mínimo de voluntad de obediencia, o sea de interés (externo o interno) en obedecer, es esencial en toda relación auténtica de autoridad*”. “*ECONOMIA Y SOCIEDAD*”; pág. 170; Traducción: José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máñez y José Ferrater Mora. Duodécima reimpresión, 1998. Fondo de Cultura Económica; México.

⁶² FOUCAULT, Michel: “*VIGILAR Y CASTIGAR. NACIMIENTO DE LA PRISION*”; pág. 199; traducción: Aurelio Garzón del Camino; Siglo Veintiuno Editores, S.A.; Buenos Aires, Argentina; segunda edición: 2008.

2.- CONCEPTO DE RELACIONES DE SUJECION GENERALES Y ESPECIALES. EVOLUCION DE LA DISTINCION EN ALEMANIA. ESTATUS ACUTAL:

La tesis de la distinción de los tipos de relación súbdito – soberano, en esa época, se atribuye al jurista alemán Paul Laband, quien acuñó el concepto para explicar la relación jerárquica de los funcionarios públicos, es decir, que la autoridad administrativa, en virtud de la jerarquía, tiene un poder respecto a los funcionarios subordinados que no tiene frente a los demás súbditos. Las órdenes de servicio derivan inmediatamente de su jerarquía y no de la ley. Hubo desarrollos posteriores de esta tesis por Jellinek, Thoma, Nawiasky y Fleiner. Sin embargo, es Otto Mayer, en 1888, quien sistematiza y difunde el concepto logrando imponerlo en el Derecho Administrativo. Señala Mayer que:

*“...En conexión con el **acto administrativo**, pero esencialmente diferente de él, se encuentra **la instrucción** que se da en la **relación de sujeción**. Se designa como relación de sujeción la dependencia jurídica, en su sentido más amplio, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado. Cuando aquí se habla de **relación especial de sujeción**, se hace entonces referencia a esa acentuada dependencia que se establece, en favor de un determinado fin de la Administración Pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial...”⁶³ (énfasis añadido).*

Y añade que este particular tipo de relación comporta:

“...un estado de libertad restringida, en el cual el afectado se tiene que ajustar a lo que le exija el fin de la Administración Pública”⁶⁴.

Asimismo, Mayer era partidario de que en las relaciones internas (Estado-funcionario) se mantuviese la *“...idea de la capacidad ilimitada de realización de la voluntad estatal, que tiene sus raíces en el Estado absoluto...”⁶⁵*, y justificaba la *sujeción especial* sobre la idea de que el Estado puede hacer prácticamente todo.

Vemos pues, como Mayer, cuya concepción era absolutista, utiliza la noción de *relación de sujeción especial* para explicar la distinción entre *acto administrativo e*

⁶³ Citado en: GALLEGU ANABITARTE, Alfredo: “RELACIONES DE SUJECION Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN”; en Revista de Administración Pública, N° 31; pág. 14; España, 1961.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ GARCIA MACHO, Ricardo: “En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”; Revista española de Derecho Administrativo, núm. 64/1989, págs. 521 y sgts., en CD-REDA, abril 1974 - abril 2009, pág.2. Núms. 1-141.

instrucción, aduciendo que esta última es el instrumento propio de las relaciones internas de la Administración con sus funcionarios, y excluyendo de ese ámbito al acto administrativo y con ello el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa dentro de la organización. A diferencia de Laband, quien crea la figura de *relación de sujeción especial* para explicar el principio de jerarquía en las relaciones internas de la administración, y exceptuado a la Administración de sujetar su actividad interna a la ley, con lo que igualmente se evade entonces el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa. Comenta Carré de Malberg refiriéndose a esta tesis creada por Laband, que:

“...A diferencia de los demás ciudadanos, el agente administrativo, en efecto, no solamente se encuentra obligado por el deber de obediencia cívica que subordina a todos los súbditos a la potestad general del Estado, bajo la condición, por lo demás, de que dicha potestad sea de un Estado legal, sino que, como agente del orden administrativo, se encuentra además colocado en una relación particular, que proviene de sus deberes jerárquicos, al implicar la jerarquía, para los jefes de servicio, el poder de mandar a sus subordinados dentro del servicio. Resulta de aquí que las medidas administrativas cuyo efecto no ha de extenderse fuera de la esfera de acción interna de la administración, no necesitan depender de una habilitación legislativa, pues el mandamiento administrativo adquiere aquí su fundamento en la potestad propia de la autoridad administrativa, y saca su fuerza jurídica del especial deber de obediencia de los agentes llamados a ejecutar. Pero, entiéndase bien, esta orden de servicio, al no tener valor más que en virtud de la sujeción particular en que se encuentran los agentes administrativos, no puede producir efecto respecto a los administrados”⁶⁶ (énfasis añadido).

Desde entonces este concepto se ha presentado de forma vaga e imprecisa, extendiéndose a múltiples situaciones jurídico administrativas y consecuentemente incrementando el poder de la Administración en detrimento de las garantías de quienes se encuentren relacionados con el Estado bajo ésta figura, lo que sitúa el problema en el ámbito del principio de legalidad y los conceptos de ley formal y material; las garantías jurídicas correspondientes a esta clasificación; la intensidad de la intervención administrativa según el tipo de relación; los derechos fundamentales y su protección.

⁶⁶ CARRE DE MALBERG, Raymond: *“TEORIA GENERAL DEL ESTADO”*; págs. 473 y 474. Traducción: José Lión Depetre. Facultad de Derecho/Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – FONDO DE CULTURA ECONOMICA. Primera Reimpresión 2000, México, D.F.

El principio de legalidad, tal como relata García de Enterría⁶⁷, es producto de la evolución del pensamiento occidental, que lo postula como principio que regula todas las cosas habidas en el universo incluyendo a las ciencias físicas. Así, hace alusión el autor mencionado a las leyes de Newton y a la ilustración como manifestaciones de la concreción de dicho principio, el cual es producto de la evolución del pensamiento en occidente desde el renacimiento. La transposición del principio de legalidad universal a las ciencias sociales, abre la posibilidad, específicamente en el campo de la política, de su utilización como arma frente al absolutismo, y es que:

“...su formidable eficacia dialéctica, así como su increíble dinamicidad histórica –del principio de legalidad- que se desenvuelve a lo largo de todo el constitucionalismo moderno y que se plasma en la concepción (en cierto modo independiente ya del sentido inicial del constitucionalismo) que se llamará más tarde Estado de Derecho.”⁶⁸.

Es decir, sin que los actores políticos de aquel tiempo se lo propusieran, de forma no deliberada, el principio de legalidad, el gobierno de las leyes y no el de los hombres como ideal e instrumento de lucha política devino en lo que conocemos hoy como Estado de Derecho. Ya con posterioridad, la formulación filosófica del principio de legalidad se atribuye a *Montesquieu*, quien lo esboza en su *Espíritu de las Leyes*, aunque no de forma que pudiese articularse⁶⁹, y es con el dogma de la *voluntad general* de *Rousseau*⁷⁰, que finalmente se articula como instrumento político, esto es, que la Ley como manifestación

⁶⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. “Revolución Francesa y Administración Contemporánea”. Thomson-Civitas, Madrid, 1.994, 4ta. Edición. Reimpresión, 2.005; págs. 22 y sgts.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu definía la ley en los siguientes términos: “Las leyes en su más amplia significación son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. En este sentido, todos los seres tienen sus leyes: las tiene la divinidad, el mundo material, las inteligencias superiores al hombre, los animales y el hombre mismo”. “DEL ESPIRITU DE LAS LEYES”; pág.41. Traducción: Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2003.

⁷⁰ Respecto a la ley como expresión de la voluntad general comenta Hannah Arendt que: “...Rousseau había encontrado según todas las apariencias, un medio ingeniosísimo para colocar a una multitud en el lugar de una persona individual; la voluntad general era, mi más ni menos, el vínculo que liga a muchos en uno...”; previa explicación de la sustitución del concepto de “...consentimiento popular como condición necesaria de un gobierno legítimo...(omisis)...el hecho de que la propia palabra <<consentimiento>>, con sus resonancias de elección deliberada y de opinión reflexiva, fuese remplazada por la palabra <<voluntad>>, que excluye, por naturaleza, todo proceso de confrontación de opiniones y el de su eventual concierto. La voluntad si ha de cumplir con su función, tiene que ser, sin lugar a dudas, una e indivisible, puesto que <<sería inconcebible una voluntad dividida>>; es imposible que se dé una mediación entre voluntades, a diferencia de lo que ocurre entre las opiniones”. “SOBRE LA REVOLUCIÓN”; págs. 100, 101 y102. Traducción: Pedro Bravo. Alianza Editorial; Madrid, 2006.

de la voluntad general adquirirá su importancia definitiva y su papel central en la filosofía política, en la teoría del Estado, en el Derecho Constitucional y en la Teoría General del Derecho.

Ahora bien, es con la revolución francesa en 1789 que se designa con el nombre de Ley a los actos estatales emanados de la Asamblea. Se abre el camino entonces a la tesis, también de Laband y de Jellinek, que distingue entre *ley formal* y *material*. Surge igualmente la idea de *primacía de la ley* respecto a los demás actos estatales, es decir, que lo que se ha establecido por ley formal no podrá ser ni modificado ni derogado sino por otra ley formal.

Ahora bien, el que se llame ley únicamente a aquel acto emanado del legislativo independientemente de su contenido, nada dice acerca de la *competencia material* entre legislativo y ejecutivo, es decir, el ámbito de las competencias materiales entre Legislativo y Ejecutivo no estaba definido, o en otras palabras, qué actos deben ser o no regulados por leyes formales. Es entonces cuando dieta o parlamento alemán decide, ante tal necesidad, adoptar de los ingleses la idea de que sólo fuesen aprobadas leyes en sentido formal aquellas que afectasen *la libertad y la propiedad*.

De esta distinción entre ley formal y material, se abre paso otra institución propia del Estado de Derecho: *la reserva legal*, que constituye desde entonces una *garantía a las intervenciones generales de la libertad y la propiedad*. Entonces, como *la reserva está referida a la ley en sentido formal*, es decir, a la aprobada por el poder legislativo, *la reserva de ley se constituye en la garantía formal de la libertad y la propiedad*.

“El surgimiento del concepto de reserva legal dentro de ese marco conceptual y doctrinario, obedece a una finalidad garantista o garantizadora de los derechos de los ciudadanos, dado que ambos órganos (Rey y Dieta) detentaban potestad normativa; por tanto, se imponía la identificación de un conjunto de materias de suma importancia, vinculadas a lo que abstractamente se denominó derechos de libertad y propiedad (impuestos, delitos y penas en la Edad Media), con la finalidad de sustraerlas –al igual que los Parlamentos Medievales- de la esfera de competencias del rey, y atribuirles en forma exclusiva al parlamento, lo que condujo a postular que dichas materias únicamente podían ser reguladas por Ley. Fue así como la

doctrina Alemana de fines de Siglo XIX elaboró e impuso en ese país el concepto de reserva legal"⁷¹.

En consecuencia, todo lo que no tuviese que ver con la libertad y la propiedad, incluso si no estaba atribuido como competencia por el ordenamiento jurídico al ejecutivo, en virtud de la *vinculación negativa a la ley*, como se explicó arriba, podía ser regulado por éste, a través de *reglamentos independientes*, dictados con la forma de *ordenanzas reales*. Dentro de este ámbito quedan incluidas las *relaciones de sujeción especial*.

Es de hacer notar, que los conceptos de *libertad y propiedad* considerados como propios del Estado liberal burgués, pronto se hacen insuficientes para explicar la institución de la *reserva de ley*. Y es en virtud, muy posteriormente, de las tesis de *Carl Schmitt*, que opera conjuntamente con el *concepto liberal de reserva de ley* un *concepto político de contenido democrático de reserva de ley*, que implica la participación de la representación popular en la formación de la ley⁷². En efecto, la Ley como, "...*decisión normadora producto, en cada momento, del juego legítimo del pluralismo político...*"⁷³, y de la democracia, es el instrumento idóneo para,

*"...el desarrollo de las reglas y derechos constitucionales. Y ello es así, por un lado, por razones de legitimidad democrática evidentes: la democracia parlamentaria significa que las decisiones principales (sobre todo las generales, esto es, las contenidas en normas jurídicas) deben ser tomadas por el parlamento, única institución del Estado representativa de la totalidad del pueblo. De otro lado, por razones basadas en la garantía del pluralismo: corresponde a la mayoría electoral desarrollar una 'política legislativa' sobre todos los aspectos de la gobernación de un país, y ello no excluye una política sobre los derechos fundamentales, respecto de los cuales la Constitución asegura, frente al pluralismo político, sólo su contenido esencial, pero no el completo y detallado régimen del ejercicio de cada derecho"*⁷⁴ (énfasis añadido).

⁷¹ PEÑA SOLIS, José: "REGIMEN JURIDICO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN VENEZUELA"; pág. 130. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas; Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996.

⁷² SCHMITT, Carl: "Teoría de la Constitución"; págs. 155 y sgts. Alianza Editorial, 3ra reimpresión en Alianza Universidad Textos, Madrid, 2001. Versión española: Francisco Ayala. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: "Relaciones de Sujeción...Ob. cit."; págs. 28 y 29.

⁷³ ARAGON REYES, Manuel. "El Juez Ordinario Entre Legalidad y Constitucionalidad". Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Temas de Derecho Público N° 44. Bogotá, Colombia, 1.997; pág. 37.

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 33.

La ley como expresión de la institución representativa del pueblo, es aprobada con la participación de las distintas tendencias políticas que representan, más o menos en la misma proporción, a la sociedad a la que representan. Razón por la cual, solo por ley formal, entendida de este modo, puede legítimamente limitarse o restringirse un derecho fundamental, fijando los contornos de su ejercicio, y atribuyendo potestades a otros órganos del Estado para que desplieguen sus funciones propias, con arreglo a las potestades y competencias que la ley previamente ha establecido.

Ahora bien, volviendo a la tesis de ley formal y ley material, la doctrina alemana de la época, particularmente *Laband* y *Jellinek*, distinguen, como se señaló arriba, entre la ley emanada del parlamento independientemente de su contenido, de aquellos actos contentivos de proposiciones jurídicas, es decir, de actos cuyo contenido fuese normativo, dándole a esto últimos la denominación de *ley material*. Si el contenido es normativo, es decir, si contiene proposiciones jurídicas, entonces será ley independientemente de su proveniencia. Explica así en la doctrina la distinción entre *ley formal* y *ley material*, atribuida también a los alemanes, quienes con motivo del problema presupuestario prusiano originado precisamente en los gastos de guerra, en 1862, como apuntamos *ut supra*, construyen esta teoría, basándose en la Constitución prusiana de 1850, de la cual se sirve el ejecutivo alemán para sufragar la reforma del ejército y los gastos de guerra sin intervención del Parlamento y, consecuentemente, asegurar el control sobre el aparato militar, también sin ninguna atadura parlamentaria.

Resumiendo entonces, la ley formal es, por razones de legitimidad democrática, la emanada del Legislativo como representante del pueblo, en cumplimiento de los procedimientos y formas que la constitución prescribe para su elaboración. Es ley en sentido material, la omnicompreensiva de distintos instrumentos normativos independientemente del rango y de la autoridad que los dicte.

Ahora bien, volviendo al concepto decimonónico de ley formal, esto es, en el entendido de que solo se reservaban a la *ley formal* las regulaciones que afectasen la libertad y la propiedad, constituyéndose esta reserva en garantía formal de ambas, Mayer se refirió a aquellos actos estatales que requerían de una ley, aludiendo fundamentalmente a las sentencias, y desembarazando a la Administración de su vinculación a la ley con la

misma intensidad o dependencia que vinculaba a los tribunales. Argüía la existencia de materias importantes que requerían de ley, y que cuando no se tratase de alguna de ellas, pues, la Administración podía actuar *ad libitum*. Sostenía que estas materias que sólo podían ser reguladas por ley formal excluían la intervención del Ejecutivo. Lo que está reservado a la ley es propio de las *relaciones generales de sujeción*, por el contrario, cuando se esté en presencia de una *relación especial de sujeción* el Ejecutivo puede intervenir sin habilitación legal.

Como hemos visto, la distinción relaciones de sujeción, generales y especiales, nació y se mantuvo durante el Imperio Alemán (Segundo Reich, 1871), igualmente, y añadimos, también se mantuvo bajo la vigencia de la Constitución de Weimar (1919), y bajo la vigencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Los estudios hechos por la doctrina abordaron desde distintos ángulos la problemática de la distinción estudiada, sin que hubiese una explicación que precisará sus términos, ni conceptualmente ni en cuanto a la extensión de la figura estudiada. En líneas generales se decía que:

“<<la relación entre el orden de los derechos fundamentales y ciertas situaciones jurídico-públicas es perfectamente oscura>>”⁷⁵.

Por esta razón, en octubre de 1956, los días 11 y 12, se lleva a cabo en Mainz, Alemania, la sesión de la *Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público*, y en ella quedan develadas las notables diferencias y contradicciones que sobre las relaciones especiales de sujeción tenían sus miembros⁷⁶.

Tras el debate de los profesores de derecho público, entre los cuales se encontraban, Krüger, Herman Ule, Weber, Maunz, Wolf y Ernst Forsthoff, entre otros, se acepta, en líneas generales, y pese a las contradicciones propias de toda discusión, que en las relaciones de especial sujeción la *reserva legal no puede ser absoluta*, sin que esto se viese como ceder potestades normativas al Ejecutivo, se admite también la restricción al ejercicio de derechos en esta clase de vínculo especial con el Estado, y se reconoció la protección

⁷⁵ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: Ob cit. pág. 16.

⁷⁶ Para detalles de esta sesión se recomienda ver: Ibídem, págs. 17-23.

jurisdiccional para algunos de los grupos que son abrazados por esta categoría de relación particular, v.gr.: los militares.

Ahora bien, vamos a referirnos particularmente a la posición de Ernst Forsthoff, quien termina concluyendo que las relaciones especiales de sujeción deben restringirse a lo que él llama la Administración soberana o Administración de coacción, excluyendo a la Administración de asistencia vital. Forsthoff reduce el ámbito de estas relaciones a las figuras clásicas surgidas durante el Imperio Alemán: funcionarios, militares, presos y estudiantes, posición esta que difería de todos los demás en un punto de gran importancia, como es la delimitación del ámbito de este tipo de relación. Además, denomina a la relación de cualquier individuo que se encuentre en el ámbito de la soberanía del Estado alemán, como una *relación general de sujeción*; y, por el contrario, identifica una serie de situaciones en las cuales *la dependencia o intensidad del vínculo es mucho mayor. Lo que caracteriza a la relación especial es precisamente la situación especial de dependencia del individuo con la Administración y sobre todo intensidad de la relación.* Ahora, esta mayor dependencia que determina la especialidad del vínculo de sujeción, para Forsthoff *excluye la reserva legal en el ámbito interno de las Administraciones.* Esta posición doctrinaria se impuso, reconociéndose únicamente que el principio de legalidad y la reserva de ley tienen validez en las relaciones generales de sujeción, quedando excluida toda posibilidad de su reconocimiento en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción.

Para Wolff tanto la reserva legal como el principio de primacía de la ley conforman el principio de legalidad administrativa. Y aunque dice que la reserva legal opera solo en las relaciones generales de sujeción, aduce que los *reglamentos especiales* a través de los cuales las administraciones regulan sus relaciones internas deben estar autorizados por una ley para su emisión.

Todos los participantes se refirieron a los cuatro grupos clásicos: presos, militares, funcionarios y estudiantes. Excepto Ernst Forsthoff, todos los demás incluyeron otras categorías de grupos o le dieron mayor extensión al concepto de *relaciones de sujeción especial.*

Ahora bien, para sostener que el principio de legalidad y la reserva legal no tienen validez en las relaciones de especiales sujeción, se argüía, entre otras cosas, *que no se comete injusticia alguna contra quien se somete voluntariamente (volenti non fit injuria)*.

En el mismo sentido, se consideraba *que en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción la Administración tenía un poder libre de conformación de las situaciones jurídicas*, consecuencia de la doctrina que identificaba a ley con la proposición jurídica y a esta última con la ley en sentido material, estableciendo que *como las normas internas dictadas por la Administración no afectaban ni la libertad ni la propiedad, las cuales solo se regulaban por ley formal, entonces las dictadas por la Administración en su ámbito interno no eran verdaderas normas jurídicas; en una palabra, no se consideraba Derecho las medidas de orden interno*, por ello la Administración podía actuar sin límite alguno, y en este ámbito de las relaciones de sujeción especial no tenía validez el principio de legalidad ni sus corolarios, la reserva legal y el mandato de tipificación (en el ámbito disciplinario).

No faltaron argumentos alusivos a las necesidades prácticas: que la Administración se haría más lenta si requiere de ley formal para regular sus situaciones internas, que la operatividad de la Administración en el ejercicio de sus funciones se vería seriamente comprometido, disminuyendo su rendimiento y productividad, etc.

A mi juicio, hoy no puede sostener con seriedad ninguno de estos argumentos; quizá los argumentos referidos a las necesidades prácticas de la función administrativa podrían presentar alguna excepción, sin embargo, hoy en día muchas de las potestades que ejercen las administraciones para regular sus situaciones internas están previstas en leyes formales sin el entorpecimiento de su operatividad, *v.gr.*: la potestad disciplinaria.

La misma doctrina alemana se encargó de echar por tierra toda esta argumentación. Por ejemplo: el argumento de la proposición jurídica equivale a sostener que ley formal y ley material son una misma cosa. Tampoco puede decirse que quien voluntariamente ingresa a la función pública lo hace en condiciones de sumisión absoluta, esto es francamente insostenible.

No obstante, la mayor solidez del argumento de la necesidad práctica y, por ende, de que la regulación sea lo suficientemente detallada en aquellos sectores considerados como de especial sujeción, y que en virtud de la gran cantidad de hechos y situaciones de suyo imprevisibles que no podrían tipificarse, haría impotente a la legislación, generándose así, en consecuencia un déficit importante en la eficiencia administrativa. Motivada en este argumento la doctrina alemana, particularmente Wolf, Leisner y Sheuner, acuden a la idea de la cláusula general, y vinculados a ésta los conceptos jurídicos indeterminados y las potestades discrecionales⁷⁷.

Debido a las críticas de la doctrina, de las que trasluce la incompatibilidad de la distinción entre *relaciones generales* y *especiales de sujeción*, en orden a la disminución o supresión de las garantías jurídicas, formales y materiales, que deben preceder la restricción a un derecho fundamental, signo característico de un *Estado Constitucional de Derecho*, el derecho alemán ha evolucionado en el sentido de haber adaptado las relaciones especiales de sujeción a su Constitución, sobre todo,

“...a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 14 de marzo de 1972, en la que, por primera vez y de manera rotunda, se declara que las relaciones especiales de sujeción están sujetas a las garantías de la reserva de ley, de respeto a los derechos fundamentales y de protección de los tribunales”⁷⁸.

Actualmente, la doctrina alemana partidaria de la vigencia de la distinción entre relaciones de general o especial sujeción, ha elaborado un planteamiento que consiste en distinguir a su vez, entre relaciones de base (*Grundverhältnisse*) y relaciones de funcionamiento (*Betriebsverhältnisse*). Las relaciones de base son aquellas en las que por afectarse la esfera de los derechos fundamentales requiere de ley formal, la que además deberá respetar su contenido esencial. En las relaciones de funcionamiento, como su

⁷⁷ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: “RELACIONES ESPECIALES... ob. cit. págs. 48 y 49. Cita este autor a Stahl: “...el Estado debe fijar exactamente y delimitar las vías y límites de su actividad; así como la libre esfera de sus ciudadanos, a la manera del derecho...”, y agrega Gallego: “...la cláusula general es todo lo contrario de esto y, sin embargo, es la mejor posibilidad; el punto de partida es un hecho indiscutible: la situación de hecho no es susceptible de la regulación exigida. Una vez admitido esto, se afirma que sirve al ideal del Estado de derecho una cláusula general –naturalmente determinada su validez tanto por la materia como por la extensión– mejor que un conjunto de disposiciones casuísticas e insuficientes”.

⁷⁸ GONZALEZ PEREZ, Jesús; GONZALEZ NAVARRO, Francisco; ob. cit., pág.2514. En el mismo sentido, ver: NIETO, Alejandro: “DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR”; pág.226; 4ta edición. Editorial TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), Madrid, 2008.

nombre lo indica, debe garantizarse el funcionamiento de la institución a la que está sujeto el individuo, bien como funcionario público, como militar, como estudiante o como presidiario⁷⁹. Los conflictos suscitados en las relaciones de base son residenciables en la jurisdicción contencioso administrativa en tanto se niega la protección jurisdiccional cuando se trate de las relaciones de funcionamiento⁸⁰. No obstante, cuando se lesione un derecho fundamental siempre podrá ejercerse el correspondiente recurso constitucional con independencia de si el tipo de relación es de base o de funcionamiento.

Hay otro sector de la doctrina alemana, que propugna la eliminación de esta distinción entre relaciones generales y especiales de sujeción, ya que no existe para este sector de la doctrina, racionalmente, ninguna justificación para sostenerla.

3.-LA DISTINCION DE RELACIONES DE SUJECION GENERALES Y ESPECIALES EN ESPAÑA:

Como indican Nieto y González Navarro, a partir de 1961 con el artículo escrito por el jurista Alfredo Gallego Anabitarte, se introduce el tema de las relaciones especiales de sujeción en España, el cual fue acogido casi sin objeción por la doctrina y la jurisprudencia españolas. Se produce entonces la extensión de esta figura a un sin número de situaciones, calificadas por un sector de la doctrina como exorbitantes, extravagantes, esperpénticas o escandalosas⁸¹, tales como los banqueros; organizadores de las corridas de toro y hasta los propios espectadores por el solo hecho de adquirir la entrada; o los taxistas con licencia, etc.. Luce verdaderamente increíble el que se haya extendido la aludida noción a este tipo de situaciones.

La jurisprudencia española comenzó a limitar en todos esos supuestos abrazados por la aplicación expansiva de la relación de especial sujeción, el principio de legalidad, y sus sucedáneos, la reserva legal y el mandato de tipificación, justificándose en que en este particular tipo de relaciones,

⁷⁹ NIETO, Alejandro: *“Derecho Administrativo...Ob. cit...”*; pág. 230.

⁸⁰ GARCÍA MACHO, Ricardo: *“En torno a las garantías...Ob. cit...”*; pág. 3.

⁸¹ NIETO, Alejandro: *“DERECHO...”*; ob. cit. pág. 226. GONZALEZ PEREZ, Jesús; GONZALEZ NAVARRO, Francisco: *“COMENTARIOS A LA LEY DE REGIMEN JURIDICO...”*; Ob. cit. págs. 2514 y 2515.

“...la potestad sancionadora no es la expresión del ius puniendi del Estado sino manifestación de la capacidad propia de la autoordenación correspondiente”⁸².

Comenta Nieto:

“La postura de nuestra jurisprudencia está montada sobre una relación dialéctica circular: la ambigüedad de los planteamientos teóricos conduce a la relajación de las decisiones de la misma manera que ésta pretende justificarse en aquella. La primera tarea que hay que realizar consiste, por tanto, en romper este círculo auténticamente vicioso”⁸³.

En este contexto, la doctrina española comienza a empujar en sentido contrario al de la jurisprudencia y propone atenerse al texto de la Constitución de 1978, empezando por una revisión de las tesis tradicionales que “justifican” se soslaye el principio de legalidad, la reserva legal y en consecuencia el mandato de tipificación en aquellas relaciones de sujeción consideradas como especiales; así, se ha considerado que

*“...los derechos fundamentales y la reserva de ley tienen plena validez en el ámbito de las relaciones de especial sujeción a no ser que la Constitución expresamente establezca limitaciones...”*⁸⁴ (énfasis añadido).

En este sentido, la doctrina española también hace una reducción importante de los supuestos que indiscriminadamente fueron metidos en el saco de las relaciones de especial sujeción por la jurisprudencia, produciendo un déficit importante de las garantías jurídicas y los derechos fundamentales de aquellos que se ven sujetos a esta clase de vínculo con el Estado.

No obstante, comenta González Navarro que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo se encontraban frente a una legislación preconstitucional, que por vía reglamentaria tipificaba infracciones y sanciones administrativas, y que ante la disyuntiva de respetar el principio de legalidad y producir un vacío normativo, o aplicar la normativa preconstitucional en detrimento de la constitucionalidad, se prefirió echar mano de una técnica “comodín” que permitiera de modo pragmático llegar a soluciones que evitasen “el

⁸² NIETO, Alejandro: “DERECHO...”; ob. cit. pág. 228.

⁸³ Ibídem, pág. 229.

⁸⁴ GARCIA MACHO, citado por NIETO, Alejandro: ob. cit. pág.229

*triunfo del no menos inquietante paradigma del fiat iustitia e perat munudus*⁸⁵, esto es, que se haga justicia, aunque perezca el mundo, solución, que a todas luces es igualmente indeseable. Ahora bien, enfrentarse a la realidad directamente comporta el riesgo de adoptar decisiones no siempre satisfactorias. No es lo mismo estar frente al toro que verlo desde la barrera. Una vez producido el cambio constitucional, verse ante una realidad distinta a la preconstitucional, y tener que adoptar decisiones salomónicas para poder transitar por un trecho que permita la armonización con la Constitución no es nada fácil.

Lo importante aquí, es que los españoles comenzaron a dar un giro significativo en esta materia, la presión doctrinaria ha producido un cambio importante en la jurisprudencia. Así, la STC 61/1990, de 29 de marzo, citada por Nieto, establece que:

*“...una cosa es que quepan restricciones en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. **No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo.** Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en lo penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. **Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación –nunca una supresión- a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrados y en concordancia con la intensidad de la sujeción...**”⁸⁶ (énfasis añadido).*

Considera Nieto que de momento es una solución pacífica y estable la no supresión del principio de legalidad como límite infranqueable de la relajación o matización que pueda sufrir el aludido principio con ocasión de las relaciones de especial sujeción, por supuesto dependiendo de la intensidad de la sujeción. No obstante, nosotros nos preguntamos con el Profesor Peña Solís:

⁸⁵ GONZALEZ PEREZ, Jesús; GONZALEZ NAVARRO, Francisco: “COMENTARIOS A LA LEY DE REGIMEN JURIDICO...”; Ob. cit. pág. 2516.

⁸⁶ NIETO, Alejandro: “DERECHO...Ob. cit.” pág. 230. GONZALEZ PEREZ, Jesús; y GONZALEZ NAVARRO, Francisco: “COMENTARIOS... Ob. cit. pág. 2516.

“...teóricamente esa afirmación puede ser compartida, pero el problema radica en determinar cómo se relaja el principio de la reserva legal sin que se produzca su supresión...”⁸⁷ (énfasis añadido).

Hoy un sector de la doctrina española defiende la subsistencia de las relaciones de especial sujeción, en general, con matices y adaptándolas a la Constitución y a los derechos fundamentales, aceptando el principio de legalidad y la reserva de ley en las relaciones orgánicas de la Administración con sus funcionarios (Nieto y García Macho). Algunos sostienen la tesis alemana que distingue entre relaciones de base y relaciones de funcionamiento. Por el contrario, hay otro sector de la doctrina española inclinado al abandono de la teoría de las relaciones de especial sujeción (Parejo Alfonso), y califica la relación orgánica de la Administración con el funcionario como estatutaria, mientras la relación de servicio es asimilada a una relación contractual, en tanto se considera que el estatus constitucional del funcionario público no es diferente al del trabajador del sector privado.

Como vemos, la problemática de la tesis de la “matización” de la reserva legal y consecuentemente del mandato de tipificación en las relaciones especiales de sujeción, ha sido un punto de debate en la doctrina y también en la jurisprudencia españolas, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, tal como relata María French i Sagner⁸⁸, no obstante, el 14 de febrero de 2005 el Tribunal Constitucional aclaró el asunto como sigue:

“...(...) las relaciones especiales de sujeción no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo

⁸⁷ PEÑA SOLIS, José: “LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA VENEZOLANA”; pág. 150; Colección de Estudios Jurídicos N° 10. TSJ, Caracas, 2005.

⁸⁸ FRANCH I SAGUER, Marta (Aracelis Altagracia): “EL DERECHO DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA”; en: “DERECHO DISCIPLINARIO INTERNACIONAL. Estudios sobre Formación, Profesionalización, Disciplina, Transparencia, Control y Responsabilidad de la Función Pública”. Tomo I. Págs. 174 y 175. Coordinadores: Martha Lucía Bautista Cely (CIDD) y Raquel Dias Da Silveira (CIDD). Confederación Internacional de Derecho Disciplinario – Editorial Forum.

carente de habilitación legal, aunque esta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación... ”⁸⁹ (énfasis añadido).

Concluye la citada autora, que esta doctrina se ha consolidado en España, y que las garantías jurídicas propias del principio de legalidad sancionatorio previstas en la Constitución de 1978, no pueden disminuirse ni siquiera en las *relaciones de especial sujeción*, posición que compartimos plenamente. Esto representa un avance muy significativo en España en materia del respeto a los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales, y es un verdadero triunfo del Derecho en la lucha contra las inmunidades del Poder⁹⁰.

4.-POSICIÓN FRANCESA FRENTE A LA DISTINCION ENTRE RELACIONES DE SUJECION GENERALES Y ESPECIALES:

Los franceses rechazaron tempranamente la distinción en estudio. Raymond Carré de Malberg fija una posición contraria a la asumida por Laband en torno a las relaciones de especial sujeción. Laband explica la relación jerárquica propia de la organización administrativa acudiendo a la noción de relación especial de sujeción, esto es, que el poder jerárquico que el funcionario supraordenado ejerce sobre el funcionario subordinado no puede ejercerlo sobre ciudadanos sujetos a relaciones generales. Las potestades que se ejercen en las relaciones de especial sujeción derivan de la jerarquía del funcionario y no de la ley. Hay que añadir que el tipo de actuación no se ciñe únicamente a las órdenes individuales, esto es, a actos administrativos, sino que se extiende a la potestad reglamentaria.

Señala Carré de Malberg que:

⁸⁹ STC 26/2005, de 14 de febrero de 2005. Citada por FRANCH I SAGUER, Marta (Aracelis Altagracia): Ob. cit. pág. 175.

⁹⁰ Título de un excelente ensayo del catedrático español Eduardo García de Enterría.

“En principio, la teoría alemana que acaba de exponerse no puede aceptarse en derecho francés...(omisis)...De un modo general, el principio constitucional del derecho francés es que la autoridad administrativa solo puede proceder en ejecución de la ley”⁹¹ .

Y cita el referido autor a Duguit quien indica que:

“...este deber de obediencia tiene su origen en la misma ley: <<Es por la ley misma que el funcionario se encuentra en tal situación que ha de conformarse a las instrucciones que recibe de otro funcionario>>”⁹² .

Sin embargo, puede verse en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés la referencia a los grupos incluidos por la doctrina alemana en las relaciones de especial sujeción, aunque no se les califica de ese modo:

“Las circulares e instrucciones de servicio enviadas por los ministros a sus subordinados, generalmente se consideran como documentos internos de la administración y en consecuencia como actos que no afectan a terceros los cuales no pueden atacarlos por vía de la acción ordinaria de nulidad ni invocar su violación en apoyo de una demanda. Por lo demás, no debe confundirse ésta categoría con la de <<medidas de orden interno>> destinadas a garantizar la disciplina y la organización de ciertos servicios especiales, en particular el ejército, los establecimientos escolares y los establecimientos penitenciarios (CE julio 11 de 1947, Dewaurin, Rec. 307;- Octubre 20 de 1954, Chapou, Rec. 541; -enero 27 de 1984, Calliol, Aj 1984, 72, chr. Lasserre y Delarue)”⁹³ .

Como puede observarse, se alude a los militares, los estudiantes y presos, para distinguir las medidas de orden interno, propias del ámbito disciplinario de las órdenes de servicio.

En otro fallo de Consejo de Estado se hace referencia a las *medidas de orden interno* en cuanto a la posibilidad de poder impugnar la medida por vía del contencioso, cambiando el criterio que hasta entonces había privado en la jurisprudencia. Según la

⁹¹ CARRE DE MALBERG, Raymond: *“TEORIA GENERAL DEL ESTADO”*; pág. 475. Traducción: José Lión Depetre. Facultad de Derecho/Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – FONDO DE CULTURA ECONOMICA. Primera Reimpresión 2000, México, D.F.

⁹² *Ibíd.*

⁹³ CE 29 – enero- 1954, INSTITUCIÓN NUESTRA SEÑORA DEL KREISKER. (R-P-D-A- 1954.50, concl. Tricot; Aj 1954. II. Gis 5, chr. Gazier y Long), en: *“LOS GRANDES FALLOS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA FRANCESA”*; págs. 352-360; segunda edición en español, 2009. LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA. Bogotá, Colombia.

jurisprudencia anterior, estas medidas eran consideradas de poca o ninguna importancia lo que no justificaba ocupar al juez; y el control jurisdiccional sobre las medidas de orden interno provocarían un relajamiento de la disciplina necesaria en cárceles, cuarteles y escuelas. Esta posición cambió fundamentalmente en el sector educativo, en el caso conocido como de “*la bufanda islámica*”, el cual,

“...condujo al Consejo de Estado a abandonar esta jurisprudencia: de ahora en adelante, el reglamento interno de una escuela que prohíbe <<el porte de toda señal distintiva, vestimentaria u otra, de orden religioso, político o filosófico>>, y la exclusión de los alumnos que habían llevado una bufanda cubriendo sus cabelleras, son decisiones susceptibles de Recursos (CE 21 de noviembre de 1992, Kherroua, Rec. 389; RFDA 1993, 112, concl. Kessler; 788, chr. Maugüé y Schwartz; D, 1993. 108, nota Koubi; RDP 1993, 220, nota Sabourin; JCP 1993. II.2 1998, nota Tedeschi; LPA 24 de mayo de 1993, nota Le Breton; Gaz. Pal. 24-25 noviembre de 1993, nota Mrdesson)”⁹⁴.

Respecto a la disciplina militar y penitenciaria, se mantuvo el criterio anteriormente expuesto, es decir, no puede ejercerse el recurso contencioso.

Como puede verse el problema no se plantea sobre la legalidad de la medida de orden interno en cuanto estos grupos estén sujetos a una relación particular o especial con el Estado y en virtud de ello se requiera el menoscabo de sus derechos con ocasión del vínculo; sino sobre la protección jurisdiccional, esto es, su revisión en sede contencioso-administrativa.

5.-RELACIONES DE GENERAL Y DE ESPECIAL SUJECCIÓN EN COLOMBIA:

Lo primero a lo que nos vamos a referir es al encomiable desarrollo que ha experimentado el derecho disciplinario en Colombia. La promulgación de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002, denominado Código Disciplinario Único, y aparejado a ello el desarrollo de la dogmática jurídica que se ha construido es poco menos que admirable. Por supuesto, dentro de la construcción dogmática colombiana, que repetimos, como toda

⁹⁴ CE Ass. 17 – febrero – 1995, HARDOUIN Y MARIE, Rec. 82 y 85 concl. Frydman. En: “LOS GRANDES FALLOS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA FRANCESA”; págs. 599-604; segunda edición en español, 2009. LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA. Bogotá, Colombia.

dogmática gravita en torno al derecho positivo y en definitiva a la institucionalidad del Estado Colombiano, vamos a referirnos al tema de las relaciones de especial sujeción, tema al cual se le ha dado un rol muy destacado en el ámbito del derecho disciplinario colombiano, sobre todo con el ánimo de darle identidad propia a este derecho, como puede colegirse de la siguiente premisa:

“...conscientes como estamos de que la <<relación especial de sujeción>> es, al Derecho disciplinario, lo que la <<teoría de bien jurídico>> es para el Derecho penal...(omisis)...hemos entendido que la <<relación especial de sujeción>> es la categoría dogmática superior del Derecho disciplinario...”⁹⁵.

Es de hacer notar, que si las relaciones de especial sujeción son el fundamento del derecho disciplinario, no se deriva de ello la degradación del principio de legalidad ni de sus corolarios: la reserva legal y el mandato de tipificación. El Código Disciplinario Único es una ley formal emanada del Congreso de Colombia, la que establece el régimen disciplinario que rige en la función pública (ley 734 de 2002), y así lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana:

“...Los artículos 124 y 125 de la Carta Política establecen que la configuración de dicha responsabilidad disciplinaria forma parte de la órbita de competencia de las definiciones legislativas. Su efectividad requiere de un marco de acción en el cual el Estado pueda ejercitar la respectiva potestad disciplinaria y la titularidad de la acción disciplinaria, a fin de obtener la obediencia y disciplina requeridas de sus funcionarios y empleados...”⁹⁶.

En otro orden de ideas, las relaciones de especial sujeción delimitan el ámbito del derecho disciplinario respecto al derecho sancionador, es decir, si el derecho disciplinario es una especie dentro del derecho administrativo sancionador, *la relación especial de sujeción es el criterio que delimita el ámbito de uno y otro derecho*, sin que ello comporte un déficit en las garantías y derechos de aquellos ciudadanos sujetos al Estado por un vínculo o relación especial. Así distingue la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que la potestad sancionadora de la Administración se desdobra en dos potestades: la disciplinaria y la correctiva, la primera se ejerce en el ámbito de la función

⁹⁵ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo: “DOG MÁTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO”; págs. 18 y 19; 5ta edición; UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Bogotá, 2011.

⁹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-708 del 22 de septiembre de 1999; citada por GOMEZ PAVAJEAU, Carlos A.: “DOG MÁTICA...” ob. cit. pág. 189.

pública, la segunda respecto a particulares que ejercen actividades privadas fuertemente reguladas por estar en juego el interés general.

En resumen, vemos que en Colombia las relaciones de especial sujeción son el fundamento del derecho disciplinario, y delimitan su ámbito respecto al derecho sancionador, sin que ello comporte una *capitis diminutio* del funcionario respecto a los demás ciudadanos sujetos al Estado por un vínculo general, en tanto conservan sus derechos por el respeto a las garantías jurídicas, formales y materiales, que deben preceder toda limitación al ejercicio de un derecho, en un Estado democrático y social de derecho.

II.-PRESICIONES INTRODUCTORIAS AL ESTUDIO JURIDICO DE LAS RELACIONES DE SUJECION: EL DERECHO A CASTIGAR. PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONATORIO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA. GARANTIAS JURIDICAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONATORIO: RESERVA LEGAL Y MANDATO DE TIPIFICACION.

1.- EL DERECHO A CASTIGAR: *IUS PUNIENDI*

Para iniciar esta parte del estudio se hace necesario realizar algunas precisiones que consideramos importantes. El primero de ellos, como dice el subtítulo es el *Derecho a Castigar* o *Ius Puniendi*. Noción de gran utilidad para fundamentar toda la actividad punitiva del Estado.

Este *derecho a castigar* o *poder punitivo estatal* o *potestad punitiva única del Estado*, que fundamentalmente consiste en que el Estado *pueda establecer cuales conductas se consideran punibles* según el *Derecho Penal*; y, *con cuales se transgrede el Ordenamiento Administrativo*, esto es, *cuales son infracciones administrativas* y, cuáles de estas últimas se circunscriben al *Derecho Disciplinario*. Además de ello, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas en cada uno de estos ámbitos, es decir, las penas y medidas de seguridad, las *sanciones administrativas* y las *sanciones disciplinarias*. Asimismo, comporta este *poder punitivo único del Estado* o *ius puniendi* la obligación de perseguir,

juzgar y sancionar la comisión de cualquier *transgresión a la norma punitiva*, es decir, cuando la conducta del *agente transgresor* se adecúe a la descripción típica establecida en la norma, haciéndose acreedor de la consecuencia jurídica correspondiente, siempre y cuando se observen las garantías constitucionales y se respeten los derechos fundamentales establecidos no únicamente en la Constitución, sino en los pactos y acuerdos internacionales sobre derechos humanos que formen parte de nuestro ordenamiento.

El Estado tiene el derecho a castigar, ciertamente, y a darle cause a la violencia que el hombre ejercía de forma privada. Así, el *derecho del Estado a castigar* es tan antiguo como las primeras civilizaciones, cuando aparece *el talión*:

“...Cuando el Estado impone una sanción canaliza así los instintos ancestrales del hombre, la retribución, la venganza y el sadismo...(...)...la afirmación de esa facultad punitiva del Estado, se representa por la vieja descarga sin medida y sin fin. Cuando surge el talión, el puro derecho subjetivo empieza a tener limitaciones objetivas...”⁹⁷.

El *ius puniendi* puede ubicarse ya en el siglo XVII en la obra de Thomas Hobbes, *Leviatan*, cuando trata sobre *los Derechos de los Soberanos por Institución*, en la cual podemos leer lo que sigue:

“...se asigna al soberano el poder...(...)... de castigar con penas corporales o pecuniarias, o con la ignominia, a cualquier súbdito, de acuerdo con la ley que él previamente estableció; o si no existe ley, de acuerdo con lo que el soberano considera más conducente para estimular los hombres a que sirvan al Estado, o para apartarlos de cualquier acto contrario al mismo”⁹⁸.

Por supuesto que hoy en día esta formulación resulta chocante por arbitraria, al establecer que el soberano pueda proceder sin una ley previa para aplicar *castigos corporales y pecuniarios* o castigar con la *ignominia*. Sin embargo, es bastante ilustrativa a los efectos de esta exposición sobre el *ius puniendi*. Asimismo, podemos encontrar hacia el siglo XVI otro ejemplo, todavía más descarnado y cínico, en Maquiavelo:

“...el príncipe que se hace temer debe obrar de modo que si no se hace amar al mismo tiempo evite ser aborrecido; porque uno puede muy bien ser temido sin ser odioso...(...)...Cuando sea

⁹⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis: “LA LEY...Ob. cit....”; págs. 43 y 44.

⁹⁸ HOBBS, Thomas: “LEVIATAN o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil”; págs. 147 y 148. Fondo de Cultura Económica, séptima reimpresión, Argentina, 2009. Traducción: Manuel Sánchez Sarto.

indispensable derramar la sangre de alguno no deberá hacerlo nunca sin que para ello haya una conducente justificación y un patente delito... ”⁹⁹.

Ya en el siglo XVIII, Beccaria formuló el *derecho a castigar del Estado*, en los siguientes términos:

*“Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar la restante con seguridad y tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el legítimo depositario y administrador de ellas. Más no basta con formar este depósito; **era necesario defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, quien trata siempre de quitar del depósito no solo la propia porción, sino también la de los otros. Se requerían motivos sensibles que bastaran para desviar el ánimo despótico de cada hombre de su intención de volver a sumergir las leyes de la sociedad en el antiguo caos. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de la leyes...**”¹⁰⁰*

Ahora bien, con el advenimiento del *Estado liberal*, en virtud del *principio de separación de poderes*, hubo la tendencia a la jurisdiccionalización de todas las potestades punitivas, con lo que la potestad sancionadora de la Administración se redujo únicamente a la ejercida sobre su personal¹⁰¹. Y es después de la primera guerra mundial que se produce una reversión de las potestades administrativas sancionadoras a las administraciones públicas, las cuales, al día de hoy, en virtud de la cláusula del *Estado social*, han incrementado exponencialmente su actividad¹⁰² y con ello el ejercicio de sus potestades.

Hoy en día, este *poder de castigar* que tiene el Estado subsiste, aunque no en las formas ejemplificadas, sino como lo explicáramos al inicio de este aparte: *el establecimiento de normas contentivas de los tipos y las sanciones; y, la persecución, juzgamiento*¹⁰³ *y aplicación de la consecuencia jurídica establecida en la ley, respetando*

⁹⁹ MAQUIAVELO, Nicolás: *“EL PRINCIPE”*; pág. 98. EDUVEN, Caracas, 1995.

¹⁰⁰ BECCARIA, Cesare: *“DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS”*; pág. 72. . Aguilar Ediciones, 4ta reimpresión, Madrid, 1982. Traducción: Francisco Tomás y Valiente, catedrático de la Universidad de Salamanca.

¹⁰¹ JALVO, Belén Marina: *“EL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS”*; pág. 67. Editorial LEX NOVA, S.A., 3ra edición, Madrid, 2006.

¹⁰² NIETO, Alejandro: *“DERECHO...Ob. cit...”*; pág. 86

¹⁰³ Cuando nos referimos a juzgamiento no lo hacemos en relación con la actividad del poder judicial exclusivamente, sino como actividad material.

las garantías y los derechos fundamentales del ciudadano. Esto quiere decir, que en un *Estado social y democrático de derecho*, es indispensable que *estas potestades* sean ejercidas con estricto apego al *Ordenamiento Jurídico General del Estado*.

Ahora bien, este *derecho a castigar* también tiene sus detractores. El mismo ha sido negado fundamentalmente por las *teorías anarquistas* que propugnan la desaparición del Estado. Igualmente ha ocurrido, y aunque solo en el plano teórico, con el *comunismo*, que se plantea el mismo fin, aunque repetimos solo en la teoría, ya que en la práctica, y la historia está a la vista, ha representado a la perfección los ejemplos expuestos de *Hobbes* y de *Maquiavelo*. No obstante, también hay quienes desde un espectro ideológico *conservador*, han incurrido en las mismas prácticas, sólo que a diferencia del *anarquismo* y del *comunismo*, no niegan el *ius puniendi del Estado*, todo lo contrario, lo reconocen aunque se sirven de él arbitrariamente.

Dicho cuanto antecede, es necesario dejar sentado que bajo la *unidad del poder punitivo del Estado*, tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador, y en consecuencia el Derecho Disciplinario, son ámbitos jurídicos que están a la par, es decir, ni el Derecho Administrativo Sancionador ni el Derecho Disciplinario dependen de aquel. Los principios aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, incluido el Disciplinario, provienen de esa *unidad de poder punitivo del Estado*, esto es, del *ius puniendi*. Ahora bien, como dice Nieto, el Derecho Administrativo Sancionador adopta los principios del Derecho Penal porque le son de útiles y por su superioridad teórica, y no porque haya una relación de dependencia del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Penal. Lo que quiere decir que:

“...la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico <<ius puniendi>> del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones...”¹⁰⁴.

Ahora, es de hacer notar, que la aplicación de esos principios del Derecho Penal en el ámbito administrativo sancionador no es para nada automática, se imponen ciertos

¹⁰⁴ NIETO, Alejandro: “DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR”; pág. 84. Cuarta Edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2008.

matices, e incluso, en algunos casos será necesario darles una connotación distinta al que tienen en el ámbito penal o un sentido diferente.

Asimismo, las potestades sancionadoras y las disciplinarias, son potestades cuyo ejercicio dependen de otras potestades administrativas. Es decir:

“...la potestad sancionadora es un anejo de la potestad o competencia material que actúa de matriz...”¹⁰⁵.

Es así como en el ámbito interno de las Administraciones, por ejemplo, el ejercicio de la potestad disciplinaria, dependerá según los casos, de potestades que con ocasión de la jerarquía ejercen los superiores, tales como las de dirección y supervisión, y si se verifica que el funcionario subordinado, por la instrucción recibida del superior en virtud de las citadas potestades, incurre en alguna de las causales disciplinarias previstas en el *Estatuto de la Función Pública*, como el irrespeto al superior, éste deberá proceder con el objeto de que la oficina de recursos humanos abra el respectivo procedimiento disciplinario, garantizando la defensa y demás derechos del funcionario.

Además, *las potestades disciplinarias*, en el ámbito de las *relaciones de sujeción especial*, como cualquier otra *potestad administrativa*, tienen un “...presupuesto fáctico o su título justificativo...”¹⁰⁶, es decir, que existe un *hecho primario que genera la potestad y que además legitima su ejercicio*.

Por ejemplo, en el caso de un establecimiento penitenciario: el orden interno del penal, la protección de la vida y la salud de los internos, el trabajo y la educación que se imparte a los reclusos con el objeto de rehabilitarlos, las actividades deportivas que coadyuvan a su rehabilitación, los tratamientos médicos y psicológicos que ayuden a la rehabilitación y posterior resocialización de estas personas, entre otros *hechos primarios*, todos estos son generadores de esa *potestad disciplinaria* y simultáneamente son el *título justificativo* de dichas potestades, cuya finalidad esencial es *correctiva, conformadora de conductas, de hábitos, es un poder domesticador como ya señaláramos, capaz de procurar la obediencia y docilidad de quienes están sujetos a ese régimen; por supuesto, respetando*

¹⁰⁵ Ibídem, pág. 86.

¹⁰⁶ DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel: “FUNDAMENTOS...Ob. cit...”; pág. 39.

las garantías jurídicas, formales y materiales, que deben preceder la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales, los cuales obviamente tendrán un estatus propio por las limitaciones que legítimamente haya impuesto la sentencia condenatoria penal, es decir, algunos derechos fundamentales como la libertad de movimiento y de tránsito estarán suspendidas, el ejercicio de otros derechos estará limitado, como el caso del derecho a estar con sus familiares queda sujeto al régimen de visita, etc..

Por ello, afirmamos que el contenido y finalidad de las potestades disciplinarias no son per se punitivas, en el sentido de la retribución de un mal por otro, sino *correctivas*. Esto es, que aunque comportan el sufrimiento de algún castigo, la finalidad es la corrección y conformación de la conducta de acuerdo a cánones éticamente aceptados y políticamente convenientes. En el ámbito penitenciario, la relación: *Administración penitenciaria – reclusos*, que como ya dijimos, representa la *relación de sujeción especial de mayor intensidad*, es la expresión emblemática de este tipo de vínculo.

Ese *poder de castigar del Estado*, igual que cualquier otra manifestación de *poder*, se dosifica de acuerdo al ámbito o al contexto en el que vaya a regir. Esas dosis o medidas de poder jurificado son las potestades, y la medida de estas últimas las competencias. Este mecanismo variará de intensidad en los distintos ámbitos punitivos: en *el Derecho Penal*, en *el Derecho Administrativo Sancionatorio*, y en *el Derecho Disciplinario*; y dentro de las *relaciones de sujeción especial que abraza el Derecho Disciplinario*, también habrá *distintas intensidades*. Lo que no autoriza a priori ni justifica la degradación de las garantías jurídicas que protegen los derechos de aquellos ciudadanos vinculados al Estado por una relación de esta naturaleza.

Ahora bien, las potestades públicas constituyen la primera articulación del principio de legalidad y, las potestades disciplinarias, constituyen la concreción del *principio de legalidad sancionatorio*, y no del *principio de legalidad administrativa* al que ya nos referimos. Ahora, es cierto que las potestades disciplinarias se ejercen en un ámbito doméstico o interno, respecto al sustrato personal de la organización administrativa, *v. gr.:* los funcionarios públicos. En otros casos se ejercen estas potestades sobre quienes están bajo la custodia del Estado, *v.gr.:* los reclusos. Así podría ejemplificarse cada uno de los casos que comportan las *relaciones de sujeción especial*. Al respecto, se ha considerado

que el fundamento de las potestades disciplinarias no es el *ius puniendi*, sino que su fundamento son las potestades de auto-ordenación y organizativas que ejercen la Administración internamente. Así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha dicho que:

“...la administración detenta cierto desenvolvimiento al momento de ejercer su potestad sancionadora, sea a niveles por razones de supremacía general frente a la colectividad y también en los casos en que se encuentren bajo una relación de situación especial con un determinado grupo de administrados, siendo uno de esos supuestos especiales, los vínculos que guarda con su personal, en razón del régimen jurídico funcional, de aquí devienen que el régimen administrativo detenta aún más poder y libertad de regulación, toda vez que en el régimen disciplinario ni siquiera se demuestra el ius puniendi del Estado con base en la Soberanía que detenta, sino que en esos casos la relación que mantiene con el particular cualificado –en este caso el funcionario- se asemeja a una relación de contrato de trabajo...”¹⁰⁷

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español se pronunció como sigue:

“En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el ius puniendi no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas”¹⁰⁸.

Es de hacer notar, que en ambos casos se aduce el argumento de que cuando la Administración ejerce las potestades disciplinarias no lo hace como expresión del *ius puniendi*, sino con base en la *relación de sujeción especial*, con el particular objeto de disminuir la garantía formal de la reserva legal y de resaltar, paradójicamente, que aunque el poder disciplinario que ejerce no es el del *ius puniendi* del Estado, *“el régimen administrativo detenta aún más poder y libertad de regulación”*. De una vez decimos, que rechazamos esta posición, ya que la misma forma parte de la coartada que tradicionalmente

¹⁰⁷ SSC/TSJ Exp. 00-0837, de 29 de abril de 2003. Magistrado Ponente: Antonio García García. Caso: Nulidad de los artículos 59 y 60 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, artículo 10 Resolución N° 92 de 21-5-96 mediante la cual se dictó el Reglamento Interno Disciplinario para Funcionarios y Empleados del Ministerio Público, y contra Resolución N° 317 que acordó destitución de funcionario.

¹⁰⁸ STCE 2/1987, de 21 de enero; citada por: JALVO, Belén Marina: *“EL REGIMEN DISCIPLINARIO...Ob. cit...”*; pág. 118.

se ha utilizado para desconocer las garantías del principio de legalidad sancionatorio. En este sentido, recordamos que con el triunfo de las revoluciones burguesas del siglo XIX y el establecimiento del principio de separación de poderes, entendido y practicado este último de forma rígida, toda la potestad sancionadora de la Administración se jurisdiccionalizó y paso a ser parte de las competencias de los tribunales penales, quedándole a la Administración un reducto de ese poder punitivo en el ámbito interno de su organización, esto es, el ámbito disciplinario como expresión del *ius puniendi* del Estado, que también se despliega, y con mucho más razón que no intensidad, en su ámbito interno.

2.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONATORIO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA:

En este aparte hacemos una aclaratoria, ya hecha por el Profesor Peña Solís, en distinguir el principio de legalidad administrativa que rige la actividad de la Administración, del principio de legalidad sancionatorio.

El principio de legalidad, cuya formulación deriva del *principio de legalidad universal* que desde el renacimiento ocupó todo el pensamiento occidental, es decir, que abarcó todos los ámbitos del conocimiento, tales como *la física* cuya expresión son las *leyes de Newton*, y que *Montesquieu* desarrolló en su *Espíritu de las Leyes*, aunque fue con la *Revolución Francesa* y las teorías de *Rousseau* que terminó por materializarse en la *Ley*¹⁰⁹, el cual comporta la idea de sujeción a la Ley y al Derecho tanto del Poder del Estado como del ciudadano, al cual ya nos referimos al inicio del este estudio, y cuya amplitud y generalidad abarca las manifestaciones concretas o específicas del mismo, es decir, al *principio de legalidad administrativa* y al *principio de legalidad sancionatorio*¹¹⁰, está previsto en el artículo 137 de la Constitución de 1999, en los siguientes términos:

¹⁰⁹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: “REVOLUCION FRANCESA Y...Ob. cit...”; págs. 22 y sgts.

¹¹⁰ PEÑA SOLIS, José: “LA POTESTAD SANCIONADORA...Ob. cit...”; pág. 112.

“Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a la cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”¹¹¹

Esta formulación general del principio de legalidad abarca manifestaciones específicas del mismo:

*“...que responden a los criterios orgánico y funcional. Así por ejemplo, la más conocida es recogida bajo la denominación de **principio de legalidad administrativa**, porque en esa hipótesis el principio general limita su alcance a los Poderes Públicos, y funcionalmente comporta el deber de sujeción a las leyes de todos los órganos de la Administración Pública, los cuales sólo pueden actuar si existe la correspondiente norma de competencia...”¹¹².*

Este *principio de legalidad administrativa* está formulado en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del siguiente modo:

“La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico”¹¹³.

Ahora bien, toda la actividad punitiva del Estado: la penal y la administrativa, tiene su fundamento en la otra concreción del principio de legalidad general del cual trata el artículo 137 constitucional citado, el cual está formulado como *una garantía del debido proceso* en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de la República, como sigue:

*“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las **actuaciones** judiciales y **administrativas**; en consecuencia:*

1. Omissis...

*...6. Ninguna persona podrá ser **sancionada** por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o **infracciones** en leyes preexistentes”¹¹⁴.*

¹¹¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, G.O. N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000. Artículo 137.

¹¹² PEÑA SOLIS, José: “LA POTESTAD SANCIONADORA...Ob. cit...”; pág. 113.

¹¹³ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, G.O. N° 38.146 del 25 de marzo de 2009. Artículo 4.

¹¹⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, G.O. N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000. Artículo 49, numeral 6.

Este es el principio conocido como *principio de legalidad penal*, que en el ámbito administrativo se manifiesta como ***principio de legalidad sancionatorio*** después de su constitucionalización en 1999, al cual formulación latina del *nullum crimen nulla poena sine lege*, le es aplicable, además como: *nullum crimen nulla poena sine lege scripta, sine lege certa, sine lege praevia, y sine lege stricta*.

Esta aclaratoria viene al caso, en virtud de que ciertamente en ese plano movedido e inestable de las clasificaciones de la actividad administrativa, específicamente *la actividad administrativa sancionatoria*, encuadraría a nuestro juicio, en la actividad de ordenación y *limitación* al ejercicio de derechos, es decir, es una actividad de carácter ablatorio, en la cual la Administración ejercita potestades anejas a otras que le sirven de base, es decir, que “...*La potestad sancionadora aparece como el corolario necesario de otras potestades de la misma...*”¹¹⁵ Administración, sólo que en *aplicación del principio de legalidad sancionatorio*, establecido como garantía del debido proceso en el numeral 6 del artículo 49 constitucional, y de las garantías jurídicas, formal y material que del mismo derivan, es decir de la *reserva de ley* y del *mandato de tipificación*, y no del *principio de legalidad administrativa* al cual se refiere el artículo 4 de la Ley Orgánica de Administración Pública.

3.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONATORIO (*NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*) Y SUS GARANTIAS JURIDICAS: LA RESERVA LEGAL Y EL MANDATO DE TIPIFICACION.

3.1.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONATORIO

Nullum crimen nulla poena sine lege

La formulación moderna del principio parte del iluminismo del siglo XVIII, no obstante, ya *Beccaria* se había referido al mismo en los siguientes términos:

“...*solo las leyes pueden decretar la penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social...*”¹¹⁶.

¹¹⁵ JALVO, Belén Marina: “EL REGIMEN DISCIPLINARIO...*Ob. cit...*”; pág. 110.

¹¹⁶ BECCARIA, Cesare: “DE LOS DELITOS...*Ob. cit...*”; pág. 74.

El antecedente más antiguo que se conoce del principio comentado se remonta a la edad media: *la Carta Magna de 1215*, la cual comporta una aproximación al principio más no lo formula claramente:

“...Ningún hombre será preso, ni encarcelado, ni privado de lo que libremente posee, ni de sus libertades, ni de sus libres costumbres, ni será declarado fuera de la Ley ni desterrado, ni desposeído en modo alguno de la menor cosa, ni marcharemos contra él, ni le enviaremos a la cárcel, a no ser por el legal juicio de los pares o por la ley del país...”¹¹⁷

De Inglaterra pasa a Norteamérica. Allí se incorpora el principio de legalidad penal primero a la *Declaración de Derechos del Hombre de Filadelfia*, de 1774, y luego a la *Declaración de Derechos del Hombre de Virginia*, de 1776, con una redacción muy aproximada a la de la Carta Magna, para luego integrarse a la Constitución de los Estados Unidos de América¹¹⁸. Después de las *Declaraciones de Derechos norteamericanas*, en Francia, *Montesquieu* y otros filósofos enciclopedistas del siglo XVIII formulan el *principio de legalidad penal*, el cual, una vez triunfante la *Revolución Francesa* se estableció en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, con una formulación mucho más precisa:

“Artículo 8: La ley no puede establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado si no es en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.”.

Ya a partir de *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, el *principio de legalidad penal* lo establecen todas las constituciones y los tratados internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, en el numeral 2 de su artículo 11 lo establece como sigue:

¹¹⁷ FAJARDO H., Ángel Rafael: “COMPENDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL GENERAL Y PARTICULAR”; págs. 216 y 217. Editorial NUS, décima séptima edición, Caracas, 1997.

¹¹⁸ Ver Artículos correspondientes a las enmiendas V y VI de la Constitución de los Estados Unidos de América. Igualmente, ver: FAJARDO H. Ángel R: “COMPENDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL...Ob. cit...”; págs. 227 a 232. En el mismo sentido: MORRISON, Samuel Eliot; STEELE COMMAGER, Henry; LEUCHTENBURG, William: “Breve Historia de los Estados Unidos”; págs. 103 a 106 y 916. Fondo de Cultura Económica, 3ra edición en español, México, 1987.

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966¹¹⁹, prácticamente tiene la misma formulación aunque con un añadido:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

En el mismo sentido, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, aprobada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969¹²⁰, establece el principio de legalidad penal en el artículo 9 de la siguiente forma:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Ahora bien, en Venezuela, el *principio de legalidad penal, nullum crimen, nulla poena sine lege*, ha estado presente en todas las constituciones desde 1811. La constitucionalización de la *potestad sancionadora de la Administración* tiene lugar, por primera vez en la Constitución vigente desde 1999. Sin embargo, por lo menos desde 1830, año en el cual Venezuela se separó de la Gran Colombia, y en vista del nuevo ordenamiento jurídico influido por el liberalismo europeo, la *Administración* ya ejercitaba las *potestades sancionatorias*¹²¹.

¹¹⁹ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Fue aprobada por Venezuela con reservas, y publicada en G.O. N° 2.146 Extraordinaria del 28 de enero de 1978.

¹²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. Fue aprobada por Venezuela con reservas, y se publicó en la G.O. N° 31.256 del 14 de junio de 1977.

¹²¹ Respecto al ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa en Venezuela el siglo XIX, ver: PEÑA SOLIS, José: *“LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA...Ob. cit...”*; págs. 36 y sgts.

El *principio de legalidad sancionatorio*, como citáramos *supra*, se formuló en la Constitución de 1999 con el siguiente tenor:

*“Artículo 149. El debido proceso se aplicará a todas las **actuaciones** judiciales y **administrativas**; en consecuencia:*

*...(...)...6. Ninguna persona podrá ser **sancionada** por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o **infracciones** en leyes preexistentes”*(énfasis añadido).

Se observa, que se consagra el *nullum crimen sine lege* pero se omitió el *nullum poena sine lege*, es decir *la prohibición de aplicar sanciones no establecidas en la ley*¹²², fórmula prevista en la Constitución de 1961:

*“Artículo 69. Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales **ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente**”*¹²³(énfasis añadido).

La misma fórmula aparecía en texto original sometido a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, aunque se omitió en el texto de la Constitución¹²⁴:

“Artículo 51. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y en consecuencia:

1. Omissis

*5. Ninguna persona podrá ser condenada por actos u omisiones que no fueren previsto como delitos o faltas en leyes preexistentes, **ni podrá aplicársele una pena no prevista en la ley**. Se aplicará la norma más favorable al reo, aunque ésta fuere posterior a la decisión...”*¹²⁵(énfasis añadido).

Sin embargo, creemos que a partir de esta omisión no es viable que se soslaye la *garantía formal en materia de sanciones administrativas y disciplinarias*, y mucho menos en el ámbito penal. Para sostener esta posición aducimos los siguientes argumentos:

.- Que una interpretación de la Constitución desde la propia Constitución, esto es, la interpretación del *Ordenamiento* desde los *valores superiores* establecidos en la propia

¹²² *Ibíd*em, págs. 62 y 63.

¹²³ La Constitución de 1961 se publicó nuevamente con la *Enmienda N° 2* en la G.O. N° 3.251 Extraordinario del 12 de septiembre de 1983.

¹²⁴ PEÑA SOLIS, José: “LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA...Ob. cit...” ; págs. 62 y sgts.

¹²⁵ *Ibíd*em, pág. 58.

Constitución, en el Título I que trata sobre los Principios Fundamentales, desautorizaría cualquier interpretación que disminuya o degrade las garantías de los derechos fundamentales. Estos *valores superiores* son,

“...unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva... (...)...son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación...”¹²⁶.

En este sentido el artículo 2 erige entre los *valores superiores del ordenamiento jurídico y de la propia actuación del Estado a: la preeminencia de los derechos humanos*.

Como puede observarse, *la preeminencia de los derechos humanos* comporta que las *garantías jurídicas, formales y materiales, que protegen esos mismos derechos*, sobre todo en *materia sancionatoria*, no pueden ser soslayadas, en este caso por la omisión del principio *nulla poena sine lege*, que además es un *principio general del derecho*, máxime si la omisión señalada fue el producto de la falta de discusión de los constituyentes, ya que la metodología utilizada fue la de discutir en bloque todos los numerales del artículo, y no punto por punto. Además de que el *nulla poena sine lege* estaba previsto tanto en el proyecto “discutido” o sometido a la consideración de los constituyentes, como en el artículo 69 de la Constitución de 1961. Añadido a esto, hay que decir que la Constitución de 1999 fue aprobada *a la carrera*, sin reflexión alguna y sin la intervención de las Academias, Universidades y en general de la sociedad civil¹²⁷.

Aunado a lo anterior, el artículo 3 constitucional establece como *finés esenciales* del Estado, entre otros: *la defensa, el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la propia Constitución*. Con lo cual, se refuerza el argumento que reconoce el carácter constitucional del principio *nulla poena sine lege* en materia de *sanciones administrativas*.

¹²⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo: “LA CONSTITUCION COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”; págs. 103 y 104. THOMSON-CIVITAS, Editorial Aranzandi, 4ta edición, Madrid, 2006.

¹²⁷ PEÑA SOLIS, José: “LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA...Ob. cit...”; págs. 57 y sgts.

En otras palabras, *no pueden establecerse sanciones administrativas* y mucho menos *penas ni medidas de seguridad*, por actos de rango sub-legal. Lo que además, crearía una gran inseguridad jurídica.

.- Aunado al argumento anterior, tenemos que a tenor de lo que establece el artículo 23 de la Constitución de 1999 que da prioridad a los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, y de los cuales dice que son de aplicación inmediata, y además en virtud del *principio de progresividad* de los derechos humanos establecido en el artículo 19 eiusdem, las disposiciones citadas del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* (art. 15); y de la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos* (art. 9), ambas establecen que:

“...*Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito...*”.

Entonces, quiere decir que *si no puede imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito, mucho menos podrá castigarse si la pena no está prevista en ley preexistente*. Con lo cual, definitivamente, el principio general del derecho *nulla poena sine lege* sigue teniendo rango constitucional, y en el caso que nos ocupa, no es jurídicamente aceptable el establecimiento de *sanciones administrativas ni disciplinarias* por actos de rango sub-legal.

El derecho fundamental expresado a través de la formulación *nullum crimen nulla poena sine lege* es indivisible, no solo por el sentido de la formulación original, sino desde una óptica meramente técnico-jurídica.

Este enunciado: *nullum crimen nulla poena sine lege* fue formulado originalmente por *Anselm von Feuerbach* en el *Lehrbuch*, como sigue:

“*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legale*”¹²⁸.

Feuerbach, a través de esta fórmula, explicaba sus teorías de ***la prevención y de la coacción psíquica, que básicamente consiste en la necesidad de que tanto el delito como la pena se definan previamente en la ley para que así pueda producirse la coacción***

¹²⁸ FRIAS CABALLERO, Jorge: “*TEORIA DEL DELITO*”; págs. 8 y 9. Livrosca, C.A., Caracas, 1996. JIMENEZ DE ASUA, Luis: “*LA LEY...Ob. cit...*”; pág. 97.

*psíquica: el efecto intimidante en el amenazado a quien se pone en conocimiento de con qué se le conmina y con qué se le coacciona*¹²⁹. Esta teoría de la coacción psíquica se constituirá en el futuro como la *exigencia de la lex certa*, en virtud del principio de seguridad jurídica. Explica Feuerbach, que:

“Toda pena jurídica en el Estado, es la consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad de la conservación del Derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. De aquí surgen las siguientes máximas no sometidas a excepción alguna: I. La existencia de una pena supone una ley penal anterior, <<nulla poena sine lege>>. Pues solamente la amenaza del mal por la ley, fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II. La existencia de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada <<nulla poena sine crimine>>. Pues la pena conminada está ligada por la ley al acto como supuesto jurídicamente necesario. III. El acto legalmente amenazado (el supuesto legal) está condicionado por la pena legal, <<nullum crimen sine poena legale>>. Pues el mal, como una consecuencia jurídicamente necesaria, está ligado por la ley a la concreta lesión jurídica”¹³⁰ (énfasis añadido).

En la actualidad, la necesidad de que el potencial infractor tenga conocimiento tanto de las infracciones como de las sanciones para saber a qué atenerse, se traduce en la exigencia de *lex certa* y en el principio de seguridad jurídica. Si se divide la formulación respecto a infracciones y sanciones, se divide el derecho, las garantías, etc. Por ejemplo: la garantía material de tipificación alcanza además de las infracciones a las sanciones y a la correlación entre ellas. No puede escindirse esta garantía y, que entonces la mitad se defina en la ley ya que es de la reserva legal y la otra mitad no, lo cual sería un verdadero dislate. Además, si se reconoce en la Administración que puede *colaborar* con el legislador a través del reglamento, es por qué no tiene la facultad o poder originario de imponer sanciones al ciudadano; la colaboración es accesoria y el poder de sancionar es del legislador.

Aunado a los argumentos anteriores, finalizamos este punto con una cita de la Sala Constitucional, que reitera la inescindibilidad del principio de legalidad sancionatorio:

¹²⁹ JIMENEZ DE ASUA, Luis: “LA LEY...Ob. cit...”; pág. 97.

¹³⁰ VON FEUERBACH, Anselm: “LEHRBUCH”; citado por JIMENEZ DE ASUA, Luis: “LA LEY...Ob. cit...”; pág. 97.

“...El mandato constitucional de tipificación legal, se exige, así, tanto para las conductas que se consideren infracciones administrativas como para las sanciones que a estas conductas correspondan...”¹³¹.

Pues bien, habiendo llegado a este punto, en el cual sabemos que la Constitución de 1999 establece el *principio de legalidad sancionatorio* (artículo 49, núm. 6), el cual expresa perfectamente el derecho fundamental contenido en la fórmula: *nullum crimen nulla poena sine lege*, y que además, de este principio se deducen las garantías jurídicas, formal y material, del mencionado principio, es decir, por una parte la predeterminación normativa de las conductas reprochables y de su sanción y la correlación entre unas y otras, y por el otro, la reserva legal, pasamos a continuación a exponer estas garantías.

3.2.- Garantía formal: Reserva legal (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*):

A los efectos de nuestro estudio podemos traducir el citado aforismo como: *no hay infracción ni sanción sin ley*. Esta formulación se corresponde con la *garantía formal o reserva legal*, la cual como vimos, comporta que *en el plano de las fuentes del derecho*, sólo por ley emanada del poder legislativo del Estado, esto es, una *ley formal*, puede establecerse una *infracción* o una *sanción*. Se constituye así esta institución como un verdadero límite a la potestad reglamentaria ejecutiva (art. 236 núm. 10 Constitución de 1999).

Como vimos *ut supra*, en principio se circunscribía la ley formal sólo a garantizar la *libertad individual y la propiedad*, y ya cuando fue insuficiente este concepto de ley formal como justificación propia del Estado liberal, se crea la *noción política de ley* (Carl Schmitt) que comporta que la representación del pueblo es la que legítimamente puede establecer restricciones al ejercicio de los derechos ciudadanos, en virtud precisamente de esa función de representación que corresponde a los parlamentos, y de la cual carece el ejecutivo, aun cuando su procedencia sea democrática. Ahora, este desarrollo dogmático responde a la

¹³¹ SSC/TSJ N° 1265 de 05 de agosto de 2008. Caso: Ziomara Del Socorro Lucena Guédez, Inconstitucionalidad de las sanciones accesorias de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Las Inhabilitaciones políticas. Magistrado: Pedro R. Rondón Haaz.

realidad alemana y no a otra¹³². En este sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

*“Otro de esos principios cardinales es el de la reserva legal. Así, la historia constitucional venezolana ha venido marcada por la permanente previsión de una reserva de ley a favor del Poder Nacional, inspirada en las más avanzadas corrientes políticas y jurídicas, a fin de evitar que ciertas materias de especial trascendencia sean reguladas por órganos distintos al Parlamento, depositario de la voluntad popular –según la concepción clásica-, ni por actos diferentes a la ley, único texto –también según la doctrina clásica- rodeado de las garantías imprescindibles para legitimar la imposición de conductas a la población”.*¹³³

Ahora bien, cuando se reconoce al Parlamento como el titular de la reserva de ley es obvio que se refiere al Poder Legislativo, no obstante, esa rama del Poder Público no solo existe en el ámbito nacional, sino que por nuestra forma federal de Estado, los Estados y Municipios también son ámbitos del Poder Público, y lo ejercen en sus respectivas circunscripciones territoriales, así los Consejos Legislativos de los Estados y, los Consejos Municipales ejercen el Poder Legislativo, y en este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha reconocido que hay materias de la reserva legal correspondiente a los Poderes Legislativos en los distintos ámbitos territoriales de acuerdo a la distribución de territorial de las competencias. Específicamente la materia sancionatoria y la disciplinaria como parcela de la anterior son de la reserva legal en los tres ámbitos de distribución territorial del Poder Público.

“Reconoce la Sala que los órganos deliberantes regionales o locales también son –al menos en Venezuela- representantes de la voluntad del pueblo que les eligió y asimismo admite la Sala

¹³² En este sentido, comenta Peña Solís, la *reserva legal* fue recibida en siglo XX en los países europeos que se formaron bajo la égida de la Revolución Liberal (Francia, España, Italia, etc.), y en estos, “...la consagración formal de la primacía del Parlamento y de su producto normativo: la Ley, impedía también formalmente que el Gobierno pudiera regular materias como la libertad, la propiedad, así como otros derechos similares, máxime si se tiene en cuenta que la conceptualización de dichos derechos obedece a la teoría liberal que los reputa como fundamentales (naturales), los cuales no pueden ser afectados por el Estado, sin el consentimiento de los ciudadanos, pues estos participan del Pacto Social para lograr la preservación de esos derechos, no para sacrificarlos...(Omissis)...Bajo ese marco conceptual parecía innecesario que en los referidos países la institución de la reserva legal, pero la evolución política de los mismos, que en la práctica conduce, con las debidas adaptaciones y matices, a una especie de régimen dualista, como el Alemán, en el cual tanto el Gobierno como el Parlamento tienen atribuida la potestad normativa, dio lugar a que en sus ordenamientos jurídicos se implantara el concepto de reserva legal”. PEÑA SOLIS, José: “REGIMEN DE...Ob. cit...”; pág. 131.

¹³³ SSC/TSJ N° 130 de 01 de febrero de 2006. Caso: Gertrud Frías Penso y otro. Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán.

que de esos órganos emanan actos con idéntica abstracción y generalidad que la ley nacional...(omissis)...Por supuesto, la reserva de la materia penal a favor del Poder Legislativo Nacional no implica el rechazo a la posibilidad, para órganos distintos al Parlamento Nacional, de calificar como faltas ciertas conductas y, al hacerlo, prever una sanción. Por ello, desde hace mucho se reconoce la existencia de un Derecho Administrativo Sancionador como disciplina jurídica distinta del Derecho Penal, y a la precisión del ámbito de cada uno se han dedicado ingentes esfuerzos doctrinales...(...)...Se parte de esta idea: la penalización de conductas exige celo especial, debido a sus graves consecuencias, pero no puede extremarse al punto de desconocer la necesidad de que conductas menores, pero censurables, encuentren sanción sin tener que estar previstas en la ley nacional. Ello es frecuente, en el sistema venezolano de repartición del poder, en el ámbito municipal, pues los Municipios deben contar con la potestad para sancionar conductas que violen deberes que se imponen a los administrados con ocasión de las diversas competencias locales, como puede ser el caso del urbanismo...(...)...debe tenerse en cuenta que resulta excesivo pretender que sólo la Asamblea Nacional pueda legislar sobre un asunto que sin duda tiene trascendencia –por algo se sanciona- pero que no supera los linderos de una localidad...(omissis)...Lo imprescindible, entonces, es precisar si se está realmente en presencia de una materia penal, que como tal está reservada al legislador nacional...(...)...mientras que la consagración de faltas administrativas y sus correspondientes sanciones es el centro del Derecho Administrativo Sancionador. El primer caso pertenece al Poder Nacional; el segundo a cualquiera de los entes territoriales... ”¹³⁴.

Así como el *poder de castigar del Estado* se manifiesta con distintas intensidades en los distintos ámbitos: *penal, administrativo y disciplinario*, también en la aplicación de la *Reserva Legal* habrá ciertos matices, por lo que un sector de la doctrina española sostiene que en vez de hablar de *Reserva Legal* resulta más apropiado hablar de *Reservas legales*, ya que son distintas y no hay un patrón único aplicable a todas ellas que implique una *reserva absoluta a la ley* en todos los casos, es decir, el *patrón alemán* al que nos referimos en la primera parte de este estudio, no sirve para ser aplicado por igual en todas las manifestaciones del Derecho punitivo. Estimamos que éste es el punto de partida del cual habrán de manifestarse con distintas intensidades en su aplicación, *sin que desaparezca como garantía formal de derechos fundamentales*, independientemente de la intensidad de la sujeción propia de cada relación. Aunque, la concepción de esta garantía en Venezuela es de carácter unitaria, esto es, que reserva de ley es una, no negamos que hay distintas

¹³⁴ Ídem.

intensidades de la misma, pero reiterando que, la garantía que la ley ofrece a los derechos fundamentales, es decir, el cobijo o amparo de los derechos fundamentales cuyo ejercicio podría restringirse, sólo por ley, no puede soslayarse.

Este punto resulta bastante álgido, si considera que en las *relaciones administrativas de sujeción general*, es decir, en el ámbito del *derecho administrativo sancionador* se acepta un relajamiento de la *reserva legal* respecto al *ámbito penal*, nos preguntamos: ¿cuál es objetivamente el criterio para diferenciar de acuerdo al *debilitamiento de la reserva legal* a las *relaciones de sujeción*? O en otras palabras, ¿qué quedaría a la ley en el ámbito de las *relaciones de sujeción especial*?¹³⁵ ¿Desaparecería o tendría algún sentido mantener la distinción entre *relaciones generales y especiales*? O tendríamos que admitir sin ningún miramiento que los derechos de quienes están sujetos al Estado por un vínculo especial no necesitan de la reserva legal como garantía formal de esos derechos; empezando por el “...el derecho a no ser sancionado por la Administración sin el cumplimiento imprescindible por ésta, de los requisitos constitutivos de las garantías de la tipificación y de la reserva legal...”¹³⁶. En este sentido, ante la importancia de proteger y garantizar este y demás derechos que derivan de cada una de las *relaciones de sujeción especial*, pareciera que el establecimiento de una relación equivalente y única entre los ámbitos sancionatorio y disciplinario sería lo más apropiado¹³⁷; en este sentido creemos que,

“...No es posible, concebir, en la actualidad, una separación rigurosa entre la esfera interna administrativa y la realidad externa ni, mucho menos, parcelas autónomas dentro del ordenamiento punitivo estatal...”¹³⁸.

En el ámbito de las *relaciones de sujeción especial*, y obsérvese que hablamos en plural: *relaciones y no relación*, ya que aquí nos encontramos con contextos muy disímiles, v.gr.: *la relación que surge entre la Administración penitenciaria y los reclusos; o, la que surge en un establecimiento educativo entre las autoridades del plantel, sus profesores y los alumnos; o la que tiene su origen en el ámbito burocrático de la Administración con ocasión de la jerarquía entre un funcionario superior y otro subordinado; igualmente en el*

¹³⁵ Ver: PEÑA SOLIS, José: “LA POTESTAD SANCIONATORIAL...Ob. cit...”; pág. 150.

¹³⁶ Ibídem, pág. 159.

¹³⁷ PEÑA SOLIS, José: “LA POTESTAD SANCIONATORIAL...Ob. cit...”; págs. 150 a 155.

¹³⁸ JALVO, Belén Marina: “EL REGIMEN DISCIPLINARIO...Ob. cit...”; pág.125.

ámbito militar o policial; la aplicación de la reserva de ley dependerá del contenido material de cada una de estas relaciones y no de la categoría: relaciones de sujeción especial.

En cada uno de estos espacios habrá evidentemente distintas intensidades en cuanto a las potestades disciplinarias que han de ejercerse, según las características propias de cada actividad; v.gr: *si la actividad comporta el uso de armamento como en el caso de las actividades policiales, o militares; o en el caso de la custodia de una institución penitenciaria; o, si la actividad requiere de exigencias pedagógicas y psicológicas para el cuidado de unos niños de un preescolar, o los estudiantes de una escuela primaria o de un liceo.* En consecuencia, la *reserva legal* no puede ser la misma en el ámbito penitenciario o militar o policial, que en el ámbito funcional o educativo. Esto es, que esta *garantía formal de los derechos* correspondientes a quienes están sujetos a alguna de las *relaciones de sujeción especial*, y que varían sensiblemente entre unos y otros, ya que son ámbitos muy disímiles el de estas relaciones, dependerá en alguna medida de esa circunstancia. Sin embargo, hay distintas posiciones sobre el alcance tanto de *la reserva legal* como de la *potestad reglamentaria en las relaciones de sujeción especial.*

Llegados a este punto, debemos hacer dos precisiones: *i)* la dificultad que produce la falta de una teoría de la *relaciones de sujeción especial* lo suficientemente clara para poder aplicarla a *todos los casos* o a *la generalidad* de ellos. Coincidimos con que este es un ámbito perfectamente oscuro y ambiguo, tanto en lo que se refiere al concepto como a su alcance, lo que complica en mucho llegar a cualquier solución del problema de la intensidad de la *reserva legal*. Igualmente ocurre frente a los problemas derivados de la *tipificación de infracciones* y del *establecimiento de sanciones*; y, a los problemas del *non bis in ídem*; *ii)* cuando decimos que la adecuación de la reserva de ley a cada uno de los casos de *relaciones de sujeción especial* dependerá de la intensidad de la sujeción, estamos supeditando la cuestión a *posibilidades meramente fácticas y técnicas*. Por ejemplo, un argumento muy común es que ante la imposibilidad de que el legislador pueda abarcar todos los casos de infracción disciplinaria, sin una intervención del reglamento habría una gran cantidad de casos sin sanción. Ahora no preguntamos: la decisión de tipificar una conducta como reprochable y su respectiva sanción ¿es una decisión de que tipo: política o

jurídica o ambas? ¿Puede la administración adoptar legítimamente una decisión de esta magnitud sin un anclaje legal? ¿Cómo adecuar la reserva de ley al ámbito de las relaciones de sujeción especial? La doctrina ha dado varias soluciones, entre otras, podemos mencionar: se prescinde la distinción entre relaciones de sujeción y se respetan las garantías jurídicas, formales y materiales; o por el contrario, si se mantiene la distinción, admitir que en el ámbito disciplinario no opera la *reserva de ley* como garantía formal de los derechos de quienes están sujetos a este tipo de relación¹³⁹. Otra solución dada por la doctrina es la utilización de la técnica de los *conceptos jurídicos indeterminados, la atribución de potestades discrecionales a la Administración, e incluso, la utilización de cláusulas generales*¹⁴⁰, para poder adecuar la reserva legal al ámbito de las relaciones de sujeción especial, y así posicionar en la relación entre la *ley* y el *reglamento* a este último en un plano de mayor relevancia, sin que se soslaye la garantía formal.

También hay otras posiciones en la doctrina al respecto: una posición que ve la reserva legal absoluta en todos los ámbitos tratados. El problema con esta posición, es que la reserva legal deja de ser una garantía cuando el partido de gobierno en funciones tiene, por cualquier causa¹⁴¹, mayoría en el parlamento¹⁴².

Por el contrario hay otra postura que concibe la reserva legal en materia punitiva como una cuestión de grados: en materia penal la reserva sería absoluta, mientras que en el ámbito sancionatorio general, admite cierta matización, y en cuanto al Derecho disciplinario, este sería *el peldaño más bajo de la escalera*¹⁴³, y en consecuencia, la reserva en este ámbito de las relaciones de sujeción especial sería mínima *por no decir inexistente*. En este último punto se manifiestan en todo su esplendor las interrogantes planteadas, y en este sentido hay que considerar, definitivamente, alguna de las soluciones arriba esbozadas u otras distintas, pues en esto no creo que nadie tenga la última palabra. Sobre todo hacer

¹³⁹ PEÑA SOLIS, José: "LA POTESTAD SANCIONADORA...Ob. cit..."; pág. 152.

¹⁴⁰ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: "RELACIONES DE SUJECION...Ob. cit..."; págs.48 y 49. JALVO, Belén Marina: "EL REGIMEN DISCIPLINARIO...Ob. cit..."; págs. 127 y 128.

¹⁴¹ Bien por que ganaron democráticamente en buena lid; bien por la aplicación de la técnica del "Gerrymandering" por medio de la cual a través de la modificación de los circuitos electorales se manipula la elección y se obtiene la mayoría de curules con minoría de votos, impidiendo la representación proporcional; bien porque hubo alianzas posteriores con otras toldas políticas.

¹⁴² GONZALEZ PEREZ, Jesús; GONZALEZ NAVARRO, Francisco: "COMENTARIOS...Ob. cit..."; pág.2489.

¹⁴³ Expresión acuñada por: JALVO, Belén Marina: "EL REGIMEN DISCIPLINARIO...Ob. cit..."; pág.117.

prevalecer aquellas soluciones tendentes al sostenimiento de las garantías jurídicas de los derechos fundamentales. Aunque hoy en Venezuela no resulta difícil justificar un déficit en el ámbito de los derechos fundamentales sobre el desconocimiento de las garantías jurídicas que los aseguran.

3.2.1.- La Colaboración Reglamentaria:

El principio de legalidad sancionatorio establecido en el artículo 49, 6 de la Constitución de 1999, cuando se refiere a la ley como el instrumento mediante el cual han de definirse las conductas reprochables y las sanciones aplicables a las mismas, estimamos se refiere a la ley formal, esto es, a la emanada del poder legislativo del Estado. Es un mandato constitucional al legislador para que desarrolle en una ley la materia punitiva, en el caso que nos ocupa, la *sancionatoria-disciplinaria*, y consecuentemente, la prohibición al reglamentista para que entre a regular dicha materia. Ahora bien, el legislador en el ejercicio de la potestad legislativa, puede pedir al ejecutivo *la colaboración del reglamento como complemento de la ley*, sin que ello implique la abdicación de sus poderes constitucionales. Esto no quiere decir que el reglamentista suplante al legislador ni que el reglamento suplante a la ley. No podrá aplicarse sanción alguna sin aplicación de la ley, y el reglamento, en este caso será *complemento* de aquella.

En materia sancionatoria y disciplinaria la colaboración reglamentaria debe ser muy precisa, incluso más exigente que en materias ordinarias, y debe limitarse la misma a sólo lo indispensable para la efectiva aplicación de la ley, esto es, que,

*“...El Reglamento ejecutivo debe ser siempre y solamente...(...)...el **complemento indispensable** de la ley que desarrolla, y esto en el doble sentido siguiente: por un lado, el Reglamento ejecutivo debe incluir todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación de la ley y la plena efectividad de la ley misma que desarrolla; por otro lado, no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar esos fines (sólo lo indispensable)”¹⁴⁴.*

¹⁴⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón: “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. I”; pág. 275. Duodécima edición. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

Aunque como veremos más adelante, en Venezuela, la subordinación del reglamento a la ley, es una cuestión de derecho positivo, es decir, los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria están en la Constitución y en la Ley.

La llamada del legislador al ejecutivo para que colabore o complemente la ley, es decir, la remisión que haga al reglamento ejecutivo, en materia sancionatoria-disciplinaria debe hacerse en términos en los que la ley conserve el núcleo de la materia remitida o un contenido material de cuya aplicación dependa se sancione efectivamente la infracción, y fije claramente el marco y los condicionamientos que limiten a la potestad normativa de la Administración¹⁴⁵, siendo el reglamento ejecutivo en este caso, un complemento de la ley.

No son de recibo en el ámbito *sancionatorio-disciplinario* ni las *remisiones en blanco o genéricas*, las cuales darían origen a un *reglamento independiente o autónomo*, y en consecuencia le permitiría a la Administración tipificar las infracciones y establecer las correspondientes sanciones suplantándose en el legislador. En el mismo sentido, esté último estaría desacatando el mandato constitucional de regular la materia que el constituyente le reservó y abdicando sus poderes constitucionales, los cuales son irrenunciables e indelegables. Así como tampoco es aceptable la técnica de la *deslegalización*, mediante la cual, la materia ya regulada en la ley sería degradada o bajada de rango por otra ley llamada de deslegalización, y con ello el legislador estaría igualmente remitiendo la materia al ejecutivo para que fuese este que la regule en el reglamento delegado¹⁴⁶. Hay que advertir, que en Venezuela no existen este tipo de reglamentos.

Respecto a la técnica de la *cobertura legal* que en España utilizaron los tribunales para no producir un vacío normativo en virtud de la vigencia una serie de normas de rango sublegal *preconstitucionales* contentivas de infracciones y sanciones, y a través de la cual, iniciaron una búsqueda legislativa a ver si daban con algún anclaje que les permitiese mantener en vigor dicha normativa, hay que decir que *no es aplicable en materia sancionatoria*. En ésta debe existir la *habilitación legislativa expresa*, los *condicionamientos y límites precisos de la habilitación*, la cual, en *materias reservadas a la*

¹⁴⁵ GONZALEZ PEREZ, Jesús; GONZALEZ NAVARRO, Francisco: "COMENTARIOS...Ob. cit..."; págs.2492 y 2493.

¹⁴⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón: "CURSO...Ob. cit..."; págs. 277 y sgts. Duodécima edición. Thomson-Civitas, Madrid, 2004. En el mismo sentido: PEÑA SOLIS, José: "REGIMEN JURIDICO...Ob. cit..."; págs. 78 y sgts.

ley, tales como la *sancionatoria o la disciplinaria*, es mucho más exigente que en materias ordinarias no reservadas a la ley. Ahora, respecto a estas últimas, es decir, materias no sancionatorias ni disciplinarias si se admite la *técnica de la cobertura legal*.

En Venezuela, la potestad reglamentaria tiene fundamento constitucional en el artículo 236, numeral 10 de la Constitución de 1999:

“Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente...(...)...de la República:

I. Omissis...

10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón”

Del precepto constitucional que prevé la potestad reglamentaria del ejecutivo trasluce claramente la subordinación del reglamento a la ley. En este sentido, la Sala Constitucional ha establecido que:

“Expresión de la subordinación en que se encuentra la actividad administrativa respecto a la ley, la constituye el artículo 190 numeral 10 de la Constitución de 1961 ...(...)..., cuando aclara que <<Son atribuciones y deberes del Presidente de la República: (Omissis) 10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón>> (similar al artículo 236 numeral 10 de la Constitución de 1999)”¹⁴⁷.

El fundamento legal de esta potestad lo encontramos en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Administración Pública de 2008, y es del siguiente tenor:

“Artículo 88. El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde a la Presidenta (sic.) o Presidente de la República, en Consejo de Ministros, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.

Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público”.

Se hace necesario en este punto, hacer algunas consideraciones respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria en Venezuela. En primer lugar, la disposición constitucional

¹⁴⁷ SSC/TSJ N° 271 de 05 de abril de 2000. Caso: José Gregorio Rossi contra la Decisión del Juzgado Superior en lo Civil, mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de Estabilidad Laboral del Estado Aragua.

citada no hace más que reproducir literalmente la disposición que establecía la Constitución de 1961 en el artículo 136, ordinal 10°. La misma atribuye la potestad de reglamentaria de las leyes al Presidente de la República. Esta es una potestad constitucional, la cual, como cualquier otra potestad, no puede ser renunciada ni delegada en favor de otro órgano. La misma podrá ejercerse para regular toda la ley o una parte de ella. Puede haber incluso varios reglamentos parciales de una misma ley.

Ahora bien, el dispositivo constitucional establece como primer condicionamiento o límite al que se somete el ejercicio de la potestad reglamentaria, el uso de los siguientes *conceptos jurídicos indeterminados*: *sin alterar el espíritu, propósito y razón de la ley*. La doctrina nacional ha hecho aproximaciones tendentes al precisar estos términos como sigue:

“El espíritu ha estado siempre contrapuesto a la letra...(...)...Jurídicamente, espíritu equivale a mente, mens legis, oponible a la palabra...(...)...la mente representa lo intelegible, es decir, el significado y la comprensión de la ley, el cómo debe entenderse, por qué en la ley hay más de inteligencia que de escritura...(...).....la razón equivale en el texto constitucional examinado al fundamento. En efecto, la razón explica por qué algo es como es y no de otro modo (razón suficiente o determinante)...(...)...La razón de la ley constituye por tanto un caso particular del principio de razón suficiente en virtud del cual la ley tiene existencia y es como es. Mas, su fundamento no depende únicamente de una razón jurídica sino también de múltiples razones metajurídicas, razones vitales, razones éticas, razones políticas, razones económicas, razones estéticas...etc., que en cada caso actúan como elementos generales o de fundamentación...(...)...En cuanto a la adecuación del Reglamento al propósito de la ley que reglamenta constituye una condición de validez...(...)...El <<propósito>> (de pro-ponere, pro-positum) es un término que significa literalmente <<poner a la vista o poner por delante>>, coligándose así con el fin o finalidad, es decir, la obtención del resultado previsto. Esto es, precisamente, lo que corresponde a toda norma jurídica, <<su preordenación al fin para el cual fue establecida>>...(...)...Entonces el propósito de la ley, identificado con su finalidad, ha de encontrar en el Reglamento el instrumento para obtener su completa realización. Por ello, el Reglamento que de cualquier manera altera la finalidad de la ley, consumaría una desviación de poder”¹⁴⁸ (énfasis añadido).

¹⁴⁸ MOLES CAUBET, Antonio: “LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y SUS MODALIDADES”; en “ESTUDIOS DE DERECHO PUBLICO”, págs. 405 y 406. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela; compilador: Oswaldo Acosta Hoenicka, Caracas, 1997.

Del anterior planteamiento surge, como dice el Profesor Peña Solís, la dificultad de encontrar una *regla práctica y operativa* que permita establecer si el reglamento transgrede o no estos límites que la Constitución fija al ejercicio de la potestad reglamentaria. En este sentido, propone una *interpretación global* de los tres términos: *espíritu, propósito y razón de la ley*. Si se transgrede a uno sólo de ellos, aunque sea indirectamente, quedan afectados los otros dos conceptos de igual modo. Concluye refiriéndose al reglamento ejecutivo, en términos generales, como aquel cuyo contenido está “...*presidido por la novedad, siempre y cuando la misma no contradiga a la ley interpretada en forma sistemática, pues de lo que se trata... (...)...es pasar a nuevas formas de colaboración entre la Ley y el Reglamento...*”¹⁴⁹. Puede verse aquí a *la no contrariedad* como parte del concepto, nota característica del contenido de los reglamentos ejecutivos de aplicación. Ahora, puede ser que el reglamento no contraríe a la ley que reglamenta, pero si contraría a otras leyes distintas, igualmente habría que solicitar judicialmente su nulidad.

Ahora bien, el reglamento *no puede innovar en el ordenamiento jurídico ni sustituirse en la ley*, es decir, solo desarrolla y complementa los aspectos de las restricciones que la ley establece. Así, lo ha establecido la Sala Constitucional:

“...*la potestad reglamentaria de la Administración, ... (...)... consiste en desarrollar una actividad no innovativa del ordenamiento jurídico y en todo caso ejecutora de las grandes decisiones políticas que corresponde a las leyes concebir; ella se resuelve fundamentalmente en la emisión de declaraciones escritas y unilaterales, creadoras de las reglas de derecho de aplicación general y de grado inferior a las leyes.*”¹⁵⁰.

Si en ejercicio de la potestad reglamentaria general la regla es que *el reglamento no puede innovar en el ordenamiento jurídico, en los ámbitos sancionatorio y disciplinario mucho menos podrá producirse dicha innovación del ordenamiento por el reglamento*.

En cuanto a la extensión material de la garantía formal en el ámbito sancionatorio, no se circunscribe la reserva legal únicamente al establecimiento de las infracciones y las sanciones, *también a la relación entre ellas*, ya que en el ámbito administrativo sancionador, por lo general, no se establece directamente la infracción con la sanción que le

¹⁴⁹ PEÑA SOLIS, José: “REGIMEN JURIDICO...Ob. cit...”; págs. 66, 67 y 68.

¹⁵⁰ SSC/TSJ N° 271 de 05 de abril de 2000. Caso: José Gregorio Rossi contra la Decisión...Ibidem.

corresponde como en el Derecho Penal, sino que generalmente, se establecen bloques o grupos, y la relación entre supuestos de hecho y consecuencias jurídicas también es de la reserva legal. Asimismo, el tema de las circunstancias atenuantes y agravantes como mecanismos operativos del principio de proporcionalidad, también pertenece a la reserva legal, sobre todo respecto a las agravantes, ya que las atenuantes siempre favorecen la situación jurídica en vez de gravarla. En este sentido, en materia sancionatoria y disciplinaria, la colaboración que puede prestar el reglamento, para desarrollar o complementar la ley es bastante restringida.

El tipo de *reglamento ejecutivo* que ha encontrado aplicación en Venezuela de modo constante y reiterado, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es el *reglamento de aplicación*, cuya relación con la ley es de *no contrariedad*¹⁵¹; y, el cual admite, según la doctrina, diversas operaciones normativas, tales como: “...*la aplicación, el detalle, el desarrollo, la interpretación y la explicación de la ley*”¹⁵². Ahora bien, en la aplicación de cada una de estas operaciones el reglamento de aplicación podría adoptar cualquier contenido, incluso distinto al de la *no contrariedad* con el contenido de la ley, por ello se impone el límite del respeto o subordinación que el reglamento debe a la ley. Este límite se manifiesta en Europa a través de la tesis del *complemento indispensable*, arriba citada, y en Venezuela, la solución es de derecho positivo: en principio, a través de los *conceptos jurídicos indeterminados* que la Constitución establece: *el espíritu, propósito y razón de la ley*, a los cuales ya nos referimos. En segundo lugar, los límites que derivan del artículo 88 de la Ley Orgánica de Administración Pública de 2008, a los cuales nos referiremos de seguidas, previa advertencia de los términos en los que se ejerce la potestad reglamentaria en Venezuela.

En Venezuela el único reglamento permitido por el ordenamiento es el de ejecución, y doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha aceptado dentro de esta categoría el de aplicación. Sin embargo, aunque no existe jurídicamente habilitación para *los reglamentos autónomos o independientes*, este tipo de reglamentos existe, *de hecho*. Las Administraciones ejercen igualmente, *de hecho*, una *potestad reglamentaria independiente*.

¹⁵¹ MOLES CAUBET, Antonio: “LA POTESTAD...*Ob. cit.*...”; pág. 405. PEÑA SOLIS, José: “REGIMEN JURIDICO...*Ob. cit.*...”; pág. 62.

¹⁵² Ídem.

Fíjese que nos referimos a las Administraciones, y no al Presidente de la República en Consejo de Ministros, como lo establecen la Constitución de 1999 y la citada Ley Orgánica de Administración Pública. Es decir, que *otros órganos y entes de la Administración ejercen, de hecho, la potestad reglamentaria*, salvo que la Ley la atribuya expresamente.

Bueno, a esta situación se ha referido Peña Solís, y además, advirtiendo que dicha situación podía regularizarse incluso a través de una reforma de la antigua *Ley Orgánica de Administración Central*. Pues, se dictó la Ley Orgánica de Administración Pública¹⁵³ en el año 2001, la cual derogó a la *Ley Orgánica de Administración Central*, y en la misma, se ratificó la potestad reglamentaria del Presidente de la República en Consejo de Ministros en el artículo 87. En 2008, se modificó la Ley de 2001 por Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁵⁴, el cual repite literalmente el dispositivo de la ley anterior en su artículo 88, citado arriba, es decir, en vez de atribuir la potestad a todos los órganos y entes que la ejercen, se circunscribió la ley a repetir la norma de leyes anteriores. Esto no quiere decir, que en otras leyes no haya atribuciones específicas de esta potestad, claro que las hay, pero no todos los órganos y entes que ejercen la potestad reglamentaria lo hacen porque están habilitados legalmente.

Lo propio ocurre con el reglamento independiente, nada dice la ley al respecto. Es decir, en la ley se ratifica al reglamento ejecutivo, al cual le endosa las funciones de desarrollo y colaboración con la ley. De todas las operaciones normativas que la doctrina concebía como corolarios de la ejecución reglamentaria, la ley las redujo a dos: *desarrollo y colaboración de la ley*. Operaciones normativas que en *alguna medida* engloban a las demás: *a la aplicación, al detalle, al desarrollo, a la interpretación y a la explicación de la ley*. Haciendo la salvedad respecto a la *interpretación*, lo que ciertamente plantearía un problema frente a la *potestad jurisdiccional de los tribunales y juzgados*, ya que la *interpretación de las leyes corresponde a los tribunales y no a la Administración*. En este sentido, ningún tribunal estaría vinculado por la interpretación hecha por la Administración en un reglamento. Ahora, volviendo al tema de las operaciones normativas que autoriza la ley en el ejercicio de la *potestad reglamentaria ejecutiva*, a todo evento,

¹⁵³ G.O. N° 37.305 de 17-10-2001.

¹⁵⁴ Decreto-Ley N° 6.217 de 15-07-08, publicado en la G.O. N° 5.890 Extraordinario de 31-07-2008.

“...el reglamento sólo puede configurarse secundum leges e intra leges, es decir, conforme al modelo y prototipo tradicional del reglamento ejecutivo considerado como bloque normativo que desarrolla e interpreta los principios institucionales de la ley y complementa los aspectos orgánicos para su eficacia en el orden administrativo...”¹⁵⁵ (énfasis añadido).

En este sentido, hay dos normas en el Derecho venezolano: el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y el artículo 88 de la Ley Orgánica de Administración Pública. En primer precepto es del siguiente tenor:

“Artículo 10. Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la Ley”¹⁵⁶

La jurisprudencia ha interpretado respecto a este precepto, lo siguiente:

“Lo hasta aquí expuesto podría afirmarse que constituye el régimen general, llamado a regir en principio lo relativo a la tipificación de infracciones y el establecimiento de sanciones, siempre dentro de ese marco de relaciones ordinarias entre la Administración y los administrados al que alude el párrafo anterior, régimen que –como bien señala la accionante- encuentra reflejo en lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que prohíbe, en principio, la posibilidad de que por acto administrativo puedan crearse sanciones o mortificarse las establecidas mediante ley. Pero ello –como se ha ensalzado anteriormente- es sólo <<en principio>>, pues el propio texto del artículo 10, mediante la expresión <<salvo dentro de los límites determinados por la ley>>, deja abierta en criterio de esta Corte la posibilidad para que los actos sublegales puedan actuar efectivamente como complemento o colaboración de la ley, y no exclusivamente en materias ajenas a la garantía de la reserva legal, como pretende la accionante, dado que para ello carecería de sentido aclaratoria o salvedad alguna, sino precisamente en materias sujetas por excelencia a dicha garantía, como las relativas a sanciones y tributos referidos por la norma”¹⁵⁷

Ciertamente, según esa interpretación, cabe la colaboración reglamentaria con las leyes en materia de infracciones y sanciones. Pero esa colaboración como hemos visto es muy reducida.

¹⁵⁵ M. BASSOLS COMA, citado por: JALVO, Belén Marina: “EL REGIMEN DISCIPLINARIO...Ob. cit...”; pág. 131.

¹⁵⁶ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario de 1° de julio de 1981.

¹⁵⁷ SSPA/CSJ Exp. N° 0429 de 13 de febrero de 1997. Caso: Venevisión. Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas.

En este sentido, el primer aparte del artículo 88 de la ley establece unos *límites precisos al ejercicio de la potestad reglamentaria* respecto a los cuales no cabe mayor especulación, es decir, con esta norma se determinan claramente los linderos al ejercicio de la potestad reglamentaria ejecutiva, la cual es de aplicación, repetimos, en el ámbito de las *relaciones de sujeción especial*, y son del siguiente tenor: **Los reglamentos**,

1. **No podrán regular materias objeto de reserva de ley (garantía formal, art. 49,6 CRBV);**
2. No pueden infringir normas con rango de ley;
3. **No pueden tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas (garantía material, art. 49, 6 CRBV);**
4. **No pueden establecer penas o sanciones (garantía material, art. 49, 6 CRBV);**
5. No pueden establecer tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

Vemos pues que la ley ratifica de forma expresa e indubitable el respeto por las garantías jurídicas, formal y material, del principio de legalidad sancionatorio establecido en el artículo 49 numeral 6 de la Constitución de 1999, las cuales son de aplicación plena en el ámbito de las *relaciones de sujeción especial*, es decir, no hay razón para que sea de otro modo, en este sentido,

“...en el Derecho disciplinario como en cualquiera otra parcela del Derecho administrativo sancionador, la ley debe determinar suficientemente los elementos esenciales de la conducta antijurídica, la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, lo cual no imposibilita que el reglamento realice una intervención auxiliar o complementaria siempre, claro está, con sujeción a la regulación legal...”¹⁵⁸.

Así, los términos de cualquier remisión al reglamento, en los ámbitos *sancionatorio y disciplinario*, han de ser muy restringidos en virtud de los límites que en estas materias establece la ley; v.gr.: *el establecimiento del valor de la unidad tributaria (U.T.) para que pueda aplicarse una sanción establecida legalmente en unidades tributarias*. En este caso vemos que el reglamento se limita a fijar el importe de la unidad tributaria como concepto

¹⁵⁸ JALVO, Belén Marina: “EL REGIMEN DISCIPLINARIO...Ob. cit...”; pág. 140.

general que abarca toda una gama de situaciones, es decir, que trasciende de la sanción de que se trate, y no fija el monto de la sanción, ya que esta fue previamente fijada en la ley.

En conclusión, en ningún caso, podrá entonces, el reglamento establecer *infracciones* ni *sanciones*, ni *regular materias reservadas a la ley*. Y cuando decimos *en ningún caso*, entiéndanse incluidas las *relaciones de sujeción especial*.

Será entonces la *ley formal* la que *defina la infracción administrativa sancionatoria-disciplinaria*, y cualquier *descripción de sus elementos esenciales*. Igualmente, en *ley formal* se deberán establecer *las sanciones* correspondientes a las *infracciones*, sus límites y su relación con las mismas, y los dispositivos que permitan graduar la aplicación de la sanción, esto es, que *hagan operativo el principio de proporcionalidad*, fundamentalmente, cuando se trate de las agravantes, ya que para *tornar negativa la situación jurídica de una persona*, se requiere, sin lugar a dudas, de la *reserva legal*.

3.3.- Garantía material: mandato de tipificación (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia, sine lege certa, sine lege stricta*):

3.3.1.- *Nullum crimen nulla poena sine lege praevia*:

El requisito de *ley preexistente* (art. 49,6 CRBV). Irretroactividad de las normas sancionatorias y disciplinarias, salvo cuando sean más favorables:

El artículo 49, 6 de la CRBV, como hemos visto, establece que ningún ciudadano puede ser sancionado por infracciones y con sanciones que no estuvieran previstas en *leyes preexistentes*. Así, este principio es expresión en el ámbito punitivo del Estado del principio general de irretroactividad de la ley establecido en el artículo 24 de la Constitución de 1999 y que reza:

“Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya

evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Cuando haya duda se aplicará la norma que beneficie al reo o rea”.

Al respecto en múltiples oportunidades se ha pronunciado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y ha precisado que:

*“...(...) considera esta Sala necesario destacar que el principio de irretroactividad de la ley está referido a la **prohibición de aplicar una normativa nueva a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia, de forma que la disposición novedosa resulta ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado, permitiéndose la retroactividad de la norma sólo como defensa o garantía de la libertad del ciudadano.** Esta concepción permite conectar el aludido principio con otros de similar jerarquía, como el de la **seguridad jurídica, entendida como la confianza y predictibilidad que los administrados pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación del Ordenamiento Jurídico vigente;** de modo tal que la previsión del principio de irretroactividad de la ley se traduce, al final, en la **interdicción de la arbitrariedad** en que pudieran incurrir los entes u órganos encargados de la aplicación de aquella. (...)’.(...)...”¹⁵⁹*

El fragmento de la citada sentencia es de gran importancia, en tanto reitera el criterio sobre el principio de irretroactividad de la ley, y alude a la *protección del ciudadano* como única causa de excepción del mismo; pero además, porque muestra la *conjunción o enlace* del principio comentado con otros, como el de la *lex certa o exigencia de seguridad jurídica, aspecto fundamental de la garantía material del principio de legalidad sancionatorio* (art. 49, 6 CRBV), e incluso con el de *interdicción de la arbitrariedad*, principio establecido en la Constitución española de 1978.

En otra sentencia, la misma Sala Político Administrativa se refiere a la *excepción de ley favorable* en el ámbito punitivo en los siguientes términos:

¹⁵⁹ SSPA N° 01976, de 05 de diciembre de 2007. Caso: Rosalba Gil Pacheco contra la Contraloría General de la República; en: *“Compilación de la Doctrina de la Sala Político Administrativa: Contencioso Administrativo”*; tomo I; pág. 808. Magistrado: Hadel Mostafá Paolini. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009.

“...Por otra parte, cabe mencionar el artículo 2 del Código Penal el cual establece la excepción legal a ese principio general de irretroactividad de la ley, al disponer que ‘[L]as leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, aunque al publicarse hubiere ya sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo la condena’.

Aun cuando la referida norma del Código Penal fue consagrada inicialmente para su aplicación en el campo del derecho penal, **la excepción al Principio de Irretroactividad de la Ley no está restringida expresamente a ese ámbito en el artículo 24 de la Constitución vigente, sino que encuentra una nueva dimensión y plena utilidad en la actividad sancionatoria de la Administración, donde es de obligatorio acatamiento en el caso de sanciones aplicadas por ilícitos administrativos...**¹⁶⁰.

Es de observar, que la *aplicación retroactiva de la ley cuando beneficia al ciudadano o cuando torna activa su situación jurídica*, es perfectamente aplicable en el *ámbito sancionatorio*. Además, se colige de la citada norma que si la nueva ley suprime la infracción o la sanción que podían aplicarse por la derogada, ya no habrá posibilidad de sancionar, es decir, según el caso, ya no habrá infracción que castigar o sanción que aplicar, o ambas. En el mismo sentido, cuando haya dos o más leyes aplicables y se suscite la duda en la aplicación, se aplicará la más favorable *en su integridad*, es decir, no puede aplicarse lo que convenga de la derogada y de la que entra en vigencia, esto es, por partes, *la ley cuya interpretación resulte más favorable al ciudadano deberá aplicarse en su integridad* (art. 24 constitucional).

En definitiva, la irretroactividad de la ley como principio constitucional es de aplicación general (artículo 24 CRBV), sin embargo, la propia Constitución lo reitera de forma singular en el ámbito punitivo del Estado, incluyendo a la actividad sancionatoria de la Administración (artículo 49, 6 CRBV). Vemos igualmente que, la excepción de este principio: *la aplicación retroactiva de la ley favorable*, y de sus efectos, tiene plena vigencia en el Derecho Administrativo Sancionatorio y en el Derecho Disciplinario (artículo 24 CRBV; y, art. 2 CP). En igual sentido, el principio de *interpretación más favorable o de favor rei*, que como vimos comporta la aplicación integral de la ley cuya

¹⁶⁰ SSPA N° 01015 de 08 de julio de 2009. Caso: Ligia Margarita Rodríguez Estrada contra Comisión de Funcionamiento y Restructuración del Sistema Judicial. Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz; en: “DOCTRINA DE LA SALA POLITICO ADMINISTRATIVA DEL AÑO 2009”; Caracas, 2010.

interpretación resulte más favorable, cuando hubieren dudas sobre la aplicación entre varias leyes vigentes.

3.3.2.- *Nullum crimen nulla poena sine lege certa:*

3.3.2.1.- *Tipificación por Remisión. Cláusulas Generales. Normas en Blanco:*

Esta es propiamente la garantía material del principio de legalidad sancionatorio: el mandato de tipificación. El mandato de tipificación se desenvuelve en dos niveles: uno normativo y el otro aplicativo¹⁶¹. En el nivel normativo el mandato hecho por la Constitución está dirigido al legislador¹⁶², en primer término, en vista de la necesidad de determinación previa en ley formal, tanto de las *infracciones* y del establecimiento de las *sanciones* que a aquellas correspondan, como los mecanismos que permitan establecer esa correspondencia; en segundo lugar, el nivel de aplicativo de la norma sancionatoria es un mandato dirigido al órgano o ente que vaya a aplicarla, en el entendido que le está proscrito sancionar comportamientos no tipificados ni aplicar sanciones inexistentes, así como tampoco podrá sancionar, si la ley no establece el instrumento que permita correlacionar la infracción con la sanción.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dicho en este sentido que,

“El principio de tipicidad es, junto con el principio de reserva legal, manifestación directa del principio de legalidad que debe, como tal, informar siempre el ejercicio del ius puniendi estatal, sea que éste se ejerza a través de sanciones penales, sea a través de sanciones administrativas. Ello se deriva, claramente, del artículo 49, cardinal 6, de la Constitución...(omissis)...el principio de tipicidad o mandato de tipificación puede definirse como la determinación, en una norma de rango legal, de las conductas que se tildan de infracciones y de las sanciones correlativas a esas conductas, de manera tal que esa

¹⁶¹ NIETO, Alejandro: “DERECHO...Ob. cit...”; pág. 306.

¹⁶² JALVO, Belén Marina: “EL REGIMEN DISCIPLINARIO...Ob. cit...”; págs. 148 y sigts.

*determinación normativa permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción que se impondrá*¹⁶³

El precepto jurídico sancionatorio-disciplinario establecido en *ley preexistente* debe *describir* las conductas constitutivas de *infracciones*, establecer las *sanciones* correspondientes a esas *infracciones*, y además la correspondencia entre *infracciones* y *sanciones*, de modo tal que “*permite predecir con suficiente grado de certeza aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y eventual sanción*”¹⁶⁴. Esta formulación que implica el previo conocimiento de lo ilícito y de sus consecuencias, coincide, aunque con finalidades distintas, con la teoría de Anselm von Feuerbach de la coacción psíquica antes aludida.

En cuanto la actual exigencia de *lex certa* es evidente que se necesita el conocimiento de la ilicitud para tener certeza de las consecuencias derivadas de la propia actuación. Igualmente es necesario ese conocimiento para satisfacer las exigencias del principio de seguridad jurídica, en el sentido de que puede tenerse la certeza de no ser sancionado cuando una determinada conducta no haya sido tipificada con el carácter de infracción o no se haya establecido la sanción correspondiente en ley preexistente, o sencillamente porque estando tipificada la infracción y establecida la sanción legalmente, la ley no establezca la correlación entre ellas.

Por lo general, la tipificación en el Derecho Sancionatorio-Disciplinario tiene lugar de *modo indirecto* por la *remisión* de una norma a otra contentiva de un *mandato o prohibición*, cuyo incumplimiento comporta la *infracción*, aunque también puede utilizarse la técnica de *tipificación directa* usada en el Derecho Penal. Esta es la llamada *remisión expresa*. El núcleo de la infracción es el incumplimiento del mandato o la prohibición, salvo que la tipificación sea directa.

¹⁶³ SSC/TSJ N° 1265 de 05 de agosto de 2008. Caso: Ziomara Del Socorro Lucena Guédez, Inconstitucionalidad de las sanciones accesorias de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Las Inhabilitaciones políticas. Voto salvado: Magistrado: Pedro R. Rondón Haaz.

¹⁶⁴ STCE 61/1990, de 29 de marzo; citada por: NIETO, Alejandro: “DERECHO...Ob. cit...”; págs. 304 y 305.

Esta técnica de *tipificación indirecta*¹⁶⁵ adopta varias formas, entre ellas: la *remisión reduplicativa*, que reproduce nuevamente la prohibición o mandato que otra norma establece; ha sido reputada de inútil por la doctrina. La *remisión expresa*, es a la que nos referimos en primer lugar: el tipo se realiza con la conjunción de dos normas la que establece el mandato o prohibición, y la que acusa de infracción el incumplimiento de la primera. Otra forma es la *remisión residual*, es una forma de tipificación abierta, en el sentido que se califican, por ejemplo, como *leves* todas aquellas infracciones que no sean de otra clase: *si no son graves ni medias, entonces serán leves*. Con lo cual realmente no se estarían tipificando en el sentido de que no habría ninguna descripción de esas conductas consideradas como *infracciones leves*. Quizá se considera que el legislador no debe invertir su tiempo en este tipo de infracciones bagatela o de poca monta, caso en el cual tampoco deberían sancionarse. Para finalizar, nos referimos a la *tipificación implícita*, la cual consiste en que la única norma de derecho positivo es aquella que establece el mandato o prohibición, y se considera que el incumplimiento de esa norma per se constituye la infracción sin necesidad de otra norma que lo establezca y que haga la remisión para completar el tipo.

Estimamos que de las distintas formas de *tipificación indirecta*, la *remisión expresa* es la que más se acerca o aviene a la garantía de *lex certa*. A mi juicio *las remisiones residuales e implícitas* deben ser rechazadas porque no ofrecen ninguna garantía al ciudadano y además son una puerta abierta al ejercicio de un poder arbitrario. Estas remisiones son conocidas también con el nombre de *cláusulas generales o de remisión*. En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha referido a las remisiones residuales lo siguiente:

“...el sistema de remisión residual otorga una potestad sancionatoria tan amplia que el administrado podría quedar sometido a la multa contemplada en el artículo por cualquier conducta que se juzgue como <<infracción>> a la Ley, esto es, como violatoria de una exigencia contenida en la Ley.

A las consideraciones que anteceden ha de agregarse la relativa a la amplitud de la facultad que el artículo le otorga a la Administración, al incluir como sancionables no sólo a las

¹⁶⁵ NIETO, Alejandro: “DERECHO...Ob. cit...”; págs. 312-320.

infracciones de la ley, sino a las infracciones del reglamento, lo cual permite una apertura indefinida de los supuestos ilícitos administrativos, ya que cualquier conducta exigida por vía reglamentaria que es incumplida por el administrado daría lugar a la sanción que la norma prevé.

*Analizada la situación en la forma que antecede, no puede menos que estimarse que el artículo 52 contempla una **norma en blanco**, esto es, **facultativa en forma total y completa a la Superintendencia para crear el supuesto de hecho constitutivo del acto ilícito y por ello violatoria del principio de tipicidad**, lo cual implica su nulidad por inconstitucionalidad. Así se declara”¹⁶⁶(énfasis añadido).*

Trasluce igualmente de la citada sentencia el supuesto de falta de tipificación producido por la figura de las *normas en blanco*. Esto es la remisión imprecisa y genérica a “*toda infracción a esta ley y a sus reglamentos no castigada expresamente será castigada con...*”, o “*a la violación de cualquier disposición de esta Ley o su Reglamento*”. A través de formulaciones como estas, las cuales son de una parquedad e imprecisión absolutas, se confiere a la Administración una facultad tan amplia que rompe con la certeza y seguridad jurídicas. La norma sancionadora y/o disciplinaria desprovista de un contenido material propio, pero además atributiva de potestades basadas en esa carencia material, son pues las denominadas *normas en blanco*, las cuales son jurídicamente inaceptables.

Estas consideraciones de la Sala Constitucional sobre la remisión residual, en este caso están referidas a *relaciones de sujeción general*, no obstante, no hay ninguna razón para que el razonamiento no sea el mismo en las *relaciones de sujeción especial*.

Ahora bien, la descripción típica hecha por el legislador deberá contener los elementos esenciales que permitan ese grado de certeza, es decir, debe ser *suficiente*. No son de recibo en el ámbito sancionador las *remisiones en blanco* como ya apuntábamos, ni la simple alusión a la denominación de una infracción sin un contenido material propio. Deberá el precepto cumplir con la predeterminación de la conducta calificada como infracción y la sanción que corresponda, debiendo además permitir la conexión o correspondencia entre ambas. La suficiencia en la tipificación implica igualmente que la misma no puede llevarse a términos de *exhaustividad extremos*, de un *casuismo irritante*,

¹⁶⁶ SSC/TSJ N° 1260 de 11-06-2002. Caso: Nulidad del artículo 52 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

ya que un exceso en la descripción del tipo conduciría a una *inoperatividad normativa insuperable*, y con ello a la impunidad del infractor. Nunca habría un acoplamiento o encaje del *hecho* como *fenómeno vital sensible* con el *supuesto de hecho sancionatorio*, siempre habría que cumplir con la exigencia de abarcar todos los elementos del tipo, pero el exceso de estos lo impediría. Esta misma situación se presenta en el Derecho Penal, lo que sería mucho decir respecto al ámbito administrativo, en tanto con mayor razón. En definitiva,

“La suficiencia de la tipificación es, en definitiva una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta...(omissis)...La tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación intelegible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”¹⁶⁷

Esa suficiencia en la tipificación de la infracción implica un equilibrio, es decir, entre la *norma en blanco* y una *norma excesivamente detallada* se impone un equilibrio frágil, delicado. Es el límite entre la licitud o ilicitud de una conducta, lo que depende necesariamente del contenido material legible. Cuando la tipificación se realiza a partir de elementos puramente objetivos y descriptivos, de valor neutro, referidos a cosas materiales, hechos de la naturaleza, acontecimientos, etc., no se presentan mayores problemas; pero, cuando se requiere para la descripción de la conducta, expresiones lingüísticas de cierta ambigüedad, fórmulas normativas valorativas, se introduce entonces en el precepto un margen de apreciación, de arbitrio valorativo del operador jurídico (administrativo o judicial), lo que se conoce como conceptos jurídicos indeterminados, cuyo tratamiento abordamos de seguidas.

3.3.2.2.- Rol de los Conceptos Jurídicos Indeterminados en la Tipificación de Infracciones:

Ahora bien, como hemos visto a lo largo de este estudio, la limitación fundamentalmente humana, para describir absolutamente todos los casos posibles de infracciones y de sus correspondientes sanciones, además de con una exhaustividad

¹⁶⁷ NIETO, Alejandro: “DERECHO...Ob. cit...”; pág. 305.

extrema y absoluta de todos los tipos, es una *cuestión de hecho*, y ha dado lugar a la flexibilización de posiciones rigurosas que impiden la operatividad del sistema jurídico. Aparecen así, no únicamente la *colaboración reglamentaria* a la cual ya nos referimos cuando tratamos el tema de la reserva legal, sino otro tipo de colaboración requerida por el legislador, en este caso, al operador jurídico que aplica el precepto sancionatorio. Colaboración que se traduce en la operación de *determinación* de un concepto formulado por el legislador de un modo impreciso, pero siempre determinable, y además controlable judicialmente.

Entre las manifestaciones más comunes de estos condicionamientos a la exhaustividad en el ámbito de la tipificación de las infracciones administrativas y disciplinarias, están las *limitaciones propias del lenguaje*, específicamente, el *valor semántico del lenguaje jurídico*¹⁶⁸ cuya generalidad se constituye en un verdadero obstáculo, incluso respecto a elementos descriptivos y objetivos del tipo. Estamos hablando de la utilización en la descripción del tipo sancionatorio-disciplinario de *los conceptos jurídicos indeterminados*, como técnica de la que siempre se ha servido la ley, no únicamente para reducir el margen de discrecionalidad, sino para hacer operativa la norma sancionatoria, y que la colaboración del operador jurídico se concrete en la determinación de esa imprecisión que el legislador mismo establece dejando un margen de apreciación al operador, en virtud de que la limitación a la cual hicimos referencia, insistimos, es una *cuestión de hecho*, no es una ficción ni una construcción ideal, esta limitación deriva, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia españolas, de la *naturaleza de las cosas*. Es decir, que cuando la ley alude a “...un ámbito limitado de actuación, perfectamente singularizado, aunque su precisión concreta en cada caso reste imprecisa – [es] porque no se puede hacer de otro modo”¹⁶⁹.

Ejemplos del uso de estos conceptos son: “*la adopción de resoluciones, acuerdos o decisiones que causen graves daños al interés público*”; “*falta de probidad*”; “*conducta*

¹⁶⁸ FRIAS CABALLERO, Jorge: “*TEORIA...Ob. cit...*”; pág. 17.

¹⁶⁹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: “*DEMOCRACIA, JUECES Y CONTROL DE LA ADMINISTRACION*”; pág. 232. THOMSON-CIVITAS, Editorial Aranzandi, S.A.; 5ta edición ampliada, reimpresión, Madrid, 2005. En igual sentido: STCE N°69/1989 de 20 de abril, citada en: NIETO, Alejandro: “*DERECHO...Ob. cit...*”; págs. 309 y 310.

inmoral en el trabajo”; “*acto lesivo al buen nombre o a los intereses del órgano o ente de la Administración Pública*”; “*perjuicio material severo al patrimonio de la República*”; “*manifestar disgusto o tibieza en el servicio*”; “*no observar las convenciones sociales en lugares públicos*”; “*frecuentar lugares incompatibles con el decoro de la sociedad o con el alto concepto que deben merecerle sus superiores*”; “*ofender la moral y las buenas costumbres por medio de palabras o actos que no sean delictuosos*”; “*participar en actividades sociales y recreativas que provoquen una duda grave y razonable sobre su capacidad para decidir*”; “*proceder con error inexcusable*”. En estas causales, características de las *infracciones disciplinarias*, propias de las *relaciones de sujeción especial*, se observa el uso que de los *conceptos jurídicos indeterminados* se hace.

Podemos inferir entonces que el grado de precisión en la tipificación de las infracciones dependerá en cada caso de circunstancias distintas, lo que influye indudablemente en el uso de estos conceptos por el legislador, quien debe cuidar que además de que los mismos sean determinables, también puedan ser controlados por el juez. Así, aquellos juicios que comporten *juicios de valor* ofrecen un gran margen a la Administración para la determinación y pocas posibilidades de control por los tribunales. En este sentido, dice García de Enterría que:

“Aquí procede establecer, con todo, una distinción, según que los conceptos jurídicos indeterminados sean conceptos de experiencia o conceptos de valor; respecto de los primeros, que se ventilan en la apreciación de los hechos, la competencia de control del juez es limitada; los segundos, que no se controlan exclusivamente por la apreciación de los hechos, sino que implican juicios de valor, que pueden ser técnicos (<<impacto ambiental>>) o políticos (<<interés público>>, <<utilidad pública>>), proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción de favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y de criterios políticos que, en la práctica, sólo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad pueden ser positivamente demostrados, pueden ser controlados por el juez...”¹⁷⁰

Las técnicas para la determinación de estos conceptos son, en primer lugar, la técnica de *la unidad de solución justa* en la aplicación del concepto a una circunstancia

¹⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo: “DEMOCRACIA...Ob. cit...”; págs. 149 y 150.

concreta¹⁷¹; y, en segundo término, la técnica de los halos o zonas de certeza¹⁷², en el caso de conceptos con un ámbito de determinación más amplio, es decir, cuando el margen de apreciación de la Administración es mayor. La determinación de estos conceptos es una actividad reglada, aun cuando en su determinación o precisión haya, dependiendo de la estructura del mismo, un cierto arbitrio. No obstante, como dijimos, hay una clase dentro de estos conceptos llamados “*supuestos límite*”¹⁷³, de muy difícil control judicial una vez que se han valorado y precisado en un sentido determinado; v.gr.: “*la idoneidad*”. El legislador debe cuidarse de no establecer en la tipificación de las infracciones ni de las circunstancias que permiten la graduación de la sanción, esta clase de conceptos, que restaría posibilidades al ciudadano y limitaría su derecho a una tutela judicial efectiva.

Ahora bien, independientemente de la técnica empleada para la precisión o determinación del concepto, el operador jurídico, Administración o juez, deberá motivar, razonar y justificar suficientemente en su decisión cómo precisó o integró ese concepto con los elementos objetivos del hecho bruto, del hecho como fenómeno vital sensible, y así garantizar el control jurisdiccional de esa decisión.

Igualmente, la utilización de los *conceptos jurídicos indeterminados* en el *reglamento que ya está colaborando con la ley* en el ámbito sancionatorio-disciplinario, ensancharía en mucho el margen de apreciación y aumentaría, dependiendo del caso concreto, el poder de la Administración en la fase aplicativa de la tipificación. No obstante, que la operación de fijación del concepto es una operación reglada, pensamos que la *colaboración* en estos términos dependerá del caso concreto.

Otra cosa es que en el *reglamento* se defina el *concepto jurídico indeterminado* que la ley ha establecido. La *colaboración reglamentaria* perfectamente podría consistir en

¹⁷¹ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo: “*LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER*”; pág. 40. Cuaderno Civitas, 3ra edición, reimpresión, Madrid, 2004.

¹⁷² MOZO SEOANE, Antonio: “*LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1982*”; págs. 253-254. CASSAGNE, Juan Carlos: “*El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*”; págs. 184-186.

¹⁷³ MOZO SEOANE, Antonio: “*LA DISCRECIONALIDAD...Ob. cit...*”; págs. 254 y sgts. En el mismo sentido: LARENZ, Karl: “*METODOLOGIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO*”; pág. 289. Editorial Ariel, S.A., 1ra edición, Barcelona, España, 1994. Traducción: Marcelino Rodríguez Molinero, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

precisar estos conceptos sin traspasar los límites propios del principio de separación de poderes, en el sentido de que no es función de la Administración precisamente la interpretación del ordenamiento jurídico, lo que a todas luces corresponderá a los Jueces. La simple definición del *concepto jurídico indeterminado* en el *reglamento* comporta que cada vez que la Administración aplica el concepto deberá ceñirse estrictamente a esa definición previa reglamentaria. Ahora bien, en cuanto a la interpretación definitiva del *concepto jurídico indeterminado*, se introduce el tema de si los Jueces están vinculados a la interpretación que de estos conceptos realice la Administración, o si por el contrario pueden apartarse de ella, sobre todo atendiendo a las demás circunstancias del caso concreto. La simple precisión reglamentaria del concepto no arrojaría mayores dudas, pero si la fijación del concepto pasa por *la interpretación*, a nuestro juicio, los Jueces no quedarían vinculados a la misma, por supuesto dependiendo de la valoración las demás circunstancias concretas.

3.3.2.3.- Correlación entre Sanción e Infracción. Atribución de la Sanción:

Como dijimos ya, las sanciones también pertenecen a la reserva legal, y además, desde la óptica de la garantía material o mandato de tipificación, el legislador debe establecerlas de modo preciso en la ley. Aquí, la colaboración que podría prestar la Administración es sumamente reducida. En Venezuela, por ejemplo: la *unidad tributaria (U.T.)* que es un concepto económico o elemento técnico establecido en las leyes a través del cual se trata de actualizar y corregir las bases de cálculo de tributos, sanciones tales como multas, etc., depreciadas anualmente por la inflación. Esta es reajustada anualmente por la Administración tributaria. Ahora, la sanción no puede establecerla el reglamentista, la misma debe estar formulada en términos precisos en la ley.

Ahora bien, para la aplicación de la sanción, debe establecerse igualmente en ley formal, la correlación entre la *infracción* y la *sanción*. En el Derecho Administrativo Sancionador y el Disciplinario se han desarrollado como técnica una *diversidad de estructuras normativas* que hacen que la aplicación de la ley en estos ámbitos del Derecho

Público sea distinta a la estructura normativa del Derecho Penal. Esta última consiste en que la sanción se atribuye directa e individualmente al supuesto de hecho. Esta estructura también puede estar presente en el ámbito sancionatorio, sin embargo, no es lo más común. En el Derecho Administrativo Sancionador y en el Derecho Disciplinario la tipificación se hace por remisión y la atribución de la sanción es genérica, debiendo el operador jurídico mediante el ejercicio de la discrecionalidad y de la proporcionalidad establecer la correlación entre la sanción y la infracción.

Por lo general, se agrupan en bloque tanto las infracciones como las sanciones. Se catalogan las infracciones según su gravedad (*muy graves, graves y leves*), y se establecen los grupos de sanciones para cada una de estas categorías. Para la correlación *infracción-sanción*, que permita precisamente la atribución de la sanción a la infracción, deben establecerse en la ley los elementos que permitan operar con algún grado de objetividad el principio de proporcionalidad. Estos son: las circunstancias atenuantes y agravantes. La proporcionalidad como idea de tendencia al equilibrio e igualdad¹⁷⁴, ha sido tratada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con el siguiente tenor:

“...ya que el empleo de ésta [potestad administrativa], sin lugar a dudas, deberá realizarse atendiendo a la debida proporcionalidad que como bien lo ha referido parte de la doctrina <<...es la fisonomía que adopta la ponderación cuando se trata de resolver casos concretos y no de ordenar en abstracto una jerarquía de bienes...>>,...(omissis)...Específicamente, conviene traer a colación el tema de la proporcionalidad en sentido estricto que ‘...supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho...’...”¹⁷⁵.

Igualmente, entra en juego en este tipo de estructura normativa, en cuanto al establecimiento de la correlación entre infracciones y sanciones la *potestad discrecional* de la Administración. Véase que hablamos de *potestad* y no de la discrecionalidad como

¹⁷⁴ “Llámase proporción la expresión de la igualdad de dos razones”, definición aritmética dada en: BRUÑO, G. M.: “ARITMETICA. CURSO SUPERIOR, CON CALCULO MENTAL Y PARTE COMERCIAL”; 10ma edición, Librería Mundial, Caracas, 1960.

¹⁷⁵ SSPA/TSJ N° 00151 de 13-02-2008. Caso: Astrazeneca, C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para la Salud.

atributo de la Administración. Lo que quiere decir que *la ley debe conferir la potestad* al operador jurídico con un *margen de apreciación* para una actuación concreta¹⁷⁶ cuya extensión deberá fijar la propia ley¹⁷⁷. En este caso para correlacionar las sanciones con las infracciones, es decir, de poder escoger la sanción a aplicar en el caso concreto, por lo que creemos que en el ámbito sancionatorio opera el elemento *quid*¹⁷⁸, lo que comporta que la opción seleccionada sea la sanción que debe atribuirse a la infracción, apreciando las distintas opciones que la ley ha establecido. No puede el operador jurídico decidir si sanciona o no (*an*) ya que no puede escogerse si se ejerce una potestad o no; tampoco cual es la modalidad de la sanción que se va a aplicar (*quomodo*) ya que la modalidad de sanción la establece el legislador, precisamente ya hemos dicho que esto es materia reservada a la ley; ni puede escoger cuándo va a aplicarla (*quando*) sencillamente porque la ley no le confiere esa opción. La potestad discrecional se manifiesta en este caso de selección de opciones como:

*“...la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente...”*¹⁷⁹.

Si la ley atribuye la potestad a la Administración para que aprecie y escoja una entre todas las opciones de sanción establecidas, ésta *discrecionalmente* atribuirá la sanción a la infracción, sin soslayar la proporcionalidad y razonabilidad que debe acompañar el ejercicio de las potestades discrecionales¹⁸⁰. En este sentido, dice Nieto que en el ejercicio

¹⁷⁶ PEÑA SOLIS, José: “MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Adaptado a la Constitución de 1999”; págs. 711 y 712. Volumen Primero, 4ta reimpresión, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004. En el mismo sentido: FRAGA PITALUGA, Luis: “LA INCOMPETENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO”; págs. 16 y sgts. 2da edición, FUNEDA, Caracas, 2007. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón: “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. I”; págs. 449 y sgts. THOMSON-CIVITAS, duodécima edición, 2004. LINDE PANIAGUA, Enrique: “FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos”; págs. 271 y sgts. 3ra edición, UNED-COLEX Editorial, Madrid, 2011.

¹⁷⁷ PEÑA SOLIS, José: “MANUAL...Ob. cit...”; pág. 740 y 741.

¹⁷⁸ Ídem.

¹⁷⁹ DESDENTADO DAROCA, Eva: “Los problemas del control de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)”; pág. 22. Cuadernos Cívitas, 1ra edición, Editorial CIVITAS, S.A., Madrid, 1997.

¹⁸⁰ BREWER-CARIAS, Allan Randolph: “PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”; págs. 469 y sgts. Editorial Jurídica Venezolana, Colección estudios jurídicos n° 6, Caracas, 2008.

de la potestad sancionadora la Administración ejerce la facultad discrecional en la selección de la sanción a aplicar cuando la ley no lo hace:

“...la discrecionalidad aplicativa es el complemento imprescindible de la proporcionalidad ya que cuando la ley no atribuye automáticamente una sanción concreta a una infracción, se pone en marcha la facultad discrecional de la Administración...”.

Es cierto que *la discrecionalidad y la proporcionalidad* se complementan, esto es una expresión pues, de que en el derecho administrativo no hay una actividad absolutamente reglada ni absolutamente discrecional, siempre predomina uno de los dos elementos en la actuación, pero también se conserva un reducto del otro.

Lo que sí observamos es que cuando la ley no establece los instrumentos para operar el principio de proporcionalidad, esto es, las circunstancias atenuantes y agravantes, la misma operatividad o funcionamiento del principio de proporcionalidad se hace discrecional, y el operador jurídico, por lo general actúa con absoluta discrecionalidad. Es decir, no tener los parámetros objetivos y operativos de la proporcionalidad equivale en la práctica al ejercicio discrecional en la selección de una sanción dentro del elenco de las que establece la ley, para poder aplicarla a la infracción. Y no queremos decir con esto que estos elementos que permiten operar la proporcionalidad mecanicen la actividad de la Administración. Pero sí creemos que la certeza y la seguridad jurídica deben privilegiarse en ese sentido, ya que se puede conocer las infracciones y las sanciones, sin embargo, y queremos referirnos al caso de las circunstancias agravantes, ¿cómo se torna negativa la situación jurídica de un ciudadano en aplicación de una circunstancia agravante que no está prevista en la ley?, ¿cómo apreciar la gravedad o levedad de una conducta sin parámetros objetivos que de alguna manera señalen cual es la sanción que cabe aplicar?, en definitiva, ¿cómo funciona el principio de proporcionalidad sin los instrumentos o mecanismos que permiten al operador jurídico ponerlo en marcha? ¿Esto es proporcionalidad o discrecionalidad o arbitrariedad?

Creemos que ante el silencio de la ley, si no se atribuye a la Administración expresamente la potestad para actuar discrecionalmente, debe entenderse que entra en juego el principio de proporcionalidad, a través del cual se gradúa según las circunstancias

atenuantes y agravantes la aplicación correlativa de la sanción a la infracción. Si la ley omite las atenuantes y agravantes y no hace referencia alguna al principio de proporcionalidad, debe entenderse que hay una remisión implícita al principio de proporcionalidad, no puede entenderse ese silencio de la ley como la atribución de discrecionalidad ilimitada. La formulación de estas circunstancias que tornan operativa la proporcionalidad, generalmente, se hace a través de *conceptos jurídicos indeterminados*, tales como “*la entidad del ilícito cometido*” o “*la gravedad de la irregularidad cometida*”, entre otros. En este caso la actividad de la Administración de correlacionar la sanción con la infracción es reglada. En este sentido la Sala Constitucional ha establecido:

*“...la discrecionalidad de la Administración sólo es admitida en la esfera del ejercicio de la potestad sancionatoria para determinar la gravedad de los hechos a los fines de la sanción, y siempre sometido a las reglas de racionalidad y proporcionalidad. No abarca la discrecionalidad; en consecuencia, la posibilidad de tipificar el hecho ilícito, ni de desprender de una circunstancia determinados efectos en relación con los sujetos sometidos a un ordenamiento en el cual no exista una relación fija de supremacía especial. En consecuencia, importa destacar que la facultad genérica otorgada a la administración mediante una norma que la autoriza a establecer caso por caso los elementos constitutivos de un ilícito sancionable, configura lo que se denomina **norma en blanco**, situación ésta, que ha sido objeto del total rechazo por parte de la jurisprudencia...”¹⁸¹ (énfasis añadido).*

Igualmente, el legislador puede agrupar las *infracciones* y las *sanciones* bajo una sanción determinada, caso en el cual, el operador jurídico se limitaría a subsumir el hecho bruto en el supuesto de hecho, v.gr.: *el sistema del régimen disciplinario establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública.*

¹⁸¹ SSC/TSJ N° 1260 de 11.06-2002. Caso: Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

3.3.3.- Nullum crimen nulla poena sine lege stricta: Prohibición de la Analogía y de la Interpretación Extensiva.

3.3.3.1. Prohibición de la Analogía y de Interpretación Extensiva:

Si no es jurídicamente aceptable una cláusula general de remisión residual o implícita, ni una norma en blanco por ir más allá del mandato de tipificación que la Constitución dirige, en principio al legislador, y en segundo término, en el ámbito aplicativo, a la Administración, es lógico pensar, que en el Derecho Administrativo Sancionatorio-Disciplinario no haya lugar al recurso de la analogía como fuente de derecho para crear *infracciones y sanciones* que la ley no contempla, es decir, a la analogía *in peius o en perjuicio* del ciudadano. Igualmente si está prohibida la extensión analógica de las infracciones y de las sanciones, también lo estará la interpretación extensiva de infracciones y de sanciones a situaciones no previstas en la ley

Las técnicas hermenéuticas a las que nos referimos en este aparte proceden para colmar las lagunas o vacíos que tiene toda ley, en virtud, de que no puede preverse toda situación ni describir con absoluta exhaustividad las que ya están previstas, tal como hemos visto. De modo que dentro de los recursos que el Derecho proporciona para colmar o llenar esos vacíos, ya que la ley puede tener vacíos, pero el Derecho no los tiene, en virtud de la plenitud hermética del mismo, están la analogía y la interpretación extensiva.

En el caso de la analogía, se regula una situación concreta no prevista expresamente en la ley, aplicándole la regulación propia o solución que la ley prevé para un hecho o situación semejante o análoga que sí está prevista en la ley, es decir, el intérprete estaría creando una nueva norma para regular el caso no previsto. Este mecanismo interpretativo no puede utilizarse como se dijo, para crear nuevos ilícitos administrativos ni las sanciones correspondientes a esas infracciones. Ahora, en cuanto a la aplicación de la analogía *in melius o en beneficio*, no existe una posición clara.

Cuando hablamos de interpretación extensiva, ya no involucra únicamente la actividad del operador jurídico, es decir, ya no estamos únicamente en el nivel aplicativo, sino en el legislativo. Para que pueda interpretarse extensivamente una norma, esta debe dar la pauta o establecer la fórmula para que el intérprete extienda el texto de la ley a casos no previstos expresamente en ella, pero que “...por la letra de ésta [la ley], encaja en su espíritu y finalidad”¹⁸² : v.gr.: “y de otros semejantes”, “cualquier otro medio adecuado”, “situaciones de la misma entidad”, etc., son fórmulas utilizadas por el legislador para que el operador jurídico extienda la letra de la ley, es decir, el legislador le abre la puerta al intérprete, a diferencia de la analogía, en la cual la ley no dice absolutamente nada.

En ambos casos, nuestra posición es que tanto la analogía *in melius* como la interpretación extensiva por supuesto también en beneficio del ciudadano, podrían tener aplicación en el ámbito sancionatorio. Por ejemplo, si el Código Penal permite la interpretación extensiva en materia de atenuantes, que impide que en la graduación proporcional que tiene lugar cuando se opta por una de las sanciones en el ámbito administrativo, pueda interpretarse extensivamente una norma que beneficia a ciudadano que va a ser sancionado tornando activa su situación jurídica, y sobre todo en materia disciplinaria, donde tienen lugar principios como el del *fin correctivo de la sanción* y el de *la preservación del funcionario público*¹⁸³. Nada obsta para que cuando se legisle en el ámbito de las llamadas *relaciones de sujeción especial*, en materia de atenuantes se abriera esta posibilidad.

4.- RELACIONES DE SUJECION ESPECIAL Y DERECHO DISCIPLINARIO:

Como hemos expuesto a lo largo de este estudio, las *relaciones de sujeción especial*, desde su conceptualización en Alemania con el advenimiento de la Monarquía Constitucional a partir de 1870, hasta la fecha, *sigue siendo una noción sumamente difusa*

¹⁸² JALVO, Belén Marina: “EL REGIMEN DISCIPLINARIO...Ob. cit...”; pág. 171.

¹⁸³ CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: “ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DISCIPLINARIO PUBLICO EN VENEZUELA”; en “DERECHO DISCIPLINARIO INTERNACIONAL”; Tomo I, pág. 158. Coordinadoras: Martha Lucía Bautista Cely y Raquel días Da Silveira. Confederación Internacional de Derecho Disciplinario – Editora Fórum.

y perfectamente oscura, que ha tenido como objeto mantener bajo el control del poder ejecutivo a ciertos grupos de ciudadanos (en principio súbditos) que tradicionalmente se han considerado como de esta categoría a partir de 1870 (presos, militares, funcionarios y estudiantes), fundamentalmente tras la tesis de Laband y Jellinek, que explicaban mediante ella, en principio, el tema del principio de jerarquía, y posteriormente, por Otto Mayer, quien la utilizó para diferenciar el acto administrativo de la instrucción interna, con el objeto negar el control judicial sobre esta última que era el instrumento mediante el cual se imponía la sanción disciplinaria al funcionario. No obstante, también se sostenía ese control fundamentalmente sobre estos mismos grupos con anterioridad, sin que se les diera el tratamiento de relaciones de sujeción especial, justificándose entonces ese control a través de otros mecanismos fundamentados básicamente en razones políticas y de fuerza, con el objeto de asegurar el ejercicio del Poder del Estado para el Monarca y su descendencia. La vigencia de la figura de relaciones de sujeción especial se ha mantenido en vigor con la Constitución de Weimar de 1919 y, con la Ley Fundamental de Bonn de 1949; y, aunque la doctrina alemana, tras la reunión de profesores de Derecho Público alemanes en 1956, trató de llegar a un consenso sobre esta categoría de relaciones en virtud de su oscuridad y ambigüedad, lo cierto es que cada uno de los juristas que intervino tenía una posición distinta.

El principio de legalidad sancionatorio y sus garantías jurídicas: *la reserva legal y el mandato de tipificación*, han sido desde entonces víctimas de la *relación de sujeción especial*. Lo propio ha ocurrido con la garantía del *non bis in idem*, con el respeto a los Derechos Fundamentales y con el control judicial de las medidas disciplinarias. Por ello se ha dicho no sin razón que las *relaciones de sujeción especial* son *un bastión del absolutismo en el Estado Constitucional*. No existe una formulación lo suficientemente clara que pueda abarcar todos los casos que bajo esta categoría puedan ser comprendidos; estos casos son diametralmente distintos entre unos y otros. Lo mismo ha ocurrido en España, país del que nosotros en Venezuela hemos adoptado esta figura, y respecto a la cual hay fuertes reservas en la doctrina. En este sentido, se ha dicho lo siguiente:

“...Tanto la vaguedad conceptual sobre la determinación de la RleS [relaciones de sujeción especial], así como la diferencia de las opiniones en torno a las figuras jurídicas que deberían ser referidas a la RleS, disparidad ésta que surge en cualquier estudio que sobre esta materia

se haga, se explican por el gran número de relaciones que al principio fueron considerados como RleS...(omissis)...Y así, se pudo decir que <<la relación entre el orden de los Derechos Fundamentales y ciertas situaciones jurídico públicas es perfectamente oscura>>...(omissis)...Hay conceptos en que, dada la indeterminación de la situación de hecho a la que se confieren, no pueden ser definidos; cualquier definición de RleS será siempre insuficiente y, por tanto inútil. La ciencia del derecho como ciencia conceptual es una ciencia de definir: se acota de la realidad una situación de hecho y se la califica...(omissis)...Sin embargo, en el caso de la RleS hay que desistir, y esto tanto por la gran diferencia que existe entre las figuras jurídicas que se comprenden bajo dicho concepto, como por el hecho de ser la RleS una institución que se desarrolló un poco al margen, careciendo de la consiguiente investigación científica que la hubiere acuñado con el debido rigor. Y esto tiene como consecuencia que en el fondo cualquier definición dependerá del libre arbitrio de cada autor... ”¹⁸⁴.

Como puede observarse, ni siquiera respecto a las categorías clásicas: *presos, militares, funcionarios públicos y estudiantes*, es posible construir una definición que satisfaga a cada uno de estos grupos. En este sentido es importante resaltar que en toda relación jurídica hay presentes por lo menos dos elementos: la relación y la norma jurídica. Ninguno de estos elementos debe tener más peso que el otro, ninguno puede considerarse por encima del otro elemento. La ecuación relacional en el caso de las *relaciones de sujeción especial* parece que tiene más peso que la norma jurídica. Es decir, bastaría la existencia de esta *relación de sujeción especial* para que se considere legítima la violación de derechos fundamentales por el desconocimiento de garantías jurídicas de aquellos ciudadanos vinculados al Estado por formar parte del sustrato personal-funcionario de las estructuras públicas. Esta forma de concebir la relación jurídica, a partir de la preponderancia de la ecuación relacional sobre el derecho no tiene justificación alguna en un Estado democrático y social de Derecho. El Derecho es el elemento que le da un contenido a esa relación, precisamente un contenido armónico con el respeto a los derechos fundamentales y a su progresividad.

Ahora bien, es evidente que las potestades que ejerce la Administración en cada uno de estos ámbitos tendrán distintas intensidades, tal como ya explicáramos. Pero los caracteres que permitirían incluso construir medianamente una definición no tienen

¹⁸⁴ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: “RELACIONES DE SUJECION...Ob. cit...”; págs. 14, 16 y 24.

aplicación en todos los casos. Dentro de las notas características que la doctrina le ha asignado a las *relaciones de sujeción especial*, podemos citar las siguientes: i) *la integración efectiva y duradera del ciudadano a la organización administrativa*; ii) *la sujeción comporta un grado intenso de dependencia del ciudadano con la organización, de la cual surgen deberes y obligaciones a cargo de aquel*; iii) *las órdenes que recibe el ciudadano vinculado no emanan ni tienen por qué emanar de la ley*; iv) *la reserva legal no opera en las relaciones de sujeción especial; o, se admite su “matización”*; v) *las medidas de intervención disciplinaria no son revisables en sede jurisdiccional*; vi) *el ciudadano está bajo un estado de libertad limitada*; vii) *imposibilidad de establecer a priori la intensidad necesaria de las intervenciones coactivas en la esfera de derechos subjetivos del ciudadano afectado*; viii) *que el ciudadano que se vincula voluntariamente a la organización administrativa acepta todos estos condicionamientos restrictivos y su sometimiento a la organización (volenti non fit injuria)*; ix) *la relación de sujeción especial encuentra su justificación en un determinado fin administrativo, e igualmente, en la eficiencia y productividad de la Administración; etc..* Revisemos cada una de estas notas de acuerdo a los grupos que tradicionalmente comprenden a las *relaciones de sujeción especial*.

- i) *la integración efectiva y duradera del ciudadano a la organización administrativa*: Esto pudiera decirse respecto al funcionariado y los militares, pero los reclusos no necesariamente forman parte de la organización administrativa. Han ingresado a un establecimiento penitenciario reducidos por la fuerza pública, y están sometidos a un régimen disciplinario administrativo de una importante intensidad, por causas que nada tienen que ver con la organización administrativa. Régimen disciplinario que tiene una finalidad específica dentro de un Estado de Derecho, cual es la corrección del ciudadano reducido a esta situación, respetando siempre sus derechos fundamentales. El concesionario tampoco forma parte de la estructura administrativa del Estado y no tiene por qué ser incluido en esta categoría relacional. Su vínculo con el Estado es contractual, ciertamente, de Derecho Público, pero no está integrado a la Administración, *ergo*, no está sujeto a una *relación de especial sujeción*.
- ii) *La sujeción comporta un grado intenso de dependencia del ciudadano con la organización, de la cual surgen deberes y obligaciones a cargo de aquel*: el

grado de intensidad de la sujeción, es decir, la intensidad con la que la Administración incide en la esfera de derechos del ciudadano afectado en virtud de las potestades que la ley le atribuye, no es igual en todos los casos; *v.gr.*: la intensidad de las potestades de inspección ejercitadas por la Administración penitenciaria en vista de la requisita practicada en una penitenciaría no puede ser la misma, que aquella que ejercita el director de un liceo público cuando cita a los representantes de algún alumno por un problema de conducta o cuando suspende al alumno por tres días. Igualmente, el deber de un militar que está protegiendo la frontera no es igual al deber que tiene el funcionario público de cumplir un horario de trabajo. Las intensidades fluctúan desde lo más bajo hasta lo más alto.

- iii) *Las órdenes que recibe el ciudadano vinculado no emanan ni tienen por qué emanar de la ley*: Esta característica en un Estado democrático y social de derecho como el venezolano es inaceptable. El artículo 141 de la Constitución de 1999 expresamente dice que la Administración sirve al ciudadano con sujeción plena a la ley y al derecho. Esta sujeción a la ley y al derecho no tiene por qué soslayarse en el caso de quienes forman parte de la estructura administrativa del Estado, todo lo contrario, toda la actividad administrativa está fundamentalmente sujeta a la ley, por eso los actos de la Administración son de rango sub-legal, además de privar en ella el principio de la vinculación positiva a la ley. La actividad administrativa disciplinaria emana de ley formal (infracciones, sanciones y correlación entre ambas) y no de actos de naturaleza sub-legal.
- iv) *La reserva legal no opera en las relaciones de sujeción especial; o, se admite su “matización”*: como hemos visto, la reserva de ley en el ámbito disciplinario es la garantía formal derivada del principio de legalidad sancionatorio (art. 49, 6 constitucional; art. 10 LOPA; y, art. 88 LOAP), y si se admite la “matización” de esta garantía en el ámbito disciplinario, sería únicamente, en el reducido espacio que el ordenamiento jurídico deja a la *colaboración reglamentaria*, sin que en ningún caso se puedan establecer infracciones ni sanciones ni la correlación entre unas y otras en un reglamento.

- v) *Las medidas de intervención disciplinaria no son revisables en sede judicial:* Hoy es inconcebible una proposición de esta naturaleza en virtud de la universalidad del control jurisdiccional sobre la actividad administrativa (art. 8 LOJCA), y en definitiva de la preeminencia de los derechos fundamentales y de su progresividad (art. 19 Constitución de 1999).
- vi) *El ciudadano está bajo un estado de libertad limitada o restringida bajo la relación de sujeción especial:* La libertad general del ciudadano en virtud del Ordenamiento General del Estado tiene limitaciones, esto es así en cualquier parte del mundo. Sin embargo, quien está sujeto a las potestades disciplinarias que la Administración ejerce en estos ámbitos, sufre una limitación al ejercicio sus de derechos, igual que las sufre cualquier otra persona sujeta a un régimen distinto al de la sujeción especial. Un recluso no goza del ejercicio de su libertad personal, en virtud de una sentencia firme condenatoria en sede penal, la cual restringe legítimamente ese derecho, pero tiene derecho a la vida y a no ser sometido a torturas ni a tratos infamantes; puede ver a sus familiares, pero cuando hay visitas, este también es un derecho restringido legítimamente por la condena. El régimen penitenciario, incluido el disciplinario, es aplicable a partir de la situación jurídica derivada de la condena y no como parte de ella. Pero la libertad del funcionario público que labora en un ministerio o en una alcaldía no es distinta a la libertad del empleado de un banco o el de una fábrica de zapatos. Tampoco a la del estudiante es diferente, ni a la del profesor universitario. En la empresa privada también hay limitaciones de orden disciplinario. La restricción al ejercicio de los derechos dependerá del ámbito material determinante a su vez del régimen disciplinario aplicable. De modo que este argumento a nuestro juicio no puede sostenerse.
- vii) *Imposibilidad de establecer a priori la intensidad necesaria de las intervenciones coactivas en la esfera de derechos subjetivos del ciudadano afectado:* La intensidad de la intervención es la misma que confiere la potestad conferida por la ley. Si la potestad como poder juridificado, que de un lado habilita a la Administración a ejercer ese poder y en virtud de ello incidir en la esfera de derechos subjetivos del ciudadano limitando su ejercicio, y del otro,

fija los linderos de esa intervención, ya está fijando la intensidad de la misma. La cual además deberá ejercerse con sujeción plena a la ley y al derecho (art. 141 constitucional). Esta intensidad variará según los casos. Insistimos, no es igual la situación jurídica de un recluso que la situación jurídica de un estudiante de bachillerato.

- viii) *Que el ciudadano que se vincula voluntariamente a la organización administrativa acepta todos estos condicionamientos restrictivos y su sometimiento a la organización (volenti non fit injuria):* Este es un argumento que no puede sostenerse, hoy por hoy, racionalmente. Primero no todo ciudadano se vincula voluntariamente a uno de estos grupos. Nadie va a la cárcel voluntariamente. Cuando el servicio militar era obligatorio muy pocos se presentaban voluntariamente y existía *la recluta*. Ahora bien, quienes se vinculan voluntariamente por una relación de empleo público o a una institución educativa, no abdican de sus derechos. Como dijimos arriba, la libertad del funcionario público que presta sus servicios en una alcaldía es la misma que la de un empleado bancario. El establecimiento de una relación jurídica de quien se incorpora a las estructuras administrativas del Estado con ese Estado, no comporta la renuncia o abdicación de los derechos y garantías de ese ciudadano.
- ix) *La relación de sujeción especial encuentra su justificación en un determinado fin administrativo, e igualmente, en la eficiencia y productividad de la Administración:* La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos¹⁸⁵, es decir, sirve con objetividad a los intereses generales¹⁸⁶. Este es en definitiva el título justificativo de la actuación administrativa. En Venezuela, desde 1970 existe la carrera administrativa y un régimen disciplinario de los funcionarios públicos establecido en leyes formales: Ley de Carrera Administrativa publicada en la G.O. N° 1.428 Extraordinario de 4 de septiembre de 1970, modificada en 1975, en la cual se estableció el régimen disciplinario del funcionario público con sus infracciones y sanciones. Actualmente, se conserva el régimen disciplinario del funcionario público, con algunas

¹⁸⁵ Artículo 141 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

¹⁸⁶ Artículo 103, 1 Constitución de España de 1978.

diferencias respecto al régimen anterior, pero sigue establecido igualmente en ley formal: la Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en la G.O. N° 37.522 de 6 de septiembre de 2002. Nos preguntamos: ¿Era más eficiente la Administración Pública antes de 1970 en virtud del trato arbitrario que se le daba al funcionario público? ¿Se puede hablar de relación de sujeción especial si se respeta el principio de legalidad sancionatorio y sus garantías, los derechos fundamentales y el control jurisdiccional de la Administración por sus actuaciones internas en el ámbito disciplinario? Pareciera que este concepto fuese un refugio o coartada para soslayar las garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio, la garantía del non bis in ídem, los derechos fundamentales y evitar el control jurisdiccional de la Administración; incluso respecto a actividades privadas que nada tienen que hacer con la organización Administrativa, es decir, que no están integradas de forma permanente a ella. Por lo menos históricamente ha sido así.

Como puede observarse, si sólo nos limitamos a los grupos clásicos comprendidos en la *relación de sujeción especial*, de las características citadas resulta harto difícil formular una definición satisfactoria, que pueda aplicarse por igual a los cuatro grupos citados. Lo único que podríamos decir es que las potestades que la Administración ejerce en el ámbito interno de su organización no pueden ser ejercitadas sobre el ciudadano que no esté vinculado a ella en uno de los casos que tradicionalmente se han considerado como de *sujeción especial*, es decir, los reclusos, los militares, los funcionarios y los estudiantes; lo cual no implica que quienes estén relacionados con la Administración por un vínculo de esta naturaleza sufran una *capitis diminutio* respecto a los demás ciudadanos, o no en todos los casos, y además causada en la relación de sujeción.

En los casos de mayor intensidad de la sujeción: *reclusos, militares y policías*, habría que distinguir, en principio, que el recluso está en esa situación involuntariamente, como dijimos nadie va a la cárcel por sus propios pasos. Los militares y los funcionarios policiales también están sujetos intensamente a sus respectivas organizaciones, sin embargo, voluntariamente, a diferencia del caso anterior. Ahora bien, la situación del

recluso que es la de mayor intensidad respecto a los demás casos se debe a que una sentencia emanada de un tribunal penal, *legítimamente*, impone una pena que comporta una *capitis diminutio* de sus derechos más preciados, no obstante, esta disminución no obedece a la *relación de sujeción*, por el contrario está es consecuencia de la sentencia proferida en sede penal. Las potestades disciplinarias que la Administración ejerce en estos casos tienen que ser las correspondientes a la situación jurídica de quienes se encuentran en esa situación.

Es evidente que quien ingresa a una institución militar o policial se somete al régimen disciplinario de estas organizaciones, que lógicamente comporta limitaciones al ejercicio de algunos derechos respecto a otros ciudadanos no vinculados a aquellas, sin que ello sea el fundamento del desconocimiento de los derechos ni las garantías que protegen a estos ciudadanos en sus respectivos ámbitos, es decir, no nos referimos al *volenti non fit injuria*. Pero también se somete a un régimen disciplinario intenso y a limitaciones bastante rigurosas al ejercicio de sus derechos quien ingresa a un monasterio o a un convento, sin que se desconozcan sus derechos fundamentales ni las garantías correspondientes. Y así, podríamos seguir comparando, al funcionario público con el empleado bancario. Al estudiante de un establecimiento educativo público y al estudiante de uno privado. Nunca encontraríamos el punto que se ajuste a una definición de *relación de sujeción especial*, sobre todo para justificar y sostener que las garantías jurídicas, corolarios del principio de legalidad sancionatorio (art. 49, 6 CRBV), no tienen vigencia plena cuando se trata de un ciudadano vinculado al Estado en cualquiera de estas formas a las que nos hemos referido.

Como ya apuntamos, lo único que podríamos decir es que la Administración ejerce dentro de su organización potestades que no puede ejercer sobre ciudadanos que no estén vinculados con esa organización de forma permanente, y que además sirve como criterio para diferenciar, como se ha hecho hasta ahora, el Derecho Administrativo Sancionatorio y el Derecho Disciplinario. No obstante, el Derecho Disciplinario público no se agota en la actividad administrativa, también los Tribunales Disciplinarios ejercen esta potestad pero judicializada sobre los jueces (art. 267 CRBV). Ahora, habría que ver si de acuerdo a las previsiones constitucionales, los jueces y magistrados del Poder Judicial estarían sujetos a

una *relación de sujeción especial*. En efecto, la Constitución de 1999 establece en el artículo 253 que,

“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se impone en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado...”

Esta declaración del constituyente tiene implicaciones importantes respecto a la función jurisdiccional que constituye la potestad que constitucionalmente es atribuida a *los jueces*. Pero además dice expresamente que esta potestad *emana del ciudadano*. En este sentido, dice el Profesor Antonio Canova que:

“Los jueces, en efecto, no son funcionarios del Estado. Son la más clara expresión de sus iguales, los ciudadanos, quienes son los que hacen el Derecho que constituye el único medio válido para autolimitar su libertad y, por ende, el parámetro para el juzgamiento de sus actuaciones.

Si el Derecho no contiene la voluntad del Estado, y mucho menos la de la Administración Pública, sino la de los propios ciudadanos, considerados como un todo, los jueces se elevan, entonces, en portavoces de sus con-ciudadanos, en la viva expresión de ese Derecho.

El que su potestad emane del pueblo es una consecuencia inmediata de que el Derecho que aplican, igualmente, es producto del pueblo...(omissis)...

...Los jueces, como expresión de los ciudadanos y del Derecho por éstos elaborado, y nunca como agentes del Estado, gozan entonces de total autonomía e independencia de los demás poderes estatales y están en capacidad para juzgar a éstos en tanto se les endilguen transgresiones a la normativa aplicable en su proceder, tutelando los derechos de sus iguales [los ciudadanos] que sean menoscabados antijurídicamente...”¹⁸⁷

Obviamente, *si los jueces se deben más al Derecho y a sus pares que al Estado*, si cuando ejercen la potestad que la Constitución les confiere, la cual además *proviene de sus iguales*, lo hacen como *expresión de los éstos y del Derecho por ellos elaborado*, entonces

¹⁸⁷ CANOVA GONZALEZ, Antonio: *“LA REALIDAD DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*; págs. 116 y 117. FUNEDA, Caracas, 2009.

nos preguntamos: ¿La organización judicial implica que los jueces que la conforman están sujetos a una *relación de sujeción especial*? El principio de jerarquía de la Administración no está presente en la organización judicial en cuanto el ejercicio de la función jurisdiccional. Ahora, desde el punto de vista administrativo, desde la óptica de la organización administrativa de la judicatura es evidente que si está presente la jerarquía, no obstante, este vínculo no debe influir en el ámbito jurisdiccional o administración de justicia. Los jueces son autónomos e independientes cuando deciden, o deberían serlo. Ahora, además, hay una parcela del Derecho Disciplinario judicializada y jurisdiccionalizada, cual es precisamente la Jurisdicción Disciplinaria Judicial (art. 267 CRBV).

Particularmente, asumo que no existe una *relación de sujeción especial* en el ámbito judicial, y mucho menos para que se utilice como coartada para desconocer o soslayar los derechos de quienes ejercen esa función esencial al Estado de Derecho, para entonces influir en ella y satisfacer así intereses políticos y económicos, abriendo las puertas a la arbitrariedad y a la utilización instrumental e interesada del Poder Judicial, tal como ha ocurrido durante la “*transición del Poder Público y la reestructuración del Poder Judicial*” que duró más de diez años, en la cual órganos sin anclaje constitucional ni legal, tales como la *comisión judicial*, han destituido un gran número de jueces, no siempre observando las garantías y derechos de éstos¹⁸⁸; asimismo, se han suspendido los concursos públicos para acceder a la judicatura y se ha reducido significativamente el número de jueces titulares en detrimento de la carrera judicial en menoscabo de la administración de justicia al desaparecer o mermar la independencia y autonomía judiciales.

Concluimos entonces, como citáramos arriba, que el concepto de *relaciones de sujeción especial* sigue siendo un concepto perfectamente oscuro, movedizo y ambiguo, cuya indeterminación lo hace en extremo maleable y por consiguiente, extensible a cualquier situación, con el propósito final de controlar *ad libitum*, sin intervención de las

¹⁸⁸ Sobre el tema consultar: CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: “DERECHO DISCIPLINARIO JUDICIAL”; Colección Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela N° 4. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002. LOUZA SCOGNAMIGLIO, Laura: “LA REVOLUCIÓN JUDICIAL EN VENEZUELA”; FUNEDA, Caracas, 2011. DUQUE CORREDOR, Román J.: “Los poderes del Juez y el control de la actividad judicial”; Academia de Ciencias Políticas y sociales. Serie Estudios N° 72. Caracas, 2008. CHAVERO GAZDIK, Rafael J.: “LA JUSTICIA REVOLUCIONARIA. Una década de Reestructuración (o Involución) Judicial en Venezuela”; Editorial Aequitas, C.A., Caracas, 2011.

otras ramas del Poder Público¹⁸⁹, ciertos sectores que puedan ser de interés para quienes coyunturalmente ejerzan el Poder Ejecutivo del Estado. El desconocimiento de derechos fundamentales y sus garantías no son sino, como hemos dicho, un instrumento, el efugio o coartada para alcanzar ese fin: *el control del Poder*. Por ello, afirmamos al inicio de este que las *relaciones de sujeción especial* son un verdadero *caballo de Troya en un Estado social y democrático de Derecho*.

La disciplina, recurso indispensable dentro la cualquier organización, y que se manifiesta en el ámbito público con distintas intensidades y matices, puede ser considerada perfectamente, sin que la misma sirva al propósito mencionado en el párrafo anterior. Hay un *Derecho Disciplinario Público* que encuentra su fundamento igual que el *Derecho Administrativo Sancionatorio* en la Constitución (art. 49, 6), y cuya construcción dogmática en Venezuela está todavía gestándose. Obviamente hay diferencias respecto al ámbito sancionatorio, no obstante, también hay mucho en común. En principio, ambas expresiones son Derecho Administrativo. Y decimos en principio, porque como señalamos ya, la Constitución de 1999 creó una Jurisdicción Disciplinaria Judicial (art. 267). Ahora, hay en Venezuela, una parcela del Derecho Disciplinario judicializada¹⁹⁰. Lo que consideramos que abona en dirección a la independencia del *Derecho Disciplinario* como un Derecho autónomo y en la construcción de una dogmática jurídica del mismo.

El fundamento de todo Derecho es la Constitución. Particularmente, no creo en las *relaciones de sujeción especial* como fundamento de nada. Como vimos sólo han servido para desconocer las garantías y derechos del ciudadano. Ahora, esta es una cuestión de Derecho positivo. Hay países en los cuales esta figura es reconocida. Creo que el *ius puniendi* del Estado fundamenta tanto al Derecho Disciplinario público igual como fundamenta al Derecho Administrativo Sancionador, e igualmente fundamenta el poder

¹⁸⁹ Fundamentalmente de los Poderes *Legislativo*, que comporta la *representación popular* en un *Estado democrático*, y del *Judicial*, que en un *Estado de Derecho* debe ejercer el *control jurídico más importante*, el *control jurisdiccional del Gobierno y la Administración*, y *consecuentemente proteger al ciudadano frente a ese Poder*, que debe ejercerse con sujeción plena a la ley y al derecho, y es precisamente ese control jurisdiccional la garantía de sujeción del Poder al Derecho.

¹⁹⁰ Ver al respecto: CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: *“DERECHO DISCIPLINARIO JUDICIAL”*; págs. 67 y sgts. Colección Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela N° 4. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

punitivo de los tribunales, es decir, el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario Judicial. Y, respecto a este último, ya no puede decirse que deriva de potestades de auto-ordenación, o no únicamente, ya que es expresión igualmente del *ius puniendi* del Estado. No obstante, en esto nadie tiene la última palabra, y por consiguiente, tal como apuntamos la construcción de una *dogmática del Derecho Disciplinario* es una tarea todavía pendiente en Venezuela, que está todavía en una fase de incipiente.

III.-LAS RELACIONES DE GENERAL Y DE ESPECIAL SUJECION EN VENEZUELA. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. POSICION DOCTRINARIA. PERSPECTIVAS:

1.- LAS RELACIONES DE SUJECION ESPECIAL EN LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA VENEZOLANA:

En Venezuela la jurisprudencia adoptó del Derecho español la distinción entre *relaciones de sujeción, generales y especiales*. En distintas oportunidades se han pronunciado los Tribunales venezolanos sobre las *relaciones de sujeción especial*. En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA), en sentencia del 28 de enero de 1986, se refirió a las *relaciones de sujeción especial*, reiterando el criterio sentado por la misma Corte en sentencias de 20 de mayo y 28 de septiembre de 1985, cuando diferenció las potestades disciplinarias de los Colegios de Abogados con la potestad sancionadora reconocida a los jueces, en orden a justificar la aplicación de sanciones distintas por los mismos hechos, esto es, se introduce jurisprudencialmente el concepto de *relaciones de sujeción especial* para soslayar la garantía del *non bis in ídem*¹⁹¹, en los siguientes términos:

¹⁹¹ Entonces esta garantía estaba establecida en el numeral octavo del artículo 60 de la Constitución de 1961 como sigue: “La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia: Primero: ...*(omissis)*...octavo: Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hecho en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente;...”. Igualmente, la garantía *non bis in ídem* ya estaba prevista y está vigente todavía en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, en el numeral 7 del artículo 14, así: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”; y en el número 4 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con el siguiente tenor: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no

“El ejercicio de la **potestad sancionadora administrativa de carácter correctivo** que se reconoce a los jueces para impedir que el incumplimiento de los deberes administrativos que la Ley impone a los particulares frente a los Jueces y Tribunales, degeneren en hechos más graves que afecten a la Administración de Justicia, no excluye en absoluto el ejercicio, por parte de los **órganos disciplinarios de los Colegios de Abogados, de la potestad disciplinaria que a ellos reconoce la Ley especial**, sobre sus afiliados, cuando se trate específicamente de infracciones a sus disposiciones, a las normas de ética profesional, las resoluciones y acuerdos que dicten las Asambleas y demás órganos y organismos profesionales, así como de las ofensas inferidas a los miembros de la judicatura, abogados o representantes de las partes; del abandono de la causa, negligencia manifiesta en la defensa asumida, cohecho, ejercicio ilegal de la profesión y la violación del secreto profesional, salvo que ocurra para evitar o denunciar la perpetración de un hecho punible (artículo 61 de la Ley de Abogados).

Resulta clara la distinción entre ambas potestades, la que ejerce el Juez dirigida a proteger y garantizar en primer término la integridad de la investidura judicial y del ejercicio mismo de la función judicial, y la que ejerce el órgano disciplinario de corporación gremial, para sancionar a las personas que están en **una relación de sujeción especial con ella, por infracciones a la disciplina interna, por la que se rige dicha relación...**(omissis)...

Con el reconocimiento de la potestad del Juez, se protege un interés colectivo, general, **con la potestad sancionatoria de la agrupación gremial, el orden interno, doméstico, ella busca la propia protección** más que la de otros fines sociales generales y sus efectos sólo se producen sobre quienes están directamente relacionados con su organización y funcionamiento. Se impone así a cuantos están afiliados a ella el respeto a una disciplina que la institución administrativa debe garantizar a través del uso de un poder de represión que le es inherente, como a toda institución. Sobre esta base puede señalarse que **en materia de sanciones correctivas disciplinarias a ser aplicadas a los profesionales de la abogacía** por sus actuaciones ante los órganos jurisdiccionales, **es perfectamente factible la acumulación de las sanciones aplicadas por el Juez y las que imponga, de ser el caso, el órgano disciplinario de la respectiva corporación.** En efecto, si las sanciones que los Tribunales Disciplinarios de los Colegios de Abogados imponen a sus afiliados surgen de **la relación de supremacía especial** suponen una reacción en el ámbito de dicha relación, las sanciones correctivas que puede aplicar el Juez, parten de la **situación de supremacía general poder público-ciudadano** que presuponen, como se ha dicho, una infracción de orden general.

podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Actualmente la garantía non bis in ídem está consagrada en la Constitución de 1999 en los siguientes términos: “Artículo 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1.-... (omissis)... 7.- Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente...”.

En otras palabras, un mismo hecho es simultáneamente una infracción, aunque por fuerza deferente, para dos diversos ordenamientos, de modo que la reacción separada de éstos resulta también diferente, la sanción impuesta en uno de ellos no reduplica la del otro, por virtud de esa diferencia de ámbito, ni impide, tampoco, que en uno de ellos se sancione la infracción y, en el otro no, en virtud de la libre facultad de apreciación que ostentan en la calificación de los hechos (artículo 117 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 63 de la Ley de Abogados).

Lo antedicho justifica la diferente regulación que en materia correctivo-disciplinaria contemplan la Ley Orgánica del Poder Judicial, por una parte, y la Ley de Abogados, por la otra, así como el deber que se impone al Juez de hacer la denuncia de la infracción, en caso de reincidencia, precisamente ante el Tribunal Disciplinario de Colegio de Abogados de la jurisdicción”¹⁹²(énfasis y subrayado añadido).

Como puede observarse del fragmento de la citada sentencia, es la ley la que confiere esa potestad disciplinaria a las corporaciones gremiales, y con ella sanciona a las quienes están vinculados a dicha corporación por *una relación de sujeción especial*, por infracciones a la disciplina interna por la cual se rige. Claramente trata al ámbito donde se aplica la disciplina como *doméstico*. Y diferencia claramente el ámbito de las relaciones de sujeción general del ámbito de las de relación especial, pero denominándolas *relaciones de supremacía especial y relaciones de supremacía general*, nombre utilizado por la doctrina italiana para designar las *relaciones de sujeción especial y general*.

Posteriormente, el año 1994 tuvo lugar en Venezuela una de las crisis financieras de mayor gravedad de las que haya conocido en el país. En este contexto, con ocasión de los conflictos que lógicamente tendrían que producirse respecto a esa crisis, hubo varias sentencias tanto de la CPCA como de la SPA de la entonces Corte Suprema de Justicia (CSJ), que aclararon la *confusión producida* entre las *relaciones especiales de sujeción* y la figura de los *ordenamientos sectoriales*¹⁹³. Así, en sentencia de ese mismo año la Sala Político Administrativa sentó el siguiente criterio:

¹⁹² SPCPA Exp. 85-4382 de 28 de enero de 1986. Caso: Héctor Ponds vs. Tribunal Disciplinario de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela. Magistrado Ponente: Armida Quintana Matos.

¹⁹³ Sobre los ordenamientos sectoriales, ver: RONON DE SANSO, Hildegard: “TEORIA GENERAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA”; págs. 86-89, Ediciones LIBER, Caracas, 2000. Este estudio fue publicado originalmente en 1981, e introduce la tesis italiana de los ordenamientos jurídicos en Venezuela. Ver igualmente: PEÑA SOLIS, José: “MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, Volumen Segundo; págs. 31-34,

*“...Otro de los puntos sometidos a la consideración de esta Sala, es el alegato del representante de la Superintendencia de Bancos, de que **no puede existir lesión de la esfera del sujeto que se encuentra en un ordenamiento sectorial**, esto es, en el ámbito de la regulación y control de determinados intereses previamente calificados por el Estado, por su objetivo y finalidad, como integrantes de una esfera particular en la cual, **los intereses tutelados obligan al sometimiento de los sujetos involucrados en los mismos a un régimen especial, en el cual se acentúan las relaciones de jerarquía y subordinación**... (omissis)...*

*...**No puede, por otra parte, asimilarse la relación existente entre los sujetos que se someten a estos ordenamientos particulares, a los vínculos establecidos entre la Administración y sus funcionarios, al punto de pretenderse la aplicación de las exigencias que a estos últimos se les señalan, por cuanto la situación es muy diferente.** En efecto, el funcionario público, respecto a la Administración, no es otra cosa que el instrumento de ésta, ya que es el medio por el cual actúa, y es por tal circunstancia que es posible exigirle, entre otras cosas, la existencia de incompatibilidades muy estrictas; la exclusividad de su prestación; el juramento o responsabilidad moral para el desempeño de su actividad y el más absoluto control sobre el origen, flujo y variación de sus bienes patrimoniales, sobre todo, si se estima que su prestación a la Administración es generalmente con exclusividad, por lo cual no pueden percibir otros emolumentos que lo que la misma les otorga, salvo excepciones expresas (labor docente, derecho de autor). En otros ordenamientos sectoriales, el objetivo que determina su origen también originará exigencias que tienen, sin embargo, distinta naturaleza y carácter a las que están presentes en el nexo Administración-empleado y Poderes Públicos-funcionarios, en general... ”¹⁹⁴ (énfasis y subrayados añadidos)*

Creemos que la confusión entre las dos figuras se genera por un mal entendido en la apreciación de la teoría de los ordenamientos jurídicos. En este sentido la doctrina ha señalado que:

*“En el ámbito de los ordenamientos generales, operan ordenamientos jurídicos menores, **vinculados a los primeros por relaciones especiales.** El punto de partida de estas figuras surge con el estudio de los llamados **fenómenos de supremacía especial.** En efecto, la observación de que en la esfera de la organización estatal se encontraban variados ejemplos de*

Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002. Específicamente, para ver sobre la confusión entre *ordenamientos jurídicos sectoriales y relaciones de sujeción especial*, se recomienda: GRAU FORTUL, Gustavo A.: “Sobre la Correcta Categorización Jurídica de la Actividad Bancaria y las Potestades de la Administración Pública en el Sector (A propósito de la nueva Ley de las Instituciones del Sector Bancario)”, en: “ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO”; págs. 260 y sgts., FUNEDA, Caracas, 2011.

¹⁹⁴ SPA/CSJ N° 785 de 12 de agosto de 1994.

*relaciones existentes entre los poderes públicos y los particulares que el normal ejercicio de la autoridad no justificaba, indujo a considerar a la doctrina publicista que tales fenómenos de supremacía especial, pudieran encontrar una completa y satisfactoria ubicación en la figura del ordenamiento jurídico: Nace así la noción del ordenamiento jurídico especial... ”*¹⁹⁵.

Creemos que estos *fenómenos de supremacía especial* que fungen de punto de partida para la construcción teórica del concepto de *ordenamiento jurídico especial o sectorial*, no se refieren al concepto de *relaciones de sujeción especial* desarrollado por los alemanes, especialmente por Laband, Jellinek y Otto Mayer. Entendemos, que se trata de sectores que ciertamente actúan dentro del ordenamiento general más bajo la idea de que *constituyen una especialidad*, es decir, y guardando las distancias, pareciera un razonamiento análogo al que diferencia *derecho común y derechos especiales*, más que asimilar estos *fenómenos de supremacía especial*, o que estos *ordenamientos jurídicos especiales o sectoriales operan vinculados al ordenamiento general por relaciones especiales de sujeción*. Ciertamente, sectores económicos como la Banca, los Seguros, las Telecomunicaciones, etc., son ordenamientos sectoriales, y se rigen por un *derecho especial* que comporta la intervención administrativa con una intensidad importante, lo que no quiere decir, que la relación entre estos sectores u ordenamientos sectoriales o especiales con el ordenamiento general sean *relaciones de sujeción especial*.

Ya para el año 1997 en una sentencia de la Sala Plena (SP) de la entonces Corte Suprema de Justicia (CSJ) del 13 de febrero de ese año, en el caso de la acción de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad incoada por la Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISION) contra la Resolución N° 327 de fecha 7 de noviembre de 1989 emanada del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones, se vuelve nuevamente sobre el tema de las *relaciones de sujeción especial*.

Esta figura que tomamos los venezolanos del derecho español, y éstos del derecho alemán, respecto a la cual como hemos visto, se produjo entonces una expansión indiscriminada que incluyó como de esa categoría a supuestos que claramente no se corresponden con la naturaleza de una relación especial de sujeción, también en Venezuela ha generado las mismas confusiones. Ahora bien, en la ley de procedimiento administrativo

¹⁹⁵ RONDON DE SANSON, Hildegard: “TEORIA...Ob. cit...”; pág. 89.

española¹⁹⁶, se establece que las disposiciones correspondientes al título de la potestad sancionatoria no se aplican en el ámbito de las *potestades disciplinarias* de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio ni a los contratistas¹⁹⁷; por lo tanto, ambos grupos: funcionarios y contratistas, quedan sujetos a un régimen especial. En este sentido, el criterio que privaba en ese entonces, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español era el de “...*los servicios públicos como el ámbito natural de las relaciones de sujeción especial...*”¹⁹⁸.

En Venezuela, cuando la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Plena dictó la sentencia citada en la cual trata de la figura de las relaciones de sujeción especial, estaban vigentes la Constitución de 1961 y la Ley de Telecomunicaciones de 1940. El artículo 136 ordinal 2° de dicha Constitución establecía que las telecomunicaciones eran *materia de competencia nacional*; el artículo 97 eiusdem contemplaba la figura de la *reserva* de ciertas industrias, explotaciones o servicios de interés público, y la posibilidad del *otorgamiento de concesiones a particulares*; y, en el artículo 1 de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 se contempló que *el establecimiento y explotación de las telecomunicaciones correspondían de forma exclusiva al Estado*, sin embargo, *también se estableció que el Ejecutivo podía otorgar permisos y concesiones a particulares tanto para el establecimiento y explotación, como para el empleo con fines de lucro, de las actividades propias del sector de las telecomunicaciones*. Resumiendo, las telecomunicaciones según el ordenamiento de 1961, era un sector reservado a Estado, es decir, “...*La reserva o publicatio sobre todas las actividades del sector solo se extendía a la titularidad de esas actividades: su gestión, por el contrario, sí podía ser explotada por la iniciativa privada...*”¹⁹⁹, y por lo tanto, los particulares sólo podían intervenir y ejercer las actividades propias de este sector, obteniendo del Estado el título habilitante, que en este caso es la concesión de servicio público. En virtud de esta relación concedente–concesionario, se ha considerado que se

¹⁹⁶ Ley 30/1992: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común; artículo 127 numeral 3. Se recomienda ver comentarios de: NIETO, Alejandro: ob. cit. pág. 232; y, GONZALEZ PEREZ, Jesús; y, GONZALEZ NAVARRO, Francisco: ob. cit. pág. 2510.

¹⁹⁷ LEY DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN (Ley 30/1992, de 26 de noviembre); artículo 127.3

¹⁹⁸ NIETO, Alejandro: ob. cit. pág. 227.

¹⁹⁹ BADELL MADRID, Rafael: “REGIMEN JURIDICO DE LAS CONCESIONES EN VENEZUELA”; pág. 304. © Rafael Badell Madrid. Impreso en Editorial Torino. Caracas, 2002.

establece una relación de sujeción especial, tal como lo estableció la sentencia de la Corte Suprema de justicia arriba citada, relación en la cual, el ámbito de las potestades administrativas es bastante más amplio y la incidencia en la esfera de derechos de los particulares vinculados al Estado por una relación de esta naturaleza, es mucho más intensa que en las relaciones generales de sujeción a las que estamos sometidos todos los ciudadanos.

Particularmente, concebimos que la relación entre el concesionario y el Estado como concedente, sea ciertamente una relación compleja, como la ha caracterizado un sector de la doctrina española. Sin embargo, es una relación contractual de derecho público, y en consecuencia, comporta una serie de prerrogativas y potestades administrativas bastante intensas que a su vez distinguen esta ecuación relacional de la propia de derecho privado; pero no es una *relación de sujeción especial*, ya que el concesionario no forma parte de la estructura del Estado, no está integrado de modo permanente a las estructuras públicas. En este sentido, el tema de la reserva y el contrato de concesión de servicios como título habilitante, ha servido como base para sostener que sí hay una *relación de sujeción especial*. Como dijimos, rechazamos esta posición, que ciertamente se sostiene con el objeto de justificar formas de control que tienden a desconocer las garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio, entre otras.

Como queda dicho, la referida sentencia trata el tema de las *relaciones de sujeción especial, la relajación o matización del principio de legalidad sancionatorio y sus sucedáneos: la reserva legal y el mandato de tipificación* en el marco de la relación que surge con ocasión de la *concesión de servicio público*, en los siguientes términos:

“...en el desarrollo de su actividad, la sociedad mercantil accionante no se desenvuelve respecto a la Administración dentro del marco natural de relaciones ordinarias que se da entre ésta y cualquier administrado, no estando sometida como se ha visto a la simple prevalencia del interés general o colectivo en condiciones de normalidad, generalidad o igualdad, ni sumida a un genérico poder de imperio frente al que puedan ser invocadas –en toda su plenitud y contundencia- garantías como la reserva legal de tipificación que alega vulnerada por las disposiciones que impugna, pues al hacerlo olvida por completo que, muy contrariamente, su condición de concesionario para la prestación de un indiscutible servicio público la coloca en un plano razonablemente distinto, caracterizado por la existencia de una

auténtica relación de sujeción especial frente a la Administración a la que si vinculó voluntariamente al solicitar y obtener la concesión que hoy ejecuta, quedando así sumida en todo un régimen jurídico especial de incidentes potestades de intervención, notablemente más penetrantes que los que pudieran operar frente a un simple particular actuando en su condición ordinaria de ciudadano...(omissis)...

...En consecuencia y atendiendo a la anteriores consideraciones estima esta Corte que, **constituyen normas conformadoras de un régimen jurídico especial, regulador de la prestación por particulares de un servicio público bajo la figura de la concesión o el permiso y, por tanto, propias de la relación de sujeción especial que los vincula a la Administración concedente,** los artículo (sic) 24 de la Ley de telecomunicaciones; 199 y 201 del Reglamento de Radiocomunicaciones; 2 del Decreto N° 1029 y 5 de la Resolución N° 65, y consecuentemente, la Resolución N° 327 que en ella se funda, no pueden estimarse violatorias de la garantía de reserva legal de tipificación contemplada por el artículo 60, ordinal 2° de la Constitución de la República, por lo que resulta improcedente la impugnación que de los mismos hace la accionante por tal motivo, y así se declara...²⁰⁰(énfasis y subrayados añadidos).

Ahora bien, la Corte estimó entonces que en virtud de la *relación de sujeción especial no hubo violación del principio de legalidad sancionatorio ni de las garantías jurídicas que de este principio derivan: la reserva legal ni del mandato de tipificación.* También se puede observar cómo se esgrime el argumento *volenti non fit injuria* (no se comete injusticia contra quien actuó voluntariamente) como justificación de la relación especial de sujeción. Ahora, respecto al principio de legalidad, el problema está en que antes de hacer esta consideración, argumentó la Corte que en las *relaciones generales de sujeción puede matizarse o relajarse el principio de legalidad.* Así dijo la Corte que:

“...en materia de sanciones administrativas rige como principio general el de la exigencia de una reserva legal, en los términos antes expuestos y como garantía general a la libertad dentro del marco de las relaciones ordinarias entre Administración y los administrados, no puede desatenderse la circunstancia de que, aún dentro de dicho régimen general y en esa clase de relaciones existe excepcionalmente la posibilidad de dar cabida o participación a los actos de rango sublegal para que desarrollen una labor de colaboración o complemento de la ley, no obstante tratarse de una materia como la sancionatoria, para la que rige la reserva de ley...(...)...las evidentes razones de orden público antes descritas condicionan precisamente la operatividad de un régimen muy distinto al que rige normalmente para cualquier ciudadano,

²⁰⁰ SSP/TSJ Exp. N° 0429 de 13 de febrero de 1997. Caso: Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (Venevisión). Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas.

régimen destinado a ofrecer plena satisfacción a la necesidad de que el servicio en cuestión y el derecho fundamental a él vinculado –la libre expresión del pensamiento– se presten y ejerzan dentro de los estrictos límites aludidos en el presente fallo justificándose en esa misma medida imprimir una matización en el rigor o grado con que de ordinario opera la exigencia de las garantías contempladas en nuestro ordenamiento al ejercicio de derechos, entre ellas la de reserva legal de tipificación aducida como vulnerada, más aún cuando ya esta posibilidad es admitida sin discusión, aunque excepcionalmente, en el régimen general y dentro del marco de las relaciones ordinarias entre Administración y los administrados, como se dejó establecido al comentar el contenido del artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, conforme al cual se deja abierta la posibilidad para que, justamente en una materia como la sancionatoria sujeta indiscutiblemente a reserva legal, tenga cabida la producción de actos sublegales que desarrollen labores de colaboración o complemento de la ley, claro está, dentro de los límites que ella fije....”²⁰¹ (énfasis y subrayados añadidos).

Vemos en este fragmento de la sentencia citada que se admite la relajación de la reserva legal en el régimen sancionatorio general, propio de las relaciones generales de sujeción, situación que puede entenderse hoy de dos formas: i) la distinción entre relaciones generales y especiales de sujeción deja de tener sentido, y añadimos nosotros, sencillamente desaparece. Al respecto, el profesor José Peña Solís²⁰², refiriéndose a otra sentencia también en el marco de las relaciones generales de sujeción, manifiesta que si en estas relaciones cabe la matización o relajación de las garantías jurídicas requeridas constitucionalmente, qué queda entonces para las relaciones de especial sujeción, hasta donde podría reducirse o matizarse la reserva legal sin suprimirla, en tanto en las relaciones generales se admite la “matización” de las garantías jurídicas.

Prácticamente la distinción entre relaciones generales y especiales de sujeción, según el criterio citado, repetimos, desaparece porque deja de tener sentido, ya que según la concepción tradicional, *la diferencia fundamentalmente práctica entre los dos tipos de relación es precisamente el problema de la matización o relajación de las garantías jurídicas, formal y material*; ii) sin embargo, podría colegirse igualmente de la sentencia

²⁰¹ Sentencia CSJ/SP de 13 de febrero de 1997, expediente N° 0429, Magistrado Ponente: Dra. Josefina Calcaño de Temeltas; caso: Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (Venevisión) contra la Resolución N° 327 de fecha 7 de noviembre de 1989 emanada del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

²⁰² PEÑA SOLIS, José: “LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA VENEZOLANA”; pág. 150. Colección de Estudios Jurídicos N° 10. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela, 2005.

comentada, que de la equiparación de ambos tipos de relación, la general y la especial, en virtud de que en ambas hay una disminución de las garantías jurídicas que protegen al ciudadano, la distinción sólo tendría lugar respecto a la identificación de grupos específicos de ciudadanos que quedan sujetos a una relación de especial sujeción, y en consecuencia, sometidos a potestades administrativas propias de un régimen jurídico especial, caso en el cual, se mantendría la violación del principio de legalidad sancionatorio en el ámbito general y en el disciplinario.

Sin embargo, creemos que ese no era el propósito de la sentencia comentada, por el contrario, parece que al aducir que en las relaciones generales de sujeción pueden matizarse la reserva legal y el mandato de tipificación, fue para justificar y apoyar el argumento de que entonces lo propio podía hacerse en las relaciones especiales. Este criterio se ha venido repitiendo de forma constante en la jurisprudencia del máximo tribunal de la República.

En este sentido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado como sigue:

*“...En lo que corresponde al principio de legalidad y su vinculación con la potestad sancionatoria en materia administrativa, el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que los entes u órganos con potestad en el ejercicio de la función administrativa no pueden aplicar su potestad coercitiva sin fundamento en normas de rango legal. Este principio establece una doble connotación: por un lado, impone el deber para el Estado de legislar en materia sancionatoria, como restricción o delimitación de los derechos constitucionales; y, por el otro comporta una garantía para la ciudadanía de que solamente tendrán comprometida su responsabilidad cuando así se encuentre prevista legalmente. (...) **En el ámbito administrativo, los principios aludidos exigen que las actividades sancionatoria y disciplinaria estén sujetas al marco de la legalidad; sin embargo, es de destacar que la legalidad no detenta la misma rigurosidad en la materia penal que en la materia administrativa.** (...) En materia administrativa y específicamente, en el régimen sancionatorio, el principio de legalidad no puede entenderse de manera absoluta, considerando a la ley como el único medio llamado a establecer de forma exhaustiva los tipos y las sanciones correspondientes al marco regulatorio...”²⁰³.*

²⁰³ Sent. SC/TSJ, Exp.-03-0296, de 18-06-2009; caso: Corpomedios GV Inversiones, C.A., (GLOBOVISION) y RCTV, C.A.. Demanda de nulidad de artículos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y de Decretos Presidenciales contentivos de Reglamentos en la materia.

Vemos pues, que la Sala Constitucional igualmente admite que tanto en el régimen sancionatorio como en el disciplinario, puede operar la llamada “matización” del principio de legalidad sancionatorio.

En el mismo sentido, la Sala Político Administrativa, en sentencia N° 01184 de 24-11-2010, caso: RCTV INTERNACIONAL CORP., sin referirse a ningún tipo de relación, lo que ubica a esta empresa en el ámbito de las relaciones generales de sujeción, en virtud de la liberalización de las telecomunicaciones que tuvo lugar con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 12-06-2000 (lo mismo se aplica a la sentencia anterior de la Sala Constitucional), estableció que:

*“...a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, el Directorio de Responsabilidad Social...(...)...tiene, en efecto, entre sus atribuciones las de: discutir y aprobar las normas técnicas derivadas de esa ley...(...)...y **establecer e imponer las sanciones a que haya lugar** de conformidad con el citado instrumento legal...(...)...esta Sala ha dejado sentado en anteriores oportunidades, atendiendo a la necesidad de la Administración de contar con mecanismos coercitivos para cumplir sus fines y a la constante evolución de la actividad administrativa, que resulta viable que el legislador faculte a la Administración para que dicte reglas y normas reguladoras de la función administrativa, que le permita tener cierta libertad de acción en el cumplimiento de sus funciones propias...(...)...**En tal sentido, se ha dispuesto que existe la posibilidad de dar cabida o participación a los actos de rango sublegal para que desarrollen una labor de colaboración o complemento de la Ley, no obstante tratarse de una materia sancionatoria.** En el marco de esa doctrina, no puede esta Sala acoger el alegato de presunción de violación de **la reserva legal** sin extralimitarse del examen que permite el conocimiento de una solicitud de naturaleza cautelar. Así se declara...”*

En este fallo la SPA/TSJ admite la relajación o matización de la reserva legal, siendo que estamos en el ámbito de las relaciones generales de sujeción, entonces, insistimos, que quedaría a las relaciones especiales de sujeción. Se equipararían ambas categorías o simplemente quedaría sin ningún sentido la distinción. Adicionalmente, traslucen del fragmento de la sentencia citada, en primer lugar, que la ley habilita a la Administración para **establecer e imponer las sanciones**. La misma Administración tiene potestades para **establecer e imponer sanciones!**, es decir, que la Administración se despacha y ella misma se da el vuelta. Esta postura jurisprudencial es francamente

inconstitucional, por violar el artículo 49 numeral 6 de la Constitución de 1999, que establece precisamente, como hemos citado varias veces, el principio de legalidad sancionatorio y sus corolarios: la reserva legal y el mandato de tipificación, en los siguientes términos: *“El debido proceso se aplicará a **todas las actuaciones judiciales y administrativas**; en consecuencia: (...) 6.- Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”*.

En segundo lugar, es cierto que en materias técnicas puede haber una remisión al reglamentista, ya que la tecnología y la ciencia avanzan vertiginosamente, y la ley no puede seguirles el paso, no obstante, esta remisión deberá contar con una previsión legal que no dependa esencialmente del reglamento para su aplicación. Ahora bien, en materia sancionatoria y disciplinaria necesaria e inexorablemente debe cumplirse con el principio de legalidad sancionatorio, la reserva legal y el mandato de tipificación, la ley no debe remitir al reglamentista la potestad de *establecer* y al mismo tiempo *imponer* sanciones. Como vimos los términos de la colaboración del reglamento en este ámbito es muy reducida.

El otro punto al que vamos a referirnos es al del alcance de la noción relaciones de especial sujeción, y para ello vamos a citar otro fragmento del fallo de la Sala Constitucional arriba citado (caso: Corpomedios GV Inversiones, C.A.), también en materia de telecomunicaciones, por lo que estamos, como se dijo, en el ámbito de las relaciones generales de sujeción:

“...La importancia de ciertos sectores económicos para el desarrollo de país y las actividades que despliegan es la que permite la implementación de ordenamientos especiales que establezcan la posibilidad de tipificar modalidades de regulación normativa que sean más efectivas que las modalidades tradicionales y que abarquen, en relación a la eficacia que se requiere por la seguridad jurídica, la completa ordenación de las áreas en que se desenvuelven los operadores. (...) Esto permite, como ha ocurrido en el supuesto de lo que se ha entendido como ordenamientos jurídicos sectoriales, que pueda haber una amplitud por razones del interés público que extienda la modalidad de los medios sobre los cuales el Estado establece sus regulaciones y directrices normativas sobre ciertas áreas, teniendo una mayor libertad en la manera como implementa los mecanismos de normativización. (...) Muestra de lo anterior se encuentra determinada precisamente en la modalidad bajo la cual la Ley de

Telecomunicaciones complementó su marco regulador mediante remisiones reglamentarias, ...(...)...dándose una modificación de la vinculación que puede tener la Administración con el resto de los administrados, a cambio de lo que se conoce como relaciones de sujeción especial, siendo viable que se permitan cambios en la regulación” ...(...)...Sobre el particular, esta Sala reitera la posición expuesta en su decisión por la otrora Corte Suprema de Justicia en Pleno cuando refirió, con fundamento en la especialidad de la norma inclinada hacia los ordenamientos jurídicos sectoriales y su correlación con las relaciones de sujeción especial, que puedan suscitarse entre la Administración y un grupo de particulares relacionados en un área determinada, que por razones de necesidad de control y de seguridad jurídica se establezcan marcos de regulación que delimiten el ámbito de la actividad a desarrollar...” (énfasis y subrayados añadidos).

El ejercicio de actividades privadas no debe confundirse con actividades que se desarrollan en el marco de las relaciones de sujeción especial, esto es:

“...en el caso de actividades privadas –sean absolutamente libres, sean de las llamadas reglamentadas- no puede ni debe hablarse de relación especial de sujeción, sino de relación general, más o menos vigilada, intervenida o controlada. Y desde luego, la sanción por incumplimiento de actividades reglamentadas se impone en el ejercicio de potestades correctivas y no de potestades disciplinarias”²⁰⁴.

Como puede observarse, con ésta sentencia estamos de regreso a la confusión que se generó en 1994 con ocasión de la crisis financiera, y que la Sala Político Administrativa en la citada sentencia N° 785 de 12 de agosto de 1994 había resuelto, estableciendo claramente la diferencia entre ordenamientos sectoriales y relaciones generales de sujeción.

Esta confusión sigue privando en la actualidad, por ello actividades constitutivas de ordenamientos sectoriales terminan asimilándose a *las relaciones de especial sujeción*, debido a la “matización” de la reserva legal en el régimen general sancionatorio, es decir, que,

“...consentir un debilitamiento de la reserva de ley dentro de los ordenamientos sectoriales, equivale a llegar a la misma conclusión que se obtiene con la figura de las relaciones de sujeción especial, precisando que no es simplemente invocando su existencia que se puede sostener el reconocimiento de poderes normativos a favor de los órganos rectores, pues estos

²⁰⁴ GONZALEZ PEREZ, Jesús; y, GONZALEZ NAVARRO, Francisco: Ob. cit. pág. 2511.

dispondrán de tal potestad en la medida en que se las reconozca el ordenamiento jurídico, y <<más concretamente, la ley que los crea>>, a la que corresponde determinar asimismo las materias sobre las cuales les está dado ejercerla”²⁰⁵.

En este mismo sentido, la doctrina ha reafirmado a las *relaciones especiales de sujeción* en el *ámbito público* en los siguientes términos:

*“...dentro del elenco plurisubjetivo de **órganos del Poder Público**, se ha cimentado y solidificado la noción de la **relación especial de sujeción** que impone y preestablece los parámetros conductuales que trazan y delimitan su práctica regular como servidores públicos...”²⁰⁶.*

Es decir, que fuera del ámbito interno de los órganos del Poder Público, y en particular en relación con el régimen disciplinario, es difícil reconocer un tipo de vínculo con las características de las *relaciones de especial sujeción*.

La expansión indiscriminada del ámbito de las *relaciones de especial sujeción* no únicamente abraza al sector de las telecomunicaciones, que tal como se dijo arriba, no consideramos que relación que surge por la concesión de servicio sea una relación de sujeción especial, no obstante ello, ya no existe sobre éste sector la reserva del Estado, por lo que las actividades en el área de las telecomunicaciones pueden ser desarrolladas por particulares en el pleno ejercicio del derecho fundamental de libertad económica, de empresa o libre iniciativa privada, sino que se ha extendido a otros sectores económicos tales como la banca privada. Así se ha establecido en sentencias de la Sala Político Administrativa: Nos. 00569 y 00740, de fechas 06-05-2009 y 21-07-2010, respectivamente (Banco Venezolano de Crédito S.A. y Banesco Banco Universal, C.A.), en las cuales, a través de una fórmula estereotipada se ha dicho lo siguiente:

²⁰⁵ GRAU FORTUL, Gustavo: “SOBRE LA CORRECTA CATEGORIZACION JURIDICA DE LA ACTIVIDAD BANCARIA Y LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SECTOR (A propósito de la nueva Ley de las Instituciones del Sector Bancario); en: “ANALISIS Y COMENTARIOS A LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO”; pág. 258. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011.

²⁰⁶ CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: “AMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DISCIPLINARIO PUBLICO EN VENEZUELA”; en: “DERECHO DISCIPLINARIO INTERNACIONAL. Estudios sobre Formación, Profesionalización, Disciplina, Transparencia, Control y Responsabilidad de la Función Pública”. Tomo I. Pág. 156. Coordinadores: Martha Lucía Bautista Cely (CIDD) y Raquel Dias Da Silveira (CIDD). Confederación Internacional de Derecho Disciplinario – Editorial Forum.

*“De la normativa transcrita, se constata la **sujeción de relación especial** existente entre las entidades bancarias y la **Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras**, ello como consecuencia del **interés general** involucrado en las operaciones desplegadas por dichas instituciones, es decir, la actividad de intermediación financiera ejercida y su incidencia en el ámbito económico del país. **Se trata entonces de un sector fuertemente regulado**, correspondiendo por Ley al referido ente supervisor, la inspección y control de los bancos y otras instituciones financieras, así como la protección de los intereses de los depositantes que utilicen los servicios de dichas entidades. (Ver sentencia de esta Sala N° 1.141 de fecha 08 de agosto de 2007)”*

La sentencia 1.141 de fecha 08 de agosto de 2007 citada por la anterior establece respecto a este punto, que:

“En efecto, el artículo antes transcrito consagra la libertad económica de los particulares como un derecho constitucional, no obstante, dicha libertad como el propio Texto Constitucional prevé, está sometida a los límites señalados en la propia Constitución y la Ley, en este sentido la actividad de intermediación financiera ejercida por los bancos y demás instituciones financieras, por involucrar el interés general dada su incidencia en el ámbito económico del país, se encuentra fuertemente regulada, correspondiendo por Ley a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras la inspección y control de los bancos y otras instituciones financieras, así como la protección de los intereses de los depositantes que utilicen los servicios de dichas entidades”.

Nada dice la citada sentencia sobre *relaciones de sujeción especial*. Esta tendencia se refleja en la nueva Ley de Instituciones del Sector Bancario, que establece en su artículo 8, que el Presidente de la República en Consejo de Ministros, puede acordar directamente la intervención, la liquidación o cualquier otra medida que estime necesaria sobre las instituciones del sector bancario. Al respecto la doctrina venezolana se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“Esta norma crea de facto, una suerte de **relación de sujeción especial** entre las instituciones del sector bancario y el Presidente de la República, quien podrá dictar cualquier medida que estime pertinente. **Se trata de una habilitación amplia e indeterminada, que contradice el concepto de potestad como título cierto y limitado de atribuciones, y desnaturaliza, por ende, la reserva legal sobre el sector. De allí que se trate de una norma contraria al principio de***

*legalidad y a la reserva legal que informa a toda regulación sobre actividades económicas no reservadas al Estado*²⁰⁷ (énfasis añadido).

Ahora bien, es un hecho que el derecho privado se ha visto intensamente influido por el derecho público, y en este sentido la doctrina había tratado el tema de la relación del sector financiero con el Estado, pero, que no al nivel de incidencia del citado artículo 8 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario comentado:

“...el derecho administrativo fue penetrando progresivamente en el campo que era propio del derecho civil o mercantil, con particulares incidencias en la autonomía de la voluntad contractual...(omissis)...

*...la intervención progresiva del Estado en la regulación del régimen de los bancos y otras instituciones financieras y de las empresas de seguro ha hecho del derecho comercial bancario o de seguros, mitad derecho público, mitad derecho privado dado el amplio poder que se ha atribuido a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Seguros en el control de las actividades, y que ha llevado a dichos organismos, en algunos casos a calificar y desnaturalizar contratos como consecuencia de su intervención, lo cual incluso ha sido corregido por la jurisprudencia contencioso-administrativa*²⁰⁸.

Vemos que la intervención de la Administración en este sector, aunque intensa, no comportaba una *relación de sujeción especial*. O por lo menos, de la expresión: “*mitad derecho público, mitad derecho privado*” no necesariamente se colige el reconocimiento del vínculo especial. Actualmente en Venezuela tanto la jurisprudencia como la legislatura se han propuesto extender la figura de las relaciones de especial sujeción a supuestos y situaciones jurídico administrativas que claramente no pertenecen a esta categoría. Esta práctica se desarrolla con el único propósito de soslayar el principio de legalidad y la reserva legal en ámbitos estrictamente privados, para así intervenir *ad libitum* en el ámbito privado sin ningún tipo de límite.

²⁰⁷ HERNANDEZ G., José Ignacio: “LIBERTAD DE EMPRESA Y SECTOR BANCARIO”; en: “ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO”; pág. 187. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011.

²⁰⁸ BREWER-CARIAS, Allan Randolph: “LA INTERAPLICACION DEL DERECHO PUBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO A LA ADMINISTRACION PUBLICA Y EL PROCESO DE HUIDA Y RECUPERACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO”, en “LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA”, *Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo: Allan Randolph Brewer-Carías*, págs. 61 y 62. FUNEDA, Caracas, 1996.

Podemos concluir que la noción de *relaciones de sujeción especial*, sigue siendo confusa, ambigua y oscura. Que las confusiones que se presentan en la jurisprudencia, la falta de solidez para sostener una posición o criterio, provienen, de una parte, de esa misma concepción borrosa o difusa de la misma figura: *relaciones de sujeción especial*, que además se ha presentado tanto en Alemania como en España; y por otra parte, de la utilización de la misma como un *comodín* para salir del brete y justificar lo que no tiene justificación, o por lo menos no en los términos expuestos. Es difícil conseguir una sentencia que trate de *relaciones de sujeción especial* en ámbitos como el penitenciario, el militar o policial, que son precisamente, los emblemas de esta figura en razón de la intensidad del vínculo especial que las mismas comportan. A este punto vamos a referirnos de seguidas.

2.- BREVE REFERENCIA A LOS SUPUESTOS EMBLEMATICOS DE LAS RELACIONES DE SUJECION ESPECIAL: PENADOS. MILITARES. FUNCIONARIOS POLICIALES.

2.1.- EL REGIMEN PENITENCIARIO:

Como hemos venido diciendo a lo largo de este estudio, de los cuatro *colectivos clásicos* que conforman el grupo que tradicionalmente se ha venido incluyendo en la categoría de *relaciones de sujeción especial*, el que corresponde a *los penados*, como los llama la Ley de Régimen Penitenciario, es el que presenta mayor intensidad en el vínculo o sujeción comparativamente como los otros colectivos. En la cárcel están incluidos de algún modo los demás colectivos, en este sentido, Foucault dice que,

“La prisión debe ser un aparato disciplinario exhaustivo. En varios sentidos: debe ocuparse de todos los aspectos del individuo, de su educación física, de su aptitud para el trabajo, de su conducta cotidiana, de su actitud moral, de sus disposiciones; la prisión, mucho más que la escuela, el taller o el ejército, que implican siempre cierta especialización, es <<omnidisciplinaria>>. Además, la prisión no tiene exterior ni vacío; no se interrumpe, excepto una vez acabada totalmente su tarea; su acción sobre el individuo debe ser ininterrumpida: disciplina incesante. En fin, otorga un poder casi total sobre los detenidos; tiene mecanismos internos de represión y de castigo: disciplina despótica. Lleva a límite el más fuerte de todos los procedimientos que se encuentra en los demás dispositivos de disciplina.

Tiene que ser la maquinaria más poderosa para imponer una nueva forma al individuo pervertido; su modo de acción es la coacción de una educación total... ”²⁰⁹.

Este pasaje ciertamente da la idea de la intensidad de las potestades disciplinarias que ejerce la Administración penitenciaria sobre quienes han perdido lo más preciado que tiene un ser humano después de la vida: la libertad.

En Venezuela, la primera Ley de Régimen Penitenciario (LRP) data del año 1961²¹⁰. En la misma se establecieron unas sanciones, y contenía una cláusula que hacía una remisión en blanco al reglamento para que éste estableciera las infracciones, lo que no ocurrió sino hasta 1975, catorce años después, año en el cual el Ejecutivo dictó tanto el Reglamento de la Ley de Régimen Penitenciario²¹¹ (RLRP), y el Reglamento de Internados Judiciales²¹² (RIJ), ambos vigentes a la fecha en que se escriben estas líneas, y en espera de la aprobación del Código Orgánico Penitenciario que no termina de aprobarse y promulgarse, quizá por la madeja de intereses creados en torno a estos “*depósitos de seres humanos*”, como se les ha denominado en Venezuela; quizá, por la irregular situación política por la que atraviesa el país en este momento; quizá por ambas circunstancias.

La LRP ha tenido dos reformas parciales, la primera el año 1981²¹³ y la segunda el año 2000²¹⁴. Esta última es la que está vigente. El régimen disciplinario contenido en la LRP es el mismo de 1961²¹⁵. En el artículo 45 de la LRP vigente se repite la misma fórmula de las dos leyes anteriores:

“Artículo 45. El reglamento determinará las faltas disciplinarias y su correspondencia con las sanciones establecidas en esta Ley, así como también la autoridad que pueda imponerlas y el procedimiento a seguir en cada caso”.

²⁰⁹ FOUCAULT, Michel: *“Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión”*; pág. 271. Siglo XXI editores, S.A., 2da edición, Argentina, 2008.

²¹⁰ Ley de Régimen Penitenciario. *Gaceta Oficial* N° 705 Extraordinaria de 21 de julio de 1961.

²¹¹ Reglamento de la Ley de Régimen Penitenciario. Decreto Ley N° 1.179 de 7 de octubre de 1975. Publicado en *Gaceta Oficial* N° 30.816 de 9 de octubre de 1975.

²¹² Reglamento de Internados Judiciales. *Gaceta Oficial* N° 30.784 de 2 de septiembre de 1975.

²¹³ Ley de Reforma Parcial de la Ley de Régimen Penitenciario. *Gaceta Oficial* N° 2.841 Extraordinaria de 17 de agosto de 1981.

²¹⁴ Ley de Reforma Parcial de la Ley de Régimen Penitenciario. *Gaceta Oficial* N° 36.975 de 19 de junio de 2000.

²¹⁵ Ver: MORAIS, María G.: *“El Sistema Penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera 1958-2008”*; págs. 29 y sigts. Fundación Empresas Polar-Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, 2011.

La LRP es posterior a la Constitución de 1999, que claramente establece en el artículo 49, 6 el principio de legalidad sancionatorio. No puede argüirse siquiera que es una ley preconstitucional y para no producir un vacío se recurre a una técnica de dudosa constitucionalidad, pero que en todo caso justificaría una situación quizá menos grave que producir un vacío normativo. Aunque me temo que la razón es otra: *a nadie le importa*. Pues del precepto transcrito, ejemplo de *norma en blanco*, trasluce claramente que hay tres elementos que son de la reserva legal: *i)* las faltas disciplinarias; *ii)* la correspondencia entre las infracciones disciplinarias y sanciones correspondientes; y, *iii)* el procedimiento. Además, la norma atributiva de competencia a la autoridad que imponga las sanciones también debería estar en la ley. Con esta norma de la LRP y con los RLRP y el RIJ se viola la garantía formal, esto es, la reserva del ley para las infracciones, la correlación con las sanciones y el procedimiento, aunque respecto a este último, ninguno de los reglamentos dice nada.

Tanto la LRP como el RLRP establecen para el régimen penitenciario un sistema de incentivos a través del otorgamiento de premios y la imposición de castigos o sanciones, que tiendan a motivar al recluso a que adopte una buena conducta como parte de su tratamiento de rehabilitación. Así el artículo 51 establece que: *“Además de los beneficios que conceda el desarrollo progresivo de los tratamientos, se establecerán sistemas reglamentados de premios y privilegios que sirvan de incentivo inmediato a la mejor conducta y más favorable evolución del recluso”*. El RLRP establece que *“se podrán establecer sistemas a base de autodisciplina, dentro de los cuales se confíen a los reclusos bajo fiscalización, ciertas actividades o responsabilidades de orden social o cultural”*, también se establecen como recompensa a los reclusos por buena conducta: *i) recibir visitas extraordinarias; ii) intervenir en actos culturales y de recreación; iii) Asistir a actos sociales programados por el establecimiento; iv) mejoramiento en su agrupación dentro del penal, de acuerdo a su progresividad; v) salidas transitorias hasta por cuarenta y ocho horas o cualquier otro beneficio contemplado en la Ley de Régimen Penitenciario*. Pueden los Directivos de establecimientos penitenciarios crear otros beneficios e incentivos adicionales a los establecidos en el RLRP.

Las sanciones disciplinarias que establece la LRP están en el artículo 46 y son del siguiente tenor:

“Artículo 46. Las sanciones disciplinarias son:

- a. Amonestación privada;*
- b. Pérdida total o parcial de beneficios, privilegios y premios reglamentariamente obtenidos;*
- c. Reclusión en la propia celda hasta por treinta días;*
- d. Reclusión en celda de aislamiento hasta por quince días sin que ello implique incomunicación absoluta;*
- e. Ubicación en grupo de tratamiento más riguroso; y,*
- f. El traslado a otro establecimiento.*

Las sanciones a las que se refieren las letras *c* y *d* deben aplicarse bajo estricta vigilancia médica, asimismo, el juez penal de Primera Instancia en funciones de ejecución debe controlar la aplicación de estas sanciones y velar por la integridad de *penado* (art. 47 LRP).

El RLRP establece los deberes de los penados (no los califica como infracciones ni como faltas). En todo caso, en el ámbito administrativo sancionatorio-disciplinario, como vimos, la tipificación por remisión a una norma en la cual se establezcan ciertos deberes cuyo incumplimiento acarrea la puesta en marcha del aparato disciplinario, y la consecuente aplicación de la sanción correspondiente es válida; en este caso la remisión tipificante está en el propio RLRP. Ahora, insistimos, el establecimiento de infracciones por vía sublegal no es jurídicamente aceptable. Estos deberes están previstos en el artículo 44 del RLRP como sigue:

“Artículo 44.- Son deberes de los penados:

- a) Abstenerse de participar en actos contrarios a la disciplina, la seguridad, el orden, la vigilancia y la higiene del establecimiento;*
- b) No retener ni ocultar llaves, ganzúas, clavos, cuerdas, sierras, limas u otros objetos similares, así como tampoco armas, dinero, joyas o valores;*
- c) Permanecer en los sitios permitidos para su circulación; no acercarse a las celdas donde estén reclusos sometidos a sanciones disciplinarias, ni a la cocina, enfermería y talleres sin la previa autorización;*

- d) *Estar siempre decorosamente vestidos;*
- e) *Contestar correctamente a las llamadas u órdenes impartidas y colaborar activamente en su ejecución;*
- f) *Tener limpias y ordenadas las celdas, camas y ropas;*
- g) *Asistir al centro educativo hasta completar la educación obligatoria;*
- h) *Abstenerse de promover ni intervenir en riñas;*
- i) *Obedecer a las autoridades, tanto civiles como militares del penal;*
- j) *Someterse a reconocimiento y tratamiento médico y odontológico;*
- k) *Cuidar y ayudar a mantener en perfecto estado de funcionamiento las instalaciones, instrumentos de trabajo u objetos de uso común;*
- l) *Someterse a los tratamientos señalados por los Servicios Técnicos.*

La norma del reglamento que hace la conexión con la LRP para la aplicación de las sanciones establece igualmente la competencia del Director o Sub-Director para aplicar las sanciones, la cual deberá además, ser ratificada por la Junta de conducta. Esta está conformada por el Director, quien la preside, el Jefe de los Servicios Médicos, el Capellán, el Jefe de Régimen Coordinador, el Trabajador social y el Asesor Jurídico del penal. Las decisiones de la Junta de Conducta se tomarán por mayoría de votos. Respecto a las sanciones, el penado puede apelarlas por ante el juez de ejecución.

Respecto a la garantía de *non bis in ídem* hay una norma muy curiosa en la LRP que establece que,

“artículo 48.- Una misma infracción no podrá ser dos veces sancionada, pero podrá merecer distintas sanciones disciplinarias de ejecución simultánea o sucesivas”.

Bueno, hubiese sido mejor si la Ley no dijese nada al respecto, que haber *“formulado”* la garantía de prohibición de doble juzgamiento y doble sanción por los mismos hechos: *non bis in ídem* de esta forma.

Por otro lado, nada dice el reglamento del procedimiento aplicable en cada caso de establecimiento de una sanción, entonces debería aplicarse el procedimiento ordinario de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no obstante, las carencias del mismo para ser aplicado en los procedimientos sancionatorios²¹⁶. Lo único que se establece al respecto es que si un recluso es sorprendido *in fraganti* en la comisión de una falta, el

²¹⁶ Ver: PEÑA SOLIS, José: *“LA POTESTAD SANCIONADORA...Ob. cit...”*, págs. 434-442.

personal de custodia interior lo ubicará, como medida preventiva, en una celda de aislamiento, luego deberá notificar al Director o al Sub-Director, quienes deberán oír al penado, y luego decidirán sobre la ratificación, modificación o revocatoria de la medida. Aquí no se distingue el tipo de falta, y la reclusión en una celda de aislamiento es una de las sanciones más graves, por lo que debería especificarse que tipos de falta son suficientes para que el personal de custodia interna aplique esta medida preventiva.

Ahora bien, la remisión al artículo 44 del RLRP la hace el artículo 45 eiusdem para completar la tipificación, en los siguientes términos:

“Artículo 45.- El incumplimiento de cualquiera de los deberes a que se contrae el artículo anterior dará lugar a la aplicación, por parte del Director o Sub-Director de cualquiera de las sanciones señaladas en la Ley, la cual deberá ser ratificada en su oportunidad por la Junta de Conducta”.

Como hemos visto, el incumplimiento es el núcleo del tipo, y con la remisión de los dos preceptos se completa la tipificación. Y cuando el precepto dice: “...*dará lugar a la aplicación, por parte del Director o Sub-Director de cualquiera de las sanciones señaladas en la Ley...*”, atribuye la competencia y establece la conexión para que se aplique la sanción, que como vimos no es una pura potestad discrecional como se ha entendido, sino que es aquí cuando entra en juego y cobra mayor importancia el principio de proporcionalidad. Ciertamente, cuando la ley señala que la sanción a aplicar es *cualquiera de las señaladas en la ley*, habilita a la autoridad competente para que elija la sanción, y en esto hay un margen de apreciación que la ley deja a la Administración para que haciendo uso de esta potestad discrecional efectivamente haga esa selección, no obstante, la proporcionalidad es el elemento que permitiría el control posterior de esa apreciación discrecional, es decir, discrecionalidad y proporcionalidad se complementan en esta actividad realizada por la Administración penitenciaria, y a través de la motivación de la decisión o proveimiento que aplica la medida disciplinaria se garantizaría el control jurisdiccional de la misma. Lamentablemente, ni la LRP ni el RLRP establecen los mecanismos operativos de la proporcionalidad: las circunstancias atenuantes y agravantes. Entonces nos preguntamos: ¿Cómo opera la proporcionalidad en estos casos? Si la situación jurídica de un penado se va a tornar negativa por la aplicación de una sanción

muy grave como la de “reclusión en celda de aislamiento hasta por quince días” o la de “traslado a otro establecimiento” lo que implica alejar al penado de su familia, añadiendo además mayor sufrimiento al *recluso* en vista de su condena, ¿Cómo agravar su situación jurídica sin que estén previstas *objetivamente* las circunstancias *agravantes* disciplinarias? ¿Cómo se ejercería el control jurisdiccional sobre esta actividad administrativa de selección de la sanción? ¿Cómo funciona este mecanismo en la realidad? Pues, la realidad penitenciaria venezolana es terrible por decir los menos. En este sentido citamos un fragmento del informe elaborado por el Observatorio de Prisiones en 2007 que basándose en entrevistas hechas a varios reclusos dijo lo siguiente respecto al régimen disciplinario aplicado *de facto* en los establecimientos penitenciarios:

“Las sanciones que se ejecutan, según los encuestados, están en un amplio rango que va desde el maltrato físico y verbal, hasta el psicológico y emocional (aislamiento, traslados forzosos, vejámenes, entre otros), así como la existencia de salas disciplinarias donde se cometen cualquier tipo de abusos, lo que es violatorio, a todas luces, de los Derechos Humanos. Aunque muchos niegan la existencia de salas como tal, sí se tienen lugares que cumplen con las funciones de escarmiento, aunque no como lo establece la ley”²¹⁷.

No obstante ello, el artículo 48 del RLRP establece la ilegalidad de estas prácticas del siguiente modo:

“Artículo 48.- Ninguna corrección disciplinaria podrá consistir en maltrato de palabra u obra ni en otras medidas o actos que ofendan la dignidad personal.

Único: No se considerará maltrato el empleo de la fuerza estrictamente necesaria para someter al recluso en rebeldía, ni la que se precisare para evitar o repeler la agresión a terceros, ni la empleada para evitar actos colectivos de violencia que amenacen la vigilancia y la seguridad del establecimiento”.

La misma norma la establece el RIJ en su artículo 3° aplicable a *los procesados*. El RLRP se aplica a los *penados*, es decir a quienes han sido condenados por sentencia firme en sede penal. El RIJ, se aplica a quienes están siendo procesados privados de libertad. En el RIJ en su artículo 40 se establecen los mismos deberes (infracciones) que establece el RLRP, con la diferencia de que el RIJ, en primer lugar, no tiene una norma de remisión que

²¹⁷ Informe del Observatorio Venezolano de Prisiones 2007: “SITUACION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PROCESALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN VENEZUELA”; pág. 56.

tipifique el incumplimiento de esos deberes como infracción o meritorios de sanción, es decir, estamos ante un caso de *remisión implícita*, total y absolutamente prohibida. En segundo lugar, el numeral 13 del artículo 40 RIJ abre la posibilidad de interpretación extensiva al establecer: “*Los demás que señale el Reglamento interno*”, que como vimos no es de aplicación en el derecho administrativo sancionatorio-disciplinario en tanto *un Reglamento hace la remisión en blanco a otro Reglamento para que siga tipificando infracciones*, lo cual es jurídicamente inaceptable. No obstante estos reparos el RIJ se ha aplicado y se sigue aplicando actualmente. Así, por ejemplo, en sentencia de 12 de diciembre de 1996 en la cual la Sala de Casación Penal declaró sin lugar una acción de amparo en un caso aplicación de la sanción disciplinaria de traslado de un *interno procesado* a otro establecimiento penitenciario se estableció lo siguiente:

“El artículo 44 del Reglamento de Internados Judiciales reza: <<...Ningún recluso podrá ser trasladado de una Circunscripción Judicial a otra sin previa autorización del Tribunal que para el momento esté conociendo de su juicio...>>

Y el artículo 45 del referido Reglamento establece: <<...El traslado del interno a otro establecimiento dentro de la misma Circunscripción Judicial, podrá realizarse a los efectos de la asistencia integral, debiéndose, en todo caso, hacer la participación correspondiente al Tribunal que conoce el juicio respectivo...>>

De las normas transcritas se evidencia que el Juez Segundo de Primera Instancia en lo Penal del Estado Bolívar, al ordenar el traslado del procesado Francisco Javier...de la Cárcel Nacional de Ciudad Bolívar al Centro de Reeducción Agrícola de El Dorado, no lesionó al procesado su derecho constitucional al debido proceso, por cuanto que se encuentra o permanece en la misma Circunscripción Judicial del Tribunal que procesa su juicio.

Por otra parte, la orden de traslado expedida por el Juez de la causa, a solicitud del Director de la Cárcel de Ciudad Bolívar, quien le expuso como fundamento de tal solicitud el hecho de que dicho procesado <<desde que ingresó a este establecimiento penal se ha dado que la tarea de (sic) disturbios, riñas colectivas, trayendo como consecuencia hechos de sangre y no obstante también ha participado en la excavación de túneles>>, es completamente legal; y por último consta también que el ciudadano Director de la Cárcel ordenó el reingreso del procesado Francisco Javier...a la Cárcel Nacional de Ciudad Bolívar, lo cual constituye volver a la situación anterior, sin menoscabo de los derechos del ciudadano Francisco Javier..., y por

lo tanto, lo procedente en este caso es declarar sin lugar el recurso de amparo, como en efecto se declara”²¹⁸.

Ya para finalizar este punto, creemos necesario decir lo siguiente: el problema penitenciario ciertamente no es nuevo. La ausencia del *Estado* en estos establecimientos ha producido situaciones realmente dantescas²¹⁹. Y cuando nos referimos a la *ausencia del Estado* lo hacemos respecto a la falta de aplicación de la Constitución y la Ley en estos establecimientos²²⁰, lo que comporta en primer lugar el *respeto a los derechos fundamentales de penados y procesados*, por un lado, y por el otro, *la presencia de la autoridad del Estado para alcanzar los fines que constitucionalmente se establecieron, cuales son: “El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos”*(artículo 272 CRBV).

Hoy ni siquiera el *precario y caótico ordenamiento penitenciario vigente* puede aplicarse dentro del marco del respeto a los derechos humanos de quienes están privados legítimamente de libertad. En la actualidad el Estado no tiene el control efectivo de los establecimientos penitenciarios. La disciplina interna la imponen los mismos reclusos. Así, por ejemplo, tenemos que: *“Pranes controlan castigos en la cárcel de Margarita. En Margarita los Pranes controlan las celdas de castigo”*²²¹; *“Con circuito cerrado se deciden los castigos en cárcel de La Pica. En La Pica castigan a <<quien se lo merezca>>”*²²²; *“Yare: Pran obligó a 60 presos a coserse la boca”*²²³; *“Recluso muere a tiros en Rodeo I por violar normas internas”*²²⁴; *“<<Tarifas carcelarias>> aumentan 20% durante época decembrina”*²²⁵; *“Espiral armamentista en las cárceles”*²²⁶. Aquí las normas internas son las que imponen los mismos reclusos. El personal de custodia interna no ingresa a interior de los penales. El régimen disciplinario establecido en la LRP y en los

²¹⁸ SSCP/CSJ del 12 de diciembre de 1996. Exp. N° 64-95. Magistrado Ponente: Luis Palís Rauseo.

²¹⁹ El Universal, 27 de enero de 2013, 4-12: *reseña como grandes masacres en penales del país: Retén de Catia (1992); Sabaneta (1994); La Planta (1996); Vista Hermosa (2003); Uribana (2004/2007); Santa Ana (2010); y, Tocarón (2010).*

²²⁰ El Nacional, domingo 26 de agosto de 2012; Ciudadanos, pág. 8: *“La matanza en Yare I desnuda incumplimiento de deberes del Estado”.*

²²¹ El Universal, sábado 2 de junio de 2012, 3-12.

²²² El Universal, viernes 8 de junio de 2012, 3-11.

²²³ El Nacional, jueves 27 de septiembre de 2012, ciudadanos-8

²²⁴ El Universal, sábado 22 de septiembre de 2012, 3-12.

²²⁵ El Universal, sábado 22 de septiembre de 2012, 3-8

²²⁶ El Nacional, miércoles 23 de mayo de 2012, ciudadanos-10

RLER y RIJ es pura teoría en la actualidad. Hay circuito cerrado de Tv en algunos de estos centros de reclusión, a semejanza del *panóptico de Bentham*²²⁷ pero no para que el *Estado vigile y controle* a la población penal con el objeto de su rehabilitación y posterior reinserción social, todo lo contrario, es para el control de los líderes o Pranes quienes tienen el control absoluto, el manejo y comercio de armas, drogas, etc., y otras actividades, tales como: “*Cría de gallos, apuestas y strippers son comunes en Uribana*”²²⁸.

En este estado de cosas, con una población reclusa que tiene en su poder *armamento de guerra*, y en consecuencia el control de los penales, porque el *Estado* ha dejado que esta situación haya avanzado hasta este punto, cuando la *Administración penitenciaria* va a ejercer las *potestades de inspección* que ciertamente detenta, esto es, a través de las llamadas requisas, si suscitan conflictos armados muy violentos y con un saldo de muertos y heridos importante. Estamos hablando de *derecho disciplinario*, de las *relaciones de sujeción especial*, de *derecho Administrativo*, o de la *carencia de él*, que constituye la *realidad penitenciaria venezolana*.

Esta situación, tiene incidencias directas muy perjudiciales para la sociedad. Así, por ejemplo, tenemos que: “*Una bala perdida mató a vecino en la batalla campal en La Planta*”²²⁹ “*Tiros desde La Planta alcanzaron decenas de apartamentos*”²³⁰; “*Vecinos de La Planta huyen de la <<sensación de peligro>>*”²³¹. La misma situación se ha presentado y se sigue presentando en todos los penales del país, v.gr.: lo ocurrido recientemente en Uribana: “*Se supone que la toma de una cárcel es una operación militar controlada. El detonante principal fue la improvisación de las acciones de... (Omissis)... Nunca había ocurrido algo así en Venezuela. Es la primera vez que mueren tantos presos durante una requisas*”²³². Otro de los problemas generados por esta situación de anomia del Estado en los establecimientos penitenciarios es el del manejo desde las cárceles del *crimen organizado*: la comisión de delitos afuera de ellas, por ejemplo *la industria del secuestro y*

²²⁷ Ver: FOUCAULT, Michel: “*Vigilar y Castigar...Ob. cit...*”; págs. 227 y sgts.

²²⁸ El Universal, sábado 9 de junio de 2012, 3-10

²²⁹ El Nacional, miércoles 9 de mayo de 2012, ciudadanos-1 y 10

²³⁰ El Nacional, jueves 10 de mayo de 2012, ciudadanos-8.

²³¹ El Nacional, sábado 12 de mayo de 2012, ciudadanos-6

²³² Declaración de Carlos Nieto Palma, coordinador general de la ONG Una Ventana a la Libertad, en: El Nacional, domingo 17 de enero de 2013, sucesos 4-12.

otros delitos, v.gr.: “Ordenaron matar a policías desde cárcel Santa Ana. El gobernador dijo que están frente a un grupo de delincuentes organizados”²³³.

Terminamos concluyendo que la *ausencia de Estado* manifiesta a través de la falta de un régimen administrativo penitenciario coherente y viable, y sobre todo, capaz de alcanzar los cometidos establecidos en la constitución: “*asegurar la rehabilitación del interno y el respeto a sus derechos humanos*”, además, de la fortaleza necesaria para imponerse sobre intereses que no permiten que se produzca un cambio de situación, son, entre otras, causas importantes de una situación que termina por ser el espejo de la misma sociedad venezolana; así,

*“Una sociedad que somete a miles de personas a un trato despiadado es una sociedad despiadada. El Sistema Penitenciario no es una excrecencia marginal de la sociedad, es su espejo y refleja el mal del que nos estamos muriendo: la inseguridad personal y el irrespeto a la vida y a nuestra dignidad humana...”*²³⁴.

La Constitución de 1999 establece que:

*“Artículo 272. El Estado garantizará un sistema penitenciario que **asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos**. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite **la reinserción social del exinterno o exinterna** y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico”*(énfasis añadido).

Si hay una forma de cumplir con estos postulados de *asegurar la rehabilitación del interno y sus derechos humanos, y su posterior reinserción social*, es precisamente a través

²³³ El Nacional, martes 20 de noviembre de 2012, ciudadanos-sucesos-12.

²³⁴ CAPRILES, Ruth: “¿A quién le importa? (A modo de prólogo); prólogo de: MORAIS, María G.: “El Sistema Penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera 1958-2008”; pág. 15. Fundación Empresas Polar-UCAB, Caracas, 2011.

de la presencia del Estado en estos espacios, y el régimen administrativo disciplinario implementado por una Administración penitenciaria técnica, profesional, respetuosa de los derechos fundamentales, es indispensable para lograr estos cometidos, toda vez que:

“Artículo 141.- La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”²³⁵.

Pues, la Administración penitenciaria es Administración Pública, y los *penados y procesados*, privados de libertad bajo la custodia del Estado en los establecimientos penitenciarios también son *ciudadanos*.

Viendo este ejemplo, el más intenso de la *relaciones de sujeción especial*, y haciendo un contraste con la jurisprudencia citada arriba cuando tratamos la concepción que de las *relaciones de sujeción especial* tiene la jurisprudencia venezolana, que incluye bajo esta categoría a la banca o a empresas de telecomunicación, se ve realmente la falta de claridad que hay al respecto, o la mala intención.

2.2.- REGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR.

REGLAMENTO DE CASTIGOS DISCIPLINARIOS N° 6

El régimen disciplinario militar se estableció en el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 el 31 de enero de 1.949, como un *Reglamento Independiente*, emanado del *Ministerio de la Defensa*, con la forma de *Resolución* bajo el N° 60, y no emanado de la Junta Militar de Gobierno surgida del golpe de Estado de 24 de noviembre de 1948 como un acto con rango de ley por haber asumido dicha Junta el poder legislativo después del golpe; además de haber sido modificado dicho Reglamento en 1982 por Resolución del Ministerio de la Defensa, tal como lo demuestra el Profesor Peña Solís²³⁶; a pesar de lo establecido en sentencia de la SPA/TSJ N° 467 de 21 de marzo de 2001, en la cual se le otorga rango de Ley y además, se ordena su publicación en la *Gaceta oficial*.

²³⁵ Constitución de 1999.

²³⁶ PEÑA SOLIS, José: “LA POTESTAD SANCIONADORA...Ob. cit...”; págs. 134-139.

Efectivamente, se publicó en la *Gaceta Oficial* N° 37.507 de fecha 16 de agosto de 2002 como *Resolución del Ministerio de la Defensa: “Resolución mediante la cual se dispone que se tenga como oficial la edición del Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6”*. Resulta curioso que la SPA no haya aducido en su sentencia que la relación de los militares con el Estado es una de las *relaciones de sujeción especial*, como lo ha hecho respecto a la banca o al sector de telecomunicaciones, para justificar la violación de la reserva de ley, además de un reglamento preconstitucional, que por ello incluso se hubiese podido justificar con la doctrina de la *cobertura legal suficiente*, lo que hubiese sido por lo menos aceptable, y no decir que el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 (RCD) tiene rango de ley.

Entonces tenemos que en primer lugar se trata de un Reglamento Independiente dictado por el Ministro de la Defensa en 1949. Es un instrumento preconstitucional, y lo fue también respecto a la Constitución de 1961. En consecuencia es violatorio del principio de legalidad sancionatorio establecido en el artículo 49, 6 de la Constitución de 1999, específicamente de la garantía formal de reserva legal. Aunado a ello establece sanciones corporales prohibidas por la Constitución de 1999 en el artículo 44, 1, lo que igualmente se traduce en su inconstitucionalidad.

Ahora bien, en orden de intensidad de la sujeción, después del régimen penitenciario el régimen disciplinario militar es el segundo en intensidad, lo que hace que pueda apreciarse, si se quiere mantener el concepto y aplicación, de qué es una *relación de sujeción especial*. En cuanto a la intensidad de la sujeción en el ámbito militar cuya expresión emblemática es precisamente la disciplina, dice Foucault que para la:

“...Segunda mitad del siglo XVIII: el soldado se ha convertido en algo que se fabrica; de una pasta informe, de un cuerpo inepto, se ha hecho la máquina que se necesitaba; se han corregido poco a poco la posturas; lentamente, una coacción calculada recorre cada parte de su cuerpo, lo domina, pliega el conjunto, lo vuelve perpetuamente disponible, y se prolonga, en silencio, en el automatismo de los hábitos; en suma se ha <<expulsado al campesino>> y se le ha dado el <<aire de soldado>>”²³⁷

²³⁷ FOUCAULT, Michel: *“VIGILAR Y CASTIGA...Ob. cit...”*; págs. 157 y 158.

La Constitución establece en el artículo 328 que los pilares fundamentales de la Fuerza Armada Nacional (FAN) son: *la disciplina, la obediencia y la subordinación*. La Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana²³⁸, en su artículo 122 se establece que: *“La conducta de los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, se fundamenta en la disciplina, la obediencia y la subordinación, bajo responsabilidad de los comandos naturales a todos los niveles. La disciplina militar se registrará por el instrumento jurídico correspondiente”*. Y el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 establece que: *“La obediencia, la subordinación y la disciplina serán las bases fundamentales en que descansará siempre la organización, unidad de mando, moralidad y empleo útil del Ejército” (art. 2 RCD)*.

En este sentido, la jerarquía se establece como base de la institución militar (art. 42 RCD). La disciplina que se manifiesta por medio de la subordinación y obediencia del inferior hacia el superior, es la mejor garantía del cumplimiento de los fines de la institución armada (art. 43 RCD). El interés del servicio exige una disciplina severa, pero al mismo tiempo digna y paternal (art. 45 RCD).

Las palabras, gestos o actos ofensivos, así como los castigos no autorizados ni previstos en las leyes y reglamentos, son absolutamente prohibidos (art. 45 RCD). No obstante, el reglamento hace la remisión residual para la tipificación de infracciones lo que constituye además una remisión en blanco, por lo que se estaría violando el principio de legalidad sancionatorio (art. 49, 6 CRBV).

Se establece igualmente los términos de la garantía constitucional *non bis in ídem* (art. 49, 7 CRBV): *“Una misma falta no podrá ser castigada por dos superiores, a la vez, ni con dos castigos diferentes, a menos que se trate de imponer, como accesoria, rebajar los sub-oficiales y clases a soldado raso” (art. 98 RCD)*.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación el artículo 122 de la LOFAN se refiere a *“...los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana...”*. El RCD en el artículo 172 dice quienes están sometidos al régimen disciplinario y a sufrir los castigos

²³⁸ Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, publicada por corrección de error material en la G.O. N° 39.359 de 2 de febrero de 2010.

establecidos en ese reglamento: i) *los militares en servicio activo, aun cuando estén con permiso*; ii) *los militares en situación de disponibilidad*; iii) *los estudiantes de los institutos militares y navales*; iv) *los asimilados*; v) *los empleados civiles del Ejército, siempre que se les hubiere dado carácter militar*; vi) *en campaña, toda persona agregada al Ejército o a la Armada o que tenga alguna relación que pueda influir en las actividades militares*; y, vii) *los prisioneros de guerra y rehenes. Los castigos disciplinarios de los cadetes y alumnos de las escuelas militares, se regirán por el reglamento especial de cada instituto, observándose un régimen disciplinario análogo al establecido en el RCD.*

Clasifica el RCD las faltas militares en leves, medianas y graves (art. 110 RCD-6). Establece un sistema de remisión residual para la tipificación de las faltas respecto a los delitos militares, cuando establece que: *“Falta militar es toda acción contraria u omisión en el cumplimiento de las obligaciones y normas del servicio, no contempladas expresamente como delitos en el Código de Justicia Militar...”* (Art. 108 RCD-6). Las remisiones residuales mediante las cuales se establece que todo lo que no esté previsto en la ley constituye infracción, debe ser rechazado. Con el mismo carácter de remisión residual establece ese reglamento que *“Constituyen faltas al deber militar:... (omissis)... Las omisiones o acciones no especificadas en este Reglamento ni calificadas como delitos por el Código y que se practiquen contra...”* (art. 109, b RCD-6). Este tipo de fórmulas en blanco mediante las cuales se hace la remisión residual, para que sea la Administración militar en este caso la que califique cualquier conducta de un subalterno y la tipifique como infracción, repetimos, no tiene cabida en el derecho administrativo sancionador-disciplinario.

En cuanto a la utilización de *conceptos jurídicos indeterminados* en la descripción típica de la conducta constitutiva de infracciones, lo cual es igualmente una extensión para que el operador jurídico colabore con el legislador, siempre que el concepto sea determinable y además controlable judicialmente, como vimos, tenemos que decir lo siguiente, haciendo la advertencia de que el RCD es preconstitucional: en el caso del RCD la utilización de *conceptos jurídicos indeterminados* debe evaluarse en relación al tema de la reserva legal, es decir, el legislador no tipificó las normas, no hizo el llamamiento a la colaboración reglamentaria, ni a la del operador jurídico al establecer los conceptos

jurídicos indeterminados. En este caso fue el propio ejecutivo el que tipificó las faltas y estableció esos conceptos haciendo esa tipificación, es decir, el ejecutivo monopolizó en este caso el mandato de tipificación que la Constitución le hizo al legislador, además del que le corresponde propiamente a él como operador jurídico. Entre otras faltas contentivas de *conceptos jurídicos indeterminados* establecidas en el RCD citamos las siguientes:

- i) *No observar las **convenciones sociales** en los lugares públicos;*
- ii) *Manifestar **disgusto o tibieza** en el servicio;*
- iii) *Dar **razones descompuestas o réplicas desatentas** al superior;*
- iv) *Eludir el cumplimiento de **compromisos de orden moral asumidos expresamente**;*
- v) *Frecuentar **lugares incompatibles con el decoro de la sociedad o con el alto concepto que deben merecerle sus superiores**;*
- vi) *Propalar noticias en perjuicio de **buen orden civil o militar o del buen nombre de la profesión**;*
- vii) ***Ofender la moral y las buenas costumbres por medio de palabras o actos que no sean delictuosos**;*
- viii) *Conducirse de **modo inconveniente y sin compostura** en el cuartel o en la calle, faltando a los **preceptos de la buena educación**. (Énfasis añadido)*

Ahora, debemos reconocer aspectos positivos que tiene el RCD-6. Por ejemplo, a diferencia de otras leyes, contiene los instrumentos que permiten operar la proporcionalidad y consecuentemente reducir la discrecionalidad militar, al establecer las *causas y circunstancias de justificación* (art. 112 RCD-6), *atenuantes* (art. 113 RCD-6) y *agravantes* (art. 114 RCD-6). Expresamente dice el Reglamento que: “*Hay causas y circunstancias que influyen en la apreciación y juzgamiento de las faltas*” (art. 111 RCD-6). Esta es una declaración de control de la discrecionalidad en la apreciación de las faltas y aplicación de la sanción correspondiente, a través del establecimiento de los instrumentos que tornan operativo el principio de proporcionalidad. Sin embargo, encontramos una mancha en el artículo 95 del RCD que establece lo siguiente: “*En caso de falta contra la dignidad profesional o el pundonor militar, no serán tomadas en cuenta las circunstancias atenuantes*”; he aquí que las circunstancias atenuantes, mecanismos operativos de la proporcionalidad para restarle gravedad a la situación jurídica pasiva del inculpa-

consecuentemente tornarla activa, dependerán de que el superior *fije* o *determine* los conceptos jurídicos indeterminados de: “*falta contra la dignidad militar*” y “*falta contra el pundonor militar*”.

En cuanto a la estructura disciplinaria que establece el RCD-6, como dijimos, las faltas se clasifican en *leves* (art. 115), *medianas* (art. 116) y *graves* (art. 117). Y los castigos o sanciones que se establecen en el RCD son clasificados a su vez en: *castigos para oficiales* (art. 118 y 119) y *castigos para tropa* (art. 120). Los cuales en términos generales van desde la *advertencia a la amonestación, pasan a la reprensión: privada o pública, se considera además toda una gama de arrestos si la cuestión va a mayores: simple, severo y en fortaleza, hasta llegar a la disponibilidad y el retiro, en el caso de los oficiales*. En el caso de la tropa: *la amonestación, las presentaciones, los servicios especiales, la reprensión: privada o pública, el arresto que puede ser: simple, en la cuadra, severo o en fortaleza, la suspensión o anulación de jerarquía; y el destino a una compañía disciplinaria*.

El RCD impone a todo superior en grado, empleo o autoridad, cualquiera que sea el cuerpo, establecimiento o servicio al que pertenezca el deber genérico de disciplinar. Este tiene, *cuando lo juzgue necesario*, es decir, si decide o no adoptar la medida disciplinaria (*an*²³⁹) el deber de reprimir las infracciones imponiendo o solicitando la imposición de los castigos previstos en la proporción y límites que fija el reglamento, es decir, guardando la debida proporcionalidad (art. 71 RCD). Ahora bien, la potestad disciplinaria para aplicar o fijar castigos corresponde sólo y únicamente a los superiores que tengan mando directo y a toda autoridad militar en cargos especiales que tengan la potestad para disciplinar a sus subalternos directamente (art. 72 RCD). La imposición de un castigo disciplinario comporta para el superior que lo impone el deber de motivar su actuación, especificando la infracción, la naturaleza, el inicio de la sanción y el final de la misma (art. 131 RCD). En el caso de los arrestos, la duración es determinada discrecionalmente por la autoridad que los impone (art. 134 RCD), es decir, la apreciación recae sobre el contenido concreto de la sanción de arresto: su duración (*quid*). Los oficiales que no tengan mando directo y no ejerzan un cargo que comporte el ejercicio de la potestad disciplinaria militar no podrán

²³⁹ PEÑA SOLIS, José: “MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO”; Volumen primero, Ob. cit., pág. 740

aplicar castigos ni fijar su duración (art. 73). Por ello, se establece un sistema jerárquico tanto para oficiales como para el personal de tropa, denominado en el reglamento: *Amplitud de castigos para Oficiales y Amplitud de castigos para Individuos de Tropa*, mediante el cual expresamente se prevé las atribuciones disciplinarias de los superiores con respecto a sus subordinados, en el ámbito de la oficialidad y en el ámbito de la tropa (arts. 121 al 130 del RCD).

Igualmente, hay reglas específicas sobre las atribuciones disciplinarias que corresponden a otras funciones militares, tales como el caso de los Comandantes de Guarnición, el Jefe del Estado Mayor, Directores del Ministerio de la Defensa y el Jefe del Cuerpo de Edecanes, entre otros. Establece también el RCD-6 un conjunto de reglas para el cumplimiento de los castigos, las cuales discrimina también según el destinatario de la sanción: oficiales o tropa.

El arresto como medida disciplinaria es inconstitucional, y así lo establece la propia Constitución cuando reconoce que *“La libertad personal es inviolable, y que en consecuencia: ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti”* (art. 44, 1 CRBV). En cuanto a la duración de los arrestos el reglamento confiere a la autoridad que imponga esta sanción un poder discrecional al establecer que: *“La duración de los arrestos es determinada por la autoridad que los impone. Todo castigo de arresto para oficiales o tropa terminará el día fijado en la respectiva orden, a las seis de la tarde de dicho día”* (art. 134 RCD-6). En este caso la discrecionalidad versa sobre el contenido mismo de la medida: su duración (*quid*²⁴⁰)

Dispone igualmente el RCD que en cada cuerpo o dependencia militar debe llevarse un libro de castigos para oficiales y otro para tropas, en los cuales se anotarán las sanciones disciplinarias (art. 163 RCD). El superior con potestades disciplinarias sobre el personal bajo su mando, deberá revisar regularmente estos libros para *“enterarse del criterio con que es aplicado”* el RCD, y poder *“educar el criterio de sus subordinados en cuanto a la apreciación de las faltas y a la aplicación correcta de las sanciones disciplinarias”* (art. 167 RCD). Se dispone igualmente que en toda dependencia militar deba haber dos salas de disciplina, una para arrestos simples y otra para los severos (art. 168 RCD). En ella *“...no*

²⁴⁰ Ídem.

podrán formarse vocinglerías ni producirse cantos, juegos, rumores ni ruidos de ninguna especie, tampoco se podrán encender fuego ni luz, ni será permitido fumar” (art. 170 RCD).

En cuanto al cumplimiento de órdenes e instrucciones como uno de los deberes militares establece el RCD que *“Para las órdenes abusivas, quedará al inferior, después de obedecer, el recurso de queja ante el inmediato superior de aquél que dio la orden” (art. 4. RCD).* Norma manifiestamente inconstitucional, ya que la Constitución de 1999 establece expresamente que: *“Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores” (art. 25 CRBV);* En el mismo sentido, el artículo 45 de la constitución, que prohíbe a la autoridad pública, civil o militar, incluso en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías, practicar, permitir o tolerar la *desaparición forzada de personas*, el cual está considerado como delito de lesa humanidad en instrumentos internacionales. Dice expresamente la Constitución en este punto que el funcionario que reciba orden o instrucción de practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y, además, de denunciarla a las autoridades competentes.

Y en cuanto al cumplimiento de las sanciones, se establece en el RCD que: *“El inferior que se crea con derecho a formular un reclamo, no podrá ejercitarlo sino después de cumplido el correspondiente castigo”.* Esta norma además de ser violatoria del derecho a la defensa y al debido proceso (art. 49 CRBV) y de la garantía de *presunción de inocencia* (art. 49, 2 CRBV), impide la aplicación de otras normas del propio RCD, es decir, el *control que pudiera ejercerse sobre el régimen disciplinario* cuyos mecanismos están previstos en los artículos 175 y 176 del mismo reglamento. Y como si fuera poco, dice el RCD que *“El reclamo no podrá interponerse inmediatamente después de cumplido el castigo, sino veinticuatro (24) horas después como mínimo. Durante este tiempo, el que se considere agraviado debe meditar y aún consultar a sus superiores y compañeros. Tampoco podrá ejercitarse el derecho de reclamo después de ocho (8) días de cumplido el*

castigo” (art. 188 RCD). En esta formulación hay algo implícito, hay un mensaje así como: piénsatelo bien antes de ir a denunciar a un superior tuyo porque podría irte peor.

Ahora bien, en todo caso, el reclamo que se hiciera *a posteriori* sería con el único objeto de que si se logra la “*nulidad del castigo*” aún después de haberlo cumplido, sería para no tener una mancha en el historial del militar. En este sentido, el artículo 81 del RCD establece que “*La anulación de castigos da por no cometida la falta; en consecuencia, se anota el castigo en el Libro respectivo, pero no será tomado en cuenta para la clasificación del inculpado*”, de todos modos ya el inculpado debe haber cumplido el castigo, lo que es una condición para poder reclamar y obtener no la “nulidad” del mismo, sino posteriormente el *no ser tomado en cuenta el castigo para la clasificación del militar*.

La imposición de un castigo disciplinario comporta para el superior que lo impone el deber de motivar su actuación, especificando la infracción, la naturaleza, el inicio de la sanción y el final de la misma (art. 131 RCD). En el caso de los arrestos, la duración es determinada discrecionalmente por la autoridad que los impone (art. 134 RCD).

En cuanto la calificación de la conducta del militar esta es clasificada por el reglamento en: *i) irreprochable; ii) buena; iii) regular; y, iv) mala*. Generalmente se hace la calificación una vez al año, según los parámetros establecidos en el RCD para cada una de estas clases, en orden a establecer las *recompensas y castigos a que hubiere lugar*, es decir, el régimen disciplinario está basado en un sistema de estímulos al personal militar, oficialidad y tropa, tendente a obtener recompensas por buena conducta, y en caso de infracción a hacerse acreedor de la sanción correspondiente.

Ya para finalizar, debemos hacer la siguiente observación. De acuerdo a lo expuesto, desde el punto de vista Constitucional el Reglamento de Castigos Disciplinario es violatorio del principio de legalidad sancionatorio, en primer lugar de la garantía formal de la reserva legal, al establecer el reglamento las infracciones, las sanciones y la correlación entre unas y otras; en segundo lugar, de la garantía material de mandato de tipificación, al establecer normas en blanco que hacen remisiones residuales para la tipificación de las infracciones. Igualmente, es violatorio del derecho de defensa y del debido proceso, de la presunción de inocencia, al establecer que el inculpado debe cumplir el castigo que le fue

impuesto aun siendo inocente de la falta que se le imputó. Es violatorio de la Constitución por establecer la obediencia ciega en cualquier caso, en contra de normas tales como la prohibición de obedecer órdenes que menoscaben las garantías y derechos constitucionales, y en su caso la de obedecer órdenes para desaparecer forzosamente a las personas. Igualmente, establece sanciones corporales, específicamente el arresto, en distintas modalidades, desde el simple arresto hasta el que se cumple en una fortaleza, lo que está prohibido Constitucionalmente, ya que nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden judicial o cuando es sorprendido *in fraganti*. Asimismo, vemos la extrema discrecionalidad que se otorga al superior que impone el castigo de arresto para fijar su duración *ad libitum*.

Por otra parte, queremos igualmente expresar, que no obstante su evidente y palmaria inconstitucionalidad, desde el punto de vista de su estructura: la clasificación de las infracciones en graves, medianas y leves, así como de los castigos discriminados *para oficiales y tropa*, el establecimiento de los instrumentos que permiten hacer operativo el principio de proporcionalidad como complemento y límite de la discrecionalidad en cuanto a la correlación de infracciones y sanciones, específicamente para la determinación de la sanción; la determinación precisa de los sujetos que tienen la potestad disciplinaria y los que no la tienen, entre otros, son elementos que formulados con todos los requerimientos constitucionales en ley formal podrían conformar un código de disciplina militar actualizado a la exigencias propias de un *Estado democrático y social de derecho*.

2.3.- REGIMEN DISCIPLINARIO POLICIAL

REGIMEN DISCIPLINARIO DE LA POLICIA DE INVESTIGACION

DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCION DE LA POLICIA DE INVESTIGACION (G.O. N° 39. 945 de 15-06-12)

Dentro de los *colectivos clásicos* que conforman las *relaciones de sujeción especial*, están los funcionarios públicos. En general, se entendería que nos referimos al sustrato humano o personal de las estructuras burocráticas, es decir, al funcionario de la Administración Pública. Sin embargo, sobre este tema se ha escrito bastante. En efecto,

como dijimos arriba, la carrera administrativa se inaugura en Venezuela en 1970 con la ya derogada Ley de Carrera Administrativa, la cual contenía un régimen disciplinario. La actual Ley del Estatuto de la Función Pública también contiene el régimen disciplinario del funcionario vinculado a la Administración por una relación de empleo público. En este caso, como puede verse, las garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio, es decir, la reserva legal y el mandato de tipificación se vienen cumpliendo desde hace 43 años. Además de que los funcionarios de seguridad del estado están excluidos expresamente de la aplicación del Estatuto de la Función Pública, y la sujeción de estos con la Institución Policial es de mayor intensidad que la del funcionario burocrático. Esta es la orientación de este estudio: analizar el ámbito de las relaciones de sujeción especial, en particular las de mayor intensidad.

Nos referiremos brevemente al régimen disciplinario de los funcionarios policiales de investigación penal, los expertos que intervienen en la investigación penal, y del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (art.1 DLEFPI), en lo atinente a las garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio, a las infracciones, a las sanciones y a la correlación entre unas y otras en este ámbito.

El Decreto Ley del Estatuto de la Función Policial de investigaciones (DLEFPI) en efecto establece un régimen disciplinario que comporta un sistema de supervisión continua y regular sobre los funcionarios, para corregir a tiempo aquellas fallas que tornen deficiente el desempeño de la función policial, y por ende la prestación del servicio de la policía de investigación.

La orientación de éste régimen disciplinario es la de la *corrección y reentrenamiento* del funcionario policial, lo que se traduce en *la conservación del funcionario dentro de la organización*, es decir, no tiene por finalidad retribuir un mal por otro. En este sentido, el Profesor Carrillo Artilles ha señalado lo siguiente:

*“Aun cuando es obvio, que la potestad disciplinaria está incardinada en toda organización pública o privada y siempre tendería a mantener el orden institucional de estamento con la finalidad esencial de corregir formativamente al disciplinable para reorbitar sus actuaciones que contraríen el estamento interno, siempre bajo la égida del **principio de preservación del disciplinable**, con lo cual se abandona la antigua visión que la identificaba como un poderío*

jurídico exclusivamente constituido para justificar la imposición reverencial de una sanción o flagelo individual”²⁴¹ (énfasis añadido).

Como puede observarse, este principio de preservación del funcionario, tiene una doble implicación. La primera de orden pragmático: si la organización ha invertido tiempo y recursos, humanos y materiales, en la formación del funcionario, el que las medidas disciplinarias, en principio, estén orientadas a la *corrección y reentrenamiento* del mismo resulta más que plausible, lo que redundaría en beneficio de la organización pero también del funcionario. La segunda, que está orientada *correctivo-formativa* tiende al respeto y cumplimiento de las garantías jurídicas tanto del principio de legalidad sancionatorio-disciplinario, como otras garantías constitucionales. Incluso, creo que en este caso la noción de sanción como consecuencia jurídica cambia sensiblemente en tanto su finalidad no es, como se dijo, la de retribuir un mal por otro, sino *corregir y formar* a quien ha incurrido en una falta meritoria de esta clase de consecuencias, con el objeto de preservar al funcionario en la organización.

En efecto, el DLEFPI establece tres clases de sanciones: *i) Asistencia voluntaria; ii) Asistencia obligatoria; y, iii) Destitución*. Las dos primeras son medidas de orden *correctivo-formativo*, la última como es obvio, pone fin a la relación de empleo público.

La medida disciplinaria de *asistencia voluntaria* consiste en *un programa corto de supervisión intensiva y reentrenamiento en el área correspondiente a la falta cometida cuya duración no podrá exceder de seis horas*. El funcionario debe asistir a este programa voluntariamente. En cuanto a la medida de *asistencia obligatoria* es igualmente *un programa de supervisión intensiva y reentrenamiento en el área correspondiente a la falta cometida, pero a diferencia del anterior su duración no podrá exceder de treinta horas*. El funcionario debe asistir obligatoriamente. En este punto observamos que la ley utiliza la siguiente fórmula: “...*el sometimiento voluntario del funcionario...*” y “...*el sometimiento obligatorio del funcionario...*”, para diferenciar las dos medidas de asistencia al programa de supervisión y reentrenamiento. Cuando se revisan las causales de aplicación de la

²⁴¹ CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: “ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DISCIPLINARIO PÚBLICO EN VENEZUELA”, en: “DERECHO DISCIPLINARIO INTERNACIONAL”, Tomo I, pág. 158. Coordinadoras: Martha Lucía Bautista Cely y Raquel Dias Da Silveira. Confederación Internacional de Derecho Disciplinario-Editorial Forum.

asistencia obligatoria (infracciones o faltas) observamos que la primera es la: *“Falta de adopción, cumplimiento o informe sobre el programa de asistencia voluntaria que se hubiere recomendado al funcionario o funcionaria policial de investigación”*. Con lo que la asistencia al programa voluntario se hace obligatoria.

Bajo la óptica del *principio de preservación del funcionario* comentada, la sanción de destitución deja de tener obviamente ese carácter *correctivo-formativo*, por lo menos para el funcionario destituido, ya que para el resto del personal tendría un efecto ejemplificante, y podría considerarse hasta cierto punto: *correctivo-formativo*. Esta sanción pone fin a la relación de empleo público entre el funcionario y la institución.

Las infracciones o faltas disciplinarias son tratadas en el DLEFPI como: *i) causales de asistencia voluntaria; ii) causales de asistencia obligatoria; y, iii) causales de destitución*. Al final de la relación de causales o faltas disciplinarias en cada grupo o bloque correspondiente a cada una de las sanciones o medidas, se establecieron cláusulas que hacen *remisiones en blanco* al reglamento, lo que pone en manos de la propia Administración la tipificación de la falta, esto es, de la descripción típica que debió hacer el legislador en cumplimiento del mandato constitucional de tipificación constitutivo de la garantía material del principio de legalidad sancionatorio-disciplinario. Por esta razón dichas cláusulas deberán reputarse inconstitucionales. Las mismas son del siguiente tenor:

“Artículo 85: Son causales de aplicación de la medida de asistencia voluntaria las siguientes:

1.-...(omissis)...

8.- Cualquier otro supuesto derivado de las causales antes descritas, cuya exacta determinación en cuanto a la conducta o resultado esté prevista en un reglamento, manual o instructivo policial, sin que se admita un reenvío secundario a otra pauta o disposición normativa”.

La fórmula del artículo 85, 8 citado se repite exactamente igual en el artículo 87, 8 correspondiente a las causales de asistencia obligatoria. Respecto a la destitución tenemos que:

“Artículo 91.- Son causales de aplicación de la medida de destitución las siguientes:

1.-...(omissis)...

12.- Cualquier supuesto grave de rechazo, rebeldía, dolo, negligencia manifiesta, atentado, subversión, falsedad, extralimitación o daño respecto a normas, instrucciones o la integridad del servicio policial cuya exacta determinación conste en el reglamento correspondiente, sin que sea admisible un segundo reenvío”.

Las citadas cláusulas hacen una remisión en blanco al reglamento, para que sea la Administración la que tipifique infracciones, incluso en manuales e instructivos policiales. Ahora, curiosamente se aclara en los preceptos citados que no se admite el reenvío a una segunda norma, es decir, una nueva remisión del reglamento o de la instrucción a otro instrumento. Nos preguntamos: ¿cuál es ese otro instrumento? ¿Es admisible una *remisión en blanco* para la tipificación de infracciones? la respuesta es obvia: *no*. Esta interrogante surge porque parece que la ley estableciera que hay remisiones de primer grado y de segundo grado, a las cuales llama reenvío, para darle validez a las primeras pero no a las segundas. No son de recibo las remisiones en blanco, y con ello se violan las garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio, es decir, la reserva legal y el mandato de tipificación respecto a las infracciones.

En cuanto a la correlación entre infracciones y sanciones, el legislador ya establece cuales infracciones serán meritorias de una clase de sanción al establecerlas como causales. Ahora, establece el DLEFPI que en la adopción de las medidas disciplinarias tanto por el supervisor directo del disciplinado en la adopción de las *medidas de asistencia voluntaria y obligatoria* como por el *Consejo Disciplinario de Policía de Investigación* cuando la medida sea de destitución, deben observarse los *principios de: i) ponderación; ii) proporcionalidad; iii) adecuación a la entidad de las deficiencias y faltas a las perspectivas de corrección y al grado de participación y responsabilidad individual del funcionario disciplinable; y, iv) reentrenamiento.*

Estos principio, más que aplicables para la adopción de la medida, que repetimos ya el legislador las califica y les asigna las infracciones en grupos clasificados en torno a las propias infracciones establecidas como causales, lo son para la subsunción del presupuesto fáctico o hecho vital sensible en el supuesto de hecho que corresponda a la falta cometida por el funcionario disciplinable. En este orden de ideas, el DLEFPI define los citados principios:

- i) *La ponderación implica la consideración de todas las circunstancias del hecho, de modo que exista correspondencia racional entre el alcance de la medida y el objetivo a lograr.*
- ii) *La proporcionalidad implica un equilibrio entre la magnitud de la medida y la entidad de la falta, de modo que faltas equivalentes sean tratadas con medidas equivalentes.*
- iii) *La adecuación implica la individualización de las medidas de corrección en función del grado de amenaza o daño, del pronóstico de enmienda y del nivel de involucramiento de cada uno de los funcionarios policiales de investigación que hayan participado en la falta correspondiente.*
- iv) *El reentrenamiento implica que el objetivo de la medida sea un cambio positivo observable en las destrezas y habilidades del funcionario policial de investigación.*

En cuanto a los principios de proporcionalidad, adecuación y ponderación, repetimos no para seleccionar la medida disciplinaria, pues esto ya lo hizo el legislador, la administración los aplicará en la apreciación del *hecho bruto* y en la subsunción del mismo en el supuesto de hecho establecido en el precepto legal.

El *principio de reentrenamiento* responde más al ya comentado *principio de preservación del funcionario* que a la aplicación misma de una medida como sanción, es decir, su orientación está más ligada al contenido y finalidad de la medida que a su aplicación.

Ya para finalizar, resaltamos como positivo que en el ámbito policial sea un instrumento con *rango de ley* el que regule la materia disciplinaria policial. No obstante, no se trata de ley formal como aquella elaborada por los representantes del pueblo. El decreto-ley si bien ostenta el rango de ley es elaborado por el propio ejecutivo cuya función precisamente no es la de representar al ciudadano cuyos derechos, o el ejercicio de éstos, se limita a través de ese decreto-ley. Ahora, debemos observar igualmente que el Ejecutivo tiene la iniciativa de presentar proyectos de ley al Legislativo, y por lo general las leyes aprobadas por el Parlamento son proyectos presentados por el propio Ejecutivo.

IV.- REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES:

1.- Reflexiones Finales:

Ya para finalizar este estudio, nos vamos a referir brevemente, como hemos visto a lo largo del mismo, a uno de los grupos propios de la categoría relaciones de especial sujeción ya tratados, y a nuestro juicio, el supuesto emblemático de dicha categoría, en virtud de la intensidad del vínculo o relación. Nos referimos a los ciudadanos privados de libertad, o como los califica la Ley de Régimen Penitenciario, los penados. Muy por el contrario a los supuestos tratados por la jurisprudencia que como se dijo nada tienen que ver con la categoría en estudio, referidos a actividades clasificadas según la tesis de los ordenamientos sectoriales tales como la banca, los seguros o empresas de telecomunicación, la intensidad de la relación entre el penado y el Estado, es tal, que la vida de estos ciudadanos queda literalmente en manos del Estado. Ahora bien, en el régimen disciplinario penitenciario, que como se ha dicho, está caracterizado por los poderes instrumentalizados para obtener la obediencia del penado, se tiene que el principal de estos poderes es: *“Un poder domesticador (que también puede llamarse, poder conformador o normalizador), un poder sabio y no demasiado llamativo que actúa en la cárcel, en el cuartel, en la escuela, en el noviciado, en el taller y en el hospital. Aunque posiblemente es en la cárcel donde multiplica su intensidad, porque la cárcel es, simultáneamente, cuartel, escuela, hospital y taller”*²⁴².

Como puede observarse, para que exista una relación de especial sujeción, debemos primero encontrarnos en el ámbito de los vínculos establecidos por un *régimen disciplinario público*, y en consecuencia en el campo de las *relaciones internas del Estado con aquellas personas sujetas a una relación de esta naturaleza*; en segundo lugar, la intensidad de la relación es de tal magnitud, que la imposición de la disciplina comporta el ejercicio de potestades coactivas, persuasivas, sublimadoras y domésticas; o domesticadoras, dominicales y en consecuencia de señorío y dominio. No obstante ello, quienes se ven sujetos a esta clase de relaciones son ciudadanos con derechos, -cuyo ejercicio puede estar restringido en alguna medida aunque no en todos los casos- y en consecuencia, las garantías jurídicas, formales y materiales propias del principio de

²⁴² GONZALEZ PEREZ, Jesús; y, GONZALEZ NAVARRO, Francisco: Ob. cit. pág. 2518.

legalidad sancionatorio deben respetarse, y hacerse efectivas, lo mismo que en las relaciones generales de sujeción. La Constitución de 1999 no hace ningún tipo de distinción al respecto, por el contrario, los derechos humanos son progresivos, y además, la igualdad ante la ley también tiene rango constitucional, es por ello que no puede concebirse que en un Estado democrático y social de derecho, haya una categoría de ciudadanos que sufren una *capitis diminutio* en cuanto a las garantías que protegen sus derechos respecto a los demás.

Como vimos, y en el sentido apuntado, la Ley de Régimen Penitenciario, como vimos, en su artículo 45 establece que: “*El reglamento determinará las faltas disciplinarias y su correspondencia con las sanciones establecidas en esta Ley, así como también la autoridad que pueda imponerlas y el procedimiento a seguir en cada caso*”²⁴³. La remisión en blanco de la ley al reglamentista para que sea éste el que tipifique las faltas disciplinarias y las vincule con las sanciones establecidas en la ley, además de establecer quien será la autoridad disciplinaria, y el procedimiento a seguir, con lo que igualmente se violentan la garantía formal de reserva de ley y, la garantía material de tipificación. Como puede observarse, esta es una remisión completamente en blanco, violatoria de las garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio-disciplinario. Ahora bien, el reglamento al que se refiere la ley es el establecido por Decreto N° 1.179, publicado en la G.O. N° 30.816, de 09 de octubre de 1975, el cual todavía está vigente. Vemos igualmente con preocupación que el Proyecto de Código Orgánico Penitenciario que contiene un régimen disciplinario coherente, factible de ser aplicado, constitucional, no termina de entrar en vigencia.

Si la prioridad fuera regular las relaciones de especial sujeción ya se hubiese aprobado una ley que cumpla con las exigencias constitucionales para el régimen penitenciario, que como se dijo, es el emblema de esta categoría de vínculos, en vez de utilizar dicha figura para otros fines distintos a los requeridos por este tipo de relaciones, a saber: disciplinar, que es la instrucción impartida para corregir la conducta y obtener la obediencia del discípulo.

²⁴³ Gaceta Oficial N° 36.975 de 19-06 de 2000.

Lo mismo podría decirse respecto al *régimen disciplinario militar*. Segundo en intensidad de la relación de sujeción, y cuya regulación está en un instrumento inconstitucional: el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, vigente desde el año 1949 y reformado en 1982, al cual la SPA/TSJ ha dado tratamiento de ley formal: argumento reiterado para negar las acciones que contra ese instrumento se interponen por ante ese órgano jurisdiccional, siendo este un reglamento independiente, y con este carácter se publicó en la Gaceta Oficial.

El tratamiento jurisprudencial de *relaciones de sujeción especial* ha sido para justificar se soslayan la reserva legal y el mandato de tipificación, ambos garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio-disciplinario, sobre todo en el ámbito sancionatorio general y no en el disciplinario propiamente, respecto al cual los argumentos aducidos para sostener la decisión nada tienen que hacer con las *relaciones de sujeción especial*. Haciendo la salvedad de las sentencias de la CPCA que utilizaron esta categoría para referirse a las potestades disciplinarias que ciertamente la Ley atribuye a los Colegios Profesionales, sin embargo fue para desconocer otra garantía constitucional: *non bis in idem*.

Esto significa para nosotros lo siguiente: las *relaciones de sujeción especial* no son otra cosa que la coartada utilizada para soslayar las garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio, y otras como el *non bis in idem*, y por el contrario, tiene esta tesis como fin garantizar el control del Poder a su vez a través del control del Ejecutivo sobre ciertos sectores o colectivos considerados políticamente muy importantes, además, sin la intervención de otras ramas del Poder Público, lo que a su vez implica que los controles jurídicos que pudieran ejercerse a priori desde el legislativo y a posteriori desde el judicial simplemente desaparecen, no existen.

Hechas estas reflexiones, pasamos a formular nuestras conclusiones.

2.- CONCLUSIONES:

En caso de aceptación de la distinción entre relaciones generales y especiales de sujeción:

1. Las relaciones especiales de sujeción corresponden al ámbito del régimen disciplinario público, es decir, el que corresponde a la organización del Estado.
2. La intensidad de la relación o vínculo determina, como decía Forsthoff, la especialidad de la relación. Y esta se manifiesta a través del régimen disciplinario en cada caso y con distintas intensidades. Aunque es un argumento relativo, en tanto en las *relaciones de sujeción general* hay sujeciones de importante intensidad, tal como los llamados *sectores fuertemente regulados*, en los que la libertad de movilidad y decisión, en ocasiones, es bastante reducido. En otros casos, no hay mucha diferencia en cuanto a la intensidad entre ámbitos generales o especiales, *v.gr*: las potestades disciplinarias en el ámbito público y privado: el funcionario de un ministerio y el empleado de un banco.
3. No debe extenderse la noción de relaciones de especial sujeción a supuestos y situaciones jurídico-administrativas que no se correspondan con los supuestos clásicos: presos, militares, funcionarios y estudiantes. Por lo general son grupos o colectivos integrados de modo permanente y estable a las estructuras administrativas, independientemente de la voluntad del ciudadano sujeto a las potestades disciplinarias.
4. Lo aconsejable es un ámbito reducido de grupos sujetos a vínculos o relaciones de esta naturaleza con el Estado, como en Alemania y en España, países en los que se ha reducido jurisprudencialmente el ámbito de las relaciones de sujeción especial.
5. Los concesionarios no forman parte de las estructuras del Estado, no están integrados de modo estable y permanente a los Poderes Públicos, su relación es compleja, una relación contractual de derecho público, pero no llegan a ser una *relación de sujeción especial*.
6. No debe confundirse la noción de ordenamientos particulares con la de relaciones de especial sujeción, ni intervenir en el ámbito privado de los particulares en ejercicio de potestades que se corresponden a las relaciones especiales de sujeción.

7. Debe respetarse el principio de legalidad sancionatorio (art.49.6 Constitución de 1999), y sus corolarios: la reserva legal y el mandato de tipificación, tanto en las relaciones generales de sujeción como en las de sujeción especial, tal como ocurre en Alemania a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1972, y en España, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2005, de 14 de febrero.
8. En consecuencia, la distinción se justificaría en función de clasificar y determinar los grupos que quedan sujetos a un régimen jurídico especial determinado en ley formal, como en el caso colombiano.
9. Ahora bien, el Derecho Disciplinario Público no se agota en el ámbito administrativo, también abarca a la potestad disciplinaria judicial, con lo que se relativiza aún más el concepto de relación de sujeción especial, en tanto como criterio de clasificación entre los ámbitos sancionatorio y disciplinario administrativos ya no abarca todos los casos.
10. El término que debería utilizarse es el de *Derecho Disciplinario Público* en contraposición al de *Derecho Administrativo Sancionador*, en vez de distinguir entre relaciones de sujeción generales y especiales, para hacer la distinción anterior, que repetimos, el Derecho Disciplinario Público trasciende del ámbito administrativo, y abarca el ámbito judicial: Jurisdicción Disciplinaria Judicial y Jurisdicción Penal, ambas son expresiones del *ius puniendi* en ese ámbito.
11. Debe desecharse la tesis de la “matización” de las garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio, tanto en el ámbito sancionatorio propiamente como en el ámbito disciplinario, y no seguir produciendo las mismas fórmulas estereotipadas de sentencia en sentencia, para justificar una mayor intervención del Estado en ámbitos protegidos por el Derecho, fundamentalmente privados. Las normas de derecho positivo así lo exigen.
12. Los derechos de quienes están vinculados al Estado por una *relación de sujeción especial* no tienen por qué dejar de ser garantizados, es decir, las garantías jurídicas derivadas del principio de legalidad sancionatorio: reserva legal y mandato de tipificación no tienen por qué sufrir una merma respecto a las *relaciones generales*, no hay una razón suficiente para justificar tal situación. Esto es diferente a la

situación jurídica en la cual se encuentre el ciudadano. Es a partir de esta situación jurídica particular que las garantías operan.

3.- NUESTRA POSICION SOBRE LAS RELACIONES DE SUJECION ESPECIAL:

Ahora bien, particularmente la posición que adoptamos respecto a distinciones entre relaciones de sujeción, bien generales, bien especiales, es que ésta resulta francamente inútil e injustificada. En un Estado de Derecho, democrático y social, pero de Derecho, no debe dejarse a un lado ni el principio de legalidad sancionatorio- disciplinario ni las garantías que de este derivan: la formal: reserva legal; y, la material: mandato de tipificación. A mi juicio, hoy no encuentra la aludida distinción ninguna justificación. Ni siquiera la del argumento de las necesidades prácticas por el supuesto entorpecimiento de la operatividad de la organización administrativa y su consecuente ineficiencia hoy es capaz de justificar la distinción, en tanto, relaciones como la de los funcionarios públicos con la Administración se rigen hoy por un estatuto que regula la función pública en una ley formal²⁴⁴, lo propio ocurre con el Código de Ética del Juez Venezolano, también establecido en ley formal²⁴⁵. En el ámbito policial igualmente hay una tendencia a regular el derecho disciplinario judicial en leyes formales²⁴⁶.

No obstante ello, en otros supuestos, los más representativos de las *relaciones de sujeción especial*, que como se ha visto no son prioritarios, como el caso del régimen penitenciario, el cual francamente parece no importar a nadie, en el cual el régimen disciplinario se rige por un reglamento de 1975, y el proyecto de Código Orgánico Penitenciario que contiene un régimen disciplinario que cumple en líneas generales con las exigencias constitucionales no termina de aprobarse y promulgarse. En otros casos, también emblemáticos como el del sector militar, quizá por conveniencia, se le ha dado rango de ley vía jurisprudencia a un reglamento autónomo e inconstitucional: el Reglamento de Castigos

²⁴⁴ LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCION PUBLICA, Gaceta Oficial N°37.522 de 06 de septiembre de 2002.

²⁴⁵ CODIGO DE ETICA DEL JUEZ VENEZOLANO Y LA JUEZA VENEZOLANA, Gaceta Oficial ° 39.493 de 23 de agosto de 2010. Para una relación de los estatutos disciplinarios en Venezuela, ver: CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: *Ob. cit.* pág. 161.

²⁴⁶ LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCION DE POLICIA DE INVESTIGACIÓN, Gaceta Oficial N° 39.945 del 15 de junio de 2012.

Disciplinarios N° 6²⁴⁷. En ninguno de estos casos la jurisprudencia asoma siquiera el concepto de *relaciones de sujeción especial* para justificar el irrespeto a las garantías jurídicas del principio de legalidad sancionatorio-disciplinario, sino que por el contrario, se aducen razones que nada tienen que ver con ello. Además, reiteramos, la Constitución de 1999 no hace distinciones de ninguna naturaleza respecto al régimen jurídico de las garantías y los derechos.

Por cuanto queda dicho, a mi juicio el argumento de las necesidades prácticas, que es el más fuerte de todos, hoy no justifica la distinción entre relaciones generales y especiales de sujeción, y en general, no hay ninguna *justificación racional* que sirva de sustento a esta distinción. En este sentido, y ya para terminar, hacemos nuestras las siguientes líneas:

“En definitiva: el problema que se plantea es si en un Estado de derecho es posible admitir una distinción de este tipo –relación general y relación especial de sujeción- que se traduce en una efectiva discriminación cuya justificación es más que dudosa, y en una disminución de las garantías para aquellos ciudadanos que intervienen en una relación especial de sujeción. Mi respuesta es que no encuentro razones válidas para mantener esta distinción”²⁴⁸.

²⁴⁷ REGLAMENTO DE CASTIGOS DISCIPLINARIO N° 6, dictado por Resolución N° 60 del Ministerio de la Defensa Nacional el 31 de enero de 1949 y publicado en Gaceta Oficial N° 37.507 de 16 de agosto de 2002, por orden de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 000467 de 22 de marzo de 2001, en la cual se dio a este reglamento rango de ley, aunque fue publicado en Gaceta Oficial como resolución. Ver comentarios al respecto en: PEÑA SOLIS, José: ob. cit. págs. 134 a 139.

²⁴⁸ GONZALEZ NAVARRO, Francisco: *“DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL. II”*; pág. 36, primera reimpresión, Editorial Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Navarra, 1995

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

.- ARAGON REYES, Manuel: “EL JUEZ ORDINARIO ENTRE LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD”. Universidad Externado de Colombia; Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita; Colombia, 1997.

_____”ESTADO DEMOCRATICO Y SOCIAL DE DERECHO”; en ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid, 2009.

.- ARAUJO, JUÁREZ, José: “Derecho Administrativo. Parte General”, primera edición, Ediciones Paredes, Caracas 2008.

.- ARENDT, Hannah: “SOBRE LA REVOLUCIÓN”. Traducción: Pedro Bravo. Alianza Editorial; Madrid, 2006.

.- ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel: “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 85/1995, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, enero 1995. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- BADELL MADRID, Rafael: “REGIMEN JURIDICO DE LAS CONCESIONES EN VENEZUELA”. © Rafael Badell Madrid. Impreso en Editorial Torino. Caracas, 2002.

.- BECCARIA, Cesare: “DE LOS DELITOS Y LAS PENAS”; Aguilar Ediciones, S.A., 1ra edición, 4ta reimpresión, Madrid, 1982.

.- BELLO, Andrés: “OPUSCULOS JURIDICOS” en Obras Completas, Tomo Séptimo, Universidad de Chile-Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1932.

.- BERMEJO VERA, José: “Derecho Administrativo Básico. Parte General”; EGIDO Editorial, 2da edición, Zaragoza, 1998.

_____ “Derecho Administrativo. Parte Especial”; THOMSON-CIVITAS, 7ma edición, Madrid, 2009.

_____ “Potestad reglamentaria y sancionadora de la Administración. Tópicos y Jurisprudencia. Sentencia de la Sala 4ta del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1975”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 10/1976, Jurisprudencia. Editorial Civitas, S.A., Madrid, julio 2001. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- BOCANEGRA SIERRA, Raúl: “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 111/2001, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, febrero 1982. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- BREWER, CARIAS, Allan R.: “La Interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo”, en Las Formas de la Actividad Administrativa, Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan R. Brewer C., FUNEDA, Caracas 1996.

_____ “La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano”, Tomos I y II, Editorial Jurídica Venezolana, cuarta edición, Caracas 2004.

_____ “Constitución, Democracia y Control del Poder”, Universidad de los Andes Consejo de Publicaciones, CEPROL, Editorial Jurídica Venezolana, Mérida 2004.

_____ “Introducción General al Régimen Jurídico de la Administración Pública” en Ley Orgánica de la Administración Pública, Editorial Jurídica Venezolana, colección Textos Legislativos N° 24, Caracas 2008.

_____ “La Reforma Constitucional de 2007”, colección Textos Legislativos N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

_____ “La Técnica de los Conceptos Jurídicos Indeterminados como Mecanismo de Control Judicial de la Actividad Administrativa” y, “Notas sobre la Discrecionalidad Administrativa y sobre su Delimitación y sus Límites”, en Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007, colección Estudios Jurídicos N° 86, EJV, Caracas 2007.

_____ “Principios del Procedimiento Administrativo”; publicado con “El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”; colección estudios jurídicos N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

.- CANO CAMPOS, Tomás: “La analogía en el Derecho Administrativo sancionador”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 113/2002, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, enero 2002. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- CANOVA GONZALEZ, Antonio: “LA REALIDAD DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO. (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008), FUNEDA, Caracas, 2009.

.- CARRE DE MALBERG, Raymond: “TEORIA GENERAL DEL ESTADO”; Traducción: José León Depetre. Facultad de Derecho/Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – FONDO DE CULTURA ECONOMICA. Primera Reimpresión 2000, México, D.F.

.- CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: “AMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DISCIPLINARIO PUBLICO EN VENEZUELA”; en: “DERECHO DISCIPLINARIO INTERNACIONAL. Estudios sobre Formación, Profesionalización, Disciplina, Transparencia, Control y Responsabilidad de la Función Pública”. Tomo I. Coordinadores: Martha Lucía Bautista Cely (CIDD) y Raquel Dias Da Silveira (CIDD). Confederación Internacional de Derecho Disciplinario – Editorial Fórum.

_____ “LA TUTELA DEL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DESTITUCIÓN EN LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PUBLICA”; en: “REVISTA DE DERECHO PUBLICO: EL DERECHO PUBLICO A LOS 100 NUMEROS DE LA RDP. 1980-2005”. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

_____ “DERECHO DISCIPLINARIO JUDICIAL”; Colección Instituto de Derecho Público Universidad Central de Venezuela No. 4. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012.

.- CHAVERO GAZDIK, Rafael J.: “LA JUSTICIA REVOLUCIONARIA. Una década de Reestructuración (o involución) Judicial en Venezuela”; Editorial Aequitas, C.A., Caracas, 2011.

.- CASSAGNE, Juan Carlos: “EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA”; Marcial Pons Argentina S.A., Buenos Aires, 2009.

.- CASAL H., Jesús María: “LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS RESTRICCIONES”. Legislación Económica, C.A. (LEGIS), Caracas, 2010.

_____ “Teoría de los derechos fundamentales, condiciones para la limitación de derechos fundamentales; el principio de proporcionalidad”; en: Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica, coordinadores: Levis Ignacio Zerpa y José M. Delgado, Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos N°3, Caracas, 2001.

.- DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel: “FUNDAMENTOS DE DERECHO PUBLICO”. Editado por Centro de Estudios Financieros-CEF. Universidad a Distancia de Madrid.

_____ “Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 38/1983, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, marzo 1983. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- DE PEDRO FERNANDEZ, Antonio: “DERECHO DE LA FUNCION PUBLICA. LA EXPERIENCIA VENEZOLANA”; Vadell hermanos Editores, Caracas, 2004.

_____ “Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública”; 2da edición, Vadell hermanos Editores, Caracas, 2004.

.- DE SALIS, J. R.: “HISTORIA DEL MUNDO CONTEMPORANEO 1781-1904. LOS FUNDAMENTOS HISTORICOS DEL SIGLO XX”; Ediciones GUADARRAMA, S.L., Lope de Rueda 13, Madrid, 1960.

.- DESDENTADO DAROCA, Eva: “Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia). Editorial CIVITAS, S.A., 1ra edición, Madrid, 1997.

.- DUQUE CORREDOR, Román J.: “Los poderes del Juez y el control de la actividad judicial”; Academia de Ciencias Políticas Sociales; serie estudios N° 72, Caracas, 2008.

.- ESTEVE PARDO, José: “Sanciones administrativas y potestad reglamentaria”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 49/1986, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, enero 1986. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- FAJARDO H., Ángel R.: “COMPENDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL GENERAL Y PARTICULAR”; 17ma edición, Editorial NUS, Caracas, 1997.

.- FEBRES CORDERO, Foción: “AUTONOMIA UNIVERSITARIA”; Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1959.

.- FOUCAULT, Michel: “VIGILAR Y CASTIGAR. NACIMIENTO DE LA PRISION”. Traducción: Aurelio Garzón del Camino; Siglo Veintiuno Editores, S.A.; Buenos Aires, Argentina; segunda edición: 2008.

.- FERNANDEZ, Tomás Ramón: “DE LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN”; THOMSON-CIVITAS, quinta edición, Madrid, 2008.

_____ “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 80/1993, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, abril 1993. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- FRANCH I SAGUER, Marta (Aracelis Altagracia): “EL DERECHO DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA”; en: “DERECHO DISCIPLINARIO INTERNACIONAL. Estudios sobre Formación, Profesionalización, Disciplina, Transparencia, Control y Responsabilidad de la Función Pública”. Tomo I. Coordinadores: Martha Lucía Bautista Cely (CIDD) y Raquel Dias Da Silveira (CIDD). Confederación Internacional de Derecho Disciplinario – Editorial Fórum.

.- FRAGA PITALUGA, Luis: “LA INCOMPETENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO”; 2da edición, FUNEDA, Caracas, 2007

.- FRIAS CABALLERO, Jorge: “TEORIA DEL DELITO”; LIVROSCA, C.A., Caracas, 1996.

.- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: “RELACIONES DE SUJECION Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN”; en Revista de Administración Pública, Nº 31; España, 1961.

.- GARCIA DE ENTERRIA Y MARTINEZ CARANDE, Eduardo: “La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo”; Cuadernos CIVITAS, tercera edición, Madrid, 2004.

_____ “La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”, Civitas, cuarta edición, Madrid 2006.

_____ “Revolución Francesa y Administración Contemporánea”. Thomson-Civitas, Madrid, 1.994, 4ta. Edición. Reimpresión, 2.005.

_____ “DEMOCRACIA, JUECES Y CONTROL DE LA ADMINISTRACION”; THOMSON-CIVITAS, 5ta edición ampliada. Reimpresión, Madrid, 2005.

_____ “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 29/1981, Jurisprudencia. Editorial Civitas, S.A., Madrid, febrero 1981. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

_____ “Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 5/1975, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, febrero 1975. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

_____ “El problema jurídico de las sanciones administrativas”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 10/1976, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, marzo 1977. CD-REDA, marzo 1976-Abril 2009, Núms. 1-141.

_____ “La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993M 2402), que aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 80/1993, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, abril 1993. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

_____ “La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 66/1990, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, febrero 1990. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

_____ “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 89/1996, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, enero 1996. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; y, FERNANDEZ, Tomás Ramón: “Curso de Derecho Administrativo. I y II”; Novena Edición; Thomson-Civitas, España, 2004.

.- GARCIA, PELAYO, Manuel: “Derecho Constitucional Comparado”, en Obras Completas, volumen I, CEC, Madrid 1991.

_____ “LAS CONSTITUCIONES ESTAMENTALES”, en Obras Completas, volumen III, CEC, Madrid 1991.

.- GARCIA MACHO, Ricardo: “En torno a las garantías de Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 64/1989, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, abril 1989. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

_____ “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 72/1991, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, abril 1991. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- GARRIDO FALLA, Fernando; PAOMAR OLMEDA, Alberto; y, LOSADA GONZALEZ, Herminio: “TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Volumen II. Parte General: Conclusión”; Editorial TECNOS (GRUPO ANANYA, S.A.), 12da edición, Madrid, 2006.

.- Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu “DEL ESPIRITU DE LAS LEYES”; pág.41. Traducción: Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2003.

.- GIANNINI, Massimo Severo: “LAS FUERZAS ARMADAS EN EL ESTADO CONTEMPORANEO (Con especial referencia a las Instituciones Militares que cumplen funciones de naturaleza policial); en: Revista de la Escuela Superior Fuerzas Armadas de Cooperación. Edición conmemorativa del 42º Aniversario de la creación de la Guardia Nacional, Caracas, 1980.

.- GOMEZ GRILLO, Elio: “LAS PENAS Y LAS CARCELES”; Empresa EL COJO, C.A., Caracas, 1.988.

.- GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo: “DOGMÁTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO”. 5ta edición; UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Bogotá, 2011.

.- GONZALEZ PEREZ, Jesús; y, GONZALEZ NAVARRO, Francisco: “COMENTARIOS A LA LEY DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN (Ley30/1992, de 26 de noviembre)”; Tomo II; segunda edición. CIVITAS, Ediciones, S.L.; Paracuellos de Jarama, Madrid, España.

.- GONZALEZ NAVARRO, Francisco: “DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL II”; Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Pamplona, 1994.

.- GORDILLO, Agustín; DANIELE, Mabel (Directores): “Procedimiento Administrativo. Decreto ley 19.549/1972 y normas reglamentarias-Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y Concordados”; 2da edición, reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

.- GRAU FORTUL, Gustavo: “SOBRE LA CORRECTA CATEGORIZACION JURIDICA DE LA ACTIVIDAD BANCARIA Y LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SECTOR (A propósito de la nueva Ley de las Instituciones del Sector Bancario); en: “ANALISIS Y COMENTARIOS A LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO”. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011.

.- HELLER, Hermann: “TEORIA DEL ESTADO”; Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

.- HERNANDEZ G., José Ignacio: “LIBERTAD DE EMPRESA Y SECTOR BANCARIO”; en: “ANALISIS Y COMENTARIOS A LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO”. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011.

_____ “Reflexiones sobre la Constitución y el Modelo Socio Económico en Venezuela. A propósito del proceso de reforma constitucional”; FUNEDA, Caracas, 2008.

_____ “Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela”; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

.- HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso: “LA POTESTAD DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA. EJECUTIVIDAD Y EJECUTORIEDAD DE LOS ACTOS Y DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”; Ediciones PAREDES, Caracas, 2008.

.- Historia Universal, Edad Contemporánea (II), de 1859 a 1914, N° 10;. Planeta – El Nacional, España, 2001.

.- HIRSCH, Andrew Von: “CENSURAR Y CASTIGAR”; Editorial Trotta, Valladolid, 1998.

- .- HOBBS, Thomas: “LEVIATAN o la materia, forma y poder de una República Eclesiástica y Civil”; 7ma reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2009.
- .- IGARTUA SALAVERRIA, Juan: “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 92/1996, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, abril 1996. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.
- .- JALVO, Belén Marina: “EL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS”; 3ra edición, Colección Derecho Público, Editorial Lex Nova, España, 2006.
- .- JIMENEZ DE ASUA, Luis: “LA LEY Y EL DELITO”; 13ra edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1984.
- .- LARENZ, Karl: “METODOLOGIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO”; Editorial ARIEL, S.A., 2da edición española (de la 4ta edición alemana), Barcelona, 1980.
- .- LARES, MARTINEZ, Eloy: “Manual de Derecho Administrativo”, décima segunda edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, Caracas 2001.
- .- LEJARZA A., Jacqueline: “La Actividad de Policía Administrativa”; Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Caría de Derecho Público. Universidad Católica del Táchira N° 4. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997.
- .- LINAREZ BENZO, Gustavo: “LAS FRONTERAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. EL NUCLEO ADMINISTRATIVO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS”, en “100 AÑOS DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA” 1909-2009, Tomo II; Universidad Central de Venezuela – Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monte Ávila – Fundación de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, 2011.
- .- LINDE PANIAGUA, Enrique: “FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO”; 3ra edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)-Editorial COLEX, Madrid, 2011.

.- LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B.: “LOS GRANDES FALLOS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA FRANCESA”; segunda edición en español, 2009. LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA. Bogotá, Colombia.

.- LOPEZ, GUERRA, Luis: “Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tercera edición, Madrid 2008.

.- LOPEZ RAMÓN, Fernando: “LIMITES CONSTITUCIONALES DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA”; Revista de Administración Pública, enero-abril, 1988.

_____ “Acerca de las <<especiales>> relaciones de sujeción a que está sometido el recluso. Sentencia de la Sala 4ta del Tribunal Supremo del 26 de marzo de 1977-Aranzandi, 1813-. Ponente: D. Pablo García Manzano”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 14/1977, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, marzo 1977. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

_____ “Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 54/1987, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, febrero 1987. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- LOUZA SCOGNAMIGLIO, Laura: “LA REVOLUCION JUDICIAL EN VENEZUELA”; Fundación de Derecho Administrativo, Caracas, 2011.

.- MAQUIAVELO, Nicolás: “EL PRINCIPE” comentado por Napoleón Bonaparte; EDUVEN, Caracas, 1995.

.- MARTIN del BURGO Y MARCHAN, Ángel: “EL PODER ADMINISTRATIVO”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 33/1982, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, febrero 1982. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián.: “Instituciones de Derecho Administrativo”, Civitas, Madrid 2007.

_____ “Panorama general de las crisis bancarias”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 59/1988, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, marzo 1988. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- MEIER E., Enrique: “Las Formas de la Actividad Administrativa y la Teoría de las Potestades Administrativas”, en “Las Formas de la Actividad Administrativa”, Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Randolph Brewer-Carías, FUNEDA, Caracas 1996.

.- MEJIA OSSMAN, Jaime; y, QUIÑONES RAMOS, Silvio San Martín: “PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO”. Ediciones Doctrina y Ley, LTDA; Bogotá, DC, Colombia, 2004.

.- MICHAVILA NUÑEZ, José María: “Relación Especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 54/1987, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, febrero 1987. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- MOLES CAUBET, Antonio: “El Principio de Legalidad y sus Implicaciones”; en: “Estudios de Derecho Público”, Oswaldo Acosta-Hoenicka, compilador, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas 1997.

_____ “La Potestad Reglamentaria y sus Modalidades”; en: “Estudios de Derecho Público”, Oswaldo Acosta-Hoenicka, compilador, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas 1997.

.- MORAIS, María G.: “El Sistema Penitenciario venezolano durante los 50 años de democracia petrolera 1958-2008”; Fundación Empresas Polar-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

.- MORLES HERNANDEZ, Alfredo: “CURSO DE DERECHO MERCANTIL” Tomo I, 4ta edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.

_____ “LA BANCA EN EL MARCO DE LA TRANSICIÓN DE SISTEMAS ECONOMICOS EN VENEZUELA”; 1ra edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

.- MOZO SEOANE, Antonio: “LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINSTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983”; Editorial MONTECORVO, S.A., Madrid, 1985.

.- NIETO, Alejandro: “DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR”; 4ta edición. Editorial TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), Madrid, 2008.

_____ “PROBLEMAS CAPITALES DEL DERECHO DISCIPLINARIO”; en: Revista de Administración Pública N° 70, España, 1970.

.- PARADA VAZQUEZ, Ramón: “Derecho Administrativo I. PARTE GENERAL”; Marcial Pons, decimoséptima edición, Madrid 2008.

.- PAREJO, ALFONSO, Luciano: “El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional; A Propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de Abril de 1981”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 1, N° 3, septiembre-diciembre 1981.

_____ “LECCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO”; Tirant Lo Blanch, 2da edición, Valencia, España, 2008.

.- PEÑA SOLIS, José: “MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO”; vol. I, 4ta reimpresión, TSJ, Caracas, 2004, Vol. II, TSJ, Caracas, 2002; TSJ, Caracas, 2003.

_____ “LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA VENEZOLANA”. Colección de Estudios Jurídicos N° 10. TSJ, Caracas, 2005.

_____ “REGIMEN JURIDICO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN VENEZUELA”. Universidad Central de Venezuela-Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas, Caracas, 1996.

.- PEREZ ROYO, Javier: “CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL”; Undécima Edición, revisada y puesta al día por MANUEL CARRASCO DURÁN. Ed. MARCIAL PONS, Madrid, 2007.

.- RIVERO, Jean: “EL EJERCICIO DEL PODER DE POLICIA EN EL ESTADO CONTEMPORANEO”, en: Revista de la Escuela Superior Fuerzas Armadas de Cooperación. Edición conmemorativa del 42º Aniversario de la creación de la Guardia Nacional, Caracas, 1980.

.- RODRÍGUEZ, ARANA, Jaime: “Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

_____ “Los Derechos Fundamentales en el Estado Social y el Derecho Administrativo Constitucional”, en Revista de Derecho Público N° 100, 1980-2005, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006.

_____ “PRINCIPIOS DE ETICA PUBLICA ¿CORRUPCION O SERVICIO?”; Editorial MONTECORVO, S.A., Madrid, 1993.

.- RODRIGUEZ GARCIA, Armando: “Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho Administrativo en la modernidad democrática”; Revista de Derecho Público N° 117, Editorial Jurídica Venezolana, enero-marzo 2009.

.- RODRIGUEZ MORALES, Alejandro J.: “LEY DEL SERVICIO DE POLICIA Y DEL CUERPO DE POLICIA NACIONAL. Comentada”; Ediciones Paredes, Caracas, 2008.

.- ROJAS PEREZ, Manuel: “NOTAS SOBRE DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”; Fundación de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011.

_____ “LA ETICA EN LA ADMINISTRACION PUBLICA y el Código de Conducta de los Servidores Públicos”; Fundación de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2007.

.- RONDON, DE SANZO, Hildegard: “Teoría General de la Actividad Administrativa. Organización / Actos Internos”, Ediciones Liber, Caracas 2000.

.- SAINZ MORENO, Fernando: “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 8/1976, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, enero 1976. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- SANCHEZ MORON, Miguel: “LEGALIDAD Y SOMETIMIENTO A LA LEY Y AL DERECHO”; en “LOS PRINCIPIOS JURIDICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO”; Director: Juan Alfonso Santamaría Pastor. Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, S.A., España, 2010.

_____ “DERECHO ADMINISTRATIVO. PARTE GENERAL”; Editorial TECNOS (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2005.

.- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso: “PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO”. Volumen II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2005.

.- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel: “El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo. Un análisis desde el Derecho español”, Universidad Externado de Colombia, serie Derecho Administrativo, N° 3, Bogotá, 2007.

.- SCHMITT, Carl: “TEORIA DE LA COSNTITUCION”; Alianza Editorial, S.A., 3ra reimpresión, Madrid, 2001.

.- SORIANO GARCIA, José Eugenio: “Sanciones de plano: su vigencia. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1980”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 26/1980, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, marzo 1980. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- TORNOS MAS, Joaquín: “Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 7/1975, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, abril 1975. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- TRILLO-FIGUEROA MARTINEZ-CONDE, Federico: “Discrecionalidad militar y jurisdicción contenciosa”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 20/1979, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, enero 1979. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- VALERO BRICEÑO, Hidalgo: “CRISIS PENAL Y FENOMENO DELICTIVO EN VENEZUELA. Policía-Crimen-Cárcel”; 1ra edición, impreso por Tipografía Carrieri, Caracas, 1993.

.- VERA JURADO, Diego: “El principio <<non bis in ídem>> y su aplicación a las relaciones de sujeción especial de la Policía gubernativa (STC 134/1991, de 10 de diciembre de 1991 [RTC 1991, 134]”; Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 79/1993, Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, abril 1993. CD-REDA, Abril 1974-Abril 2009, Núms. 1-141.

.- VILLAR EZCURRA, José Luis: “DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. ADMINISTRACION PUBLICA Y ACTIVIDAD DE LOS PARTICULARES”; Editorial CIVITAS, S.A., 1ra edición, Madrid, 1999.

.- WALLER, Bruce: “BISMARCK”; de la 2da edición inglesa. Traducción: Ignacio Hierro. Ariel Historia. Editorial Ariel, S.A., Barcelona España.

.- WEBER, Max: “ECONOMIA Y SOCIEDAD”. Traducción: José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. Duodécima reimpresión, 1998. Fondo de Cultura Económica; México.

_____ “PARLAMENTO Y GOBIERNO EN UNA ALEMANIA REORGANIZADA. Una crítica política de la burocracia y de los partidos (1918)”; en Obras Selectas de Max Weber, 1r edición, Buenos Aires, 2003.

.- WEILL, Georges: “LA EUROPA DEL SIGLO XIX Y LA IDEA DE NACIONALIDAD”; 1ra edición en español, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1961.

.- ZIEMS, Ángel: “EL GOMECISMO Y LA FORMACION DEL EJERCITO NACIONAL”; 1ra edición, Editorial Ateneo de Caracas, Caracas; 1979.

REPERTORIOS DE JURISPRUDENCIA CONSULTADOS:

.- PIERRE TAPIA, Oscar Raúl: “JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE ULTIMA INSTANCIA”; año III, Nos 6 y 12, correspondientes a los meses de junio y diciembre de 1992. Editorial PIERRE TAPIA, Caracas, 1992.

_____ “JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE ULTIMA INSTANCIA”; año IV, Nos 6, 8 y 11, correspondientes a los meses de junio, agosto y diciembre de 1993. Editorial PIERRE TAPIA, Caracas, 1993.

_____ “JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE ULTIMA INSTANCIA”; año V, Nos 5 y 10, mayo de 1994 y octubre de 1994. Editorial PIERRE TAPIA, Caracas, 1994.

_____ “JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE ULTIMA INSTANCIA”; año VI, Nos 1, 3, 4, 6, 7, 11 y 12, correspondientes a los meses de enero, marzo, abril, junio, julio, noviembre y diciembre de 1995. Editorial PIERRE TAPIA, Caracas, 1995.

_____ “JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”; año XXIII, Nos 1, 3, 4, 7, 10 y 12, correspondientes a los meses de enero, marzo, abril, julio, octubre y diciembre de 1996. Editorial PIERRE TAPIA, Caracas, 1996.

_____ “JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPRMA DE JUSTICIA”; año XXIV, Nos 2, 8, y 10, correspondientes a los meses de febrero, agosto y octubre de 1997. Editorial PIERRE TAPIA, Caracas, 1997.

.- _____ “JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA”; año III, Nos 2, 4, 5, 6, 7, 10, 11 y 12 correspondientes a los meses de febrero, abril, mayo, junio, julio, octubre, noviembre y diciembre de 2002. Editorial PIERRE TAPIA, Caracas, 2002.

.- _____ “JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA”;
año III, Nos 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11 y 12 correspondientes a los meses de enero, febrero,
marza, mayo, junio, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2003. Editorial
PIERRE TAPIA, Caracas, 2003.

.- _____ “JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA”;
año III, Nos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 correspondientes a los meses de enero,
febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y
diciembre de 2004. Editorial PIERRE TAPIA, Caracas, 2004.

.- REVISTA DE DERECHO PUBLICO N° 61-62 enero-junio 1995.

_____ N° 63-64 julio-diciembre 1995.

_____ N° 67-68 julio-diciembre 1996

_____ N° 82 abril-junio 2000.

_____ N° 83 julio-septiembre 2000.

_____ N° 84

.- REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL Volumen 1 enero-diciembre 2010

_____ Volumen 2 enero-abril 2011

_____ Volumen 3 mayo-agosto 2011

_____ Volúmenes 4 y 5 septiembre-diciembre 2011; enero-abril 2012

_____ Volumen 6 mayo agosto 2012

.- CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. COMPILACION
JURISPRUDENCIAL. Boletín Mensual de Jurisprudencia, Caracas, julio 1994.

_____ Febrero 1999

.- CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. JURISPRUDENCIA con un índice alfabético del contenido de las sentencias, Vol. I, Caracas, 2001.

_____ Vol. II, Caracas, 2002

_____ Vol. III, Caracas, 2003

.- CORTES DE LO CONTENCIOSO AEMINISTRATIVO. JURISPRUDENCIA, Vol. IV, Recopilador: Aníbal Álvarez Álvarez, Caracas, 2007.

.- 15 AÑOS DE JURISPRUDENCIA. Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, años: 1977-1992. Contencioso contra los Colegios Profesionales. Fundación de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 1996.

.- SENTENCIAS VINCULANTES DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA 2000-2007. Compiladora: Nancy Carolina Granadillo Colmenares. Ediciones Paredes, Caracas, 2009.

_____ 2008-2009 Compiladora: Nancy Carolina Granadillo Colmenares. Ediciones Paredes, Caracas, 2010.

_____ 2010 Compiladora: Nancy Carolina Granadillo Colmenares. Ediciones Paredes, Caracas, 2011.

.- Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993). Compiladora: Caterina Balasso Tejera. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998.

.- LAS GRANDES DECISIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA (1961-1996). Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz Álvarez. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

.- DICCIONARIO DE SENTENCIAS CLASICAS DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO. Liliana Erichsen, Los Libros de El Nacional, Caracas, 2003.

.- JURISPRUDENCIA CLAVE del Tribunal Supremo de Justicia. Tomo I enero-junio 2000.

.- DOCTRINA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA octubre 2007-diciembre 2008. Magistrado: Yolanda Jaimes Guerrero. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Doctrina Judicial N° 36, Caracas, 2009

_____ Enero-diciembre 2009. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Doctrina Judicial N° 43, Caracas, 2010

.- DOCTRINA DE LA SALA POLITICO-ADMINISTRATIVA DEL AÑO 2009. Magistrado: Evelyn Marrero Ortiz. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Doctrina Judicial N° 47, Caracas, 2010

.- CRITERIOS EN ESTRADOS 2006-2009. Compilador: Pedro Rafael Rondón Haaz, Magistrado de la Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Doctrina Judicial N° 42, Caracas, 2010

.- Compilación de la Doctrina de la Sala Político Administrativa. Contencioso Administrativo. Tomos I y II. Magistrado: Hadel Mostafá Paolini. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Doctrina Judicial N° 31, Caracas, 2009

.- CRITERIOS JURIDICOS RELEVANTES EN EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA PONENCIAS Y VOTOS, septiembre 2002-2010, Tomos I y II. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Doctrina Judicial N° 48, Caracas, 2011

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia obtenidas en la página web del TSJ consultadas:

.- Sentencia CSJ/SP de 13 de febrero de 1997, expediente N° 0429, Magistrado Ponente: Dra. Josefina Calcaño de Temeltas; caso: Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (Venevisión) contra la Resolución N° 327 de fecha 7 de noviembre de 1989 emanada del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

.- Sent. SC/TSJ, Exp.-03-0296, de 18-06-2009; caso: Corpomedios GV Inversiones, C.A., (GLOBOVISION) y RCTV, C.A.. Demanda de nulidad de artículos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y de Decretos Presidenciales contentivos de Reglamentos en la materia.

.- Sentencia SPA/TSJ N° 01184 de 24-11-2010, caso: RCTV INTERNACIONAL CORP.

.- Sentencia/SPA No. 00569 de 05-05-2009, caso: Banco Venezolano de Crédito S.A.

.- Sentencia/SPA No. 00740, de 21-07-2010, caso: Banesco Banco Universal, C.A.

Instrumentos Normativos:

.- Constitución de la República de Venezuela Gaceta Oficial No.662 de fecha 23 de enero de 1961.

.- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y Enmienda No.1 Gaceta Oficial No. 5908 de fecha 19 febrero 2009.

.- Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. G.O. N° 2.818 de 01-07-1981.

.- Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. G.O. N° 5.933 Extraordinario de 21-10-2009.

.- Ley Orgánica de la Administración Pública. G.O. 38.146 de 25-03-2009.

.- Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Instituto Nacional de Medicina y Ciencias Forenses. G.O. N° 6.079 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

.- Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas. G.O. N° 38.598 del 5 de enero de 2007.

.- Reglamento del Régimen Disciplinario del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas. G.O. N° 37.711 del 13 de junio de 2003.

- .- Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación. G.O. N° 39.945 del 15 de junio de 2012.
- .- Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. G.O. N° 5.880 Extraordinario del 09 de abril de 2008.
- .- Ley del Estatuto de la Función Pública. G.O. N° 37.522 del 6 de septiembre de 2002.
- .- Ley de Carrera Administrativa. G.O. N° 1.428 Extraordinario de 4 de septiembre de 1970.
- .- Ley de Carrera Administrativa. G.O. N° 1.746 Extraordinario de 23 de mayo de 1975.
- .- Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa. Decreto N° 1.378 de 15 de enero de 1982. G.O. N° 2.905 Extraordinario de 18 de enero de 1982.
- .- Código de Conducta de los Servidores Públicos. G.O. N° 36.496 de 15 de julio de 1998.
- .- Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana (Ley de Reforma Parcial) G.O. N° 39.493 de 23 de agosto de 2010.
- .- Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura. G.O. N° 36.534 Extraordinario de 8 de septiembre de 1988.
- .- Ley Orgánica del Poder Judicial. G.O. N° 5.262 Extraordinario de 11 de septiembre de 1988.
- .- Ley del Sistema de Justicia. G.O. N° 39.276 de 1° de octubre de 2009.
- .- Ley de Régimen Penitenciario. G.O. N° 705 Extraordinario de 21-06-1961
- .- Ley de Régimen Penitenciario. G.O. N° 2.841 Extraordinario de 17-08-1981
- .- Ley de Régimen Penitenciario. G.O. N° 36.975 de 19-06-2000.
- .- Reglamento de la Ley de Régimen Penitenciario. G.O. N° 30.816 de 09-10-1975.
- .- Reglamento de Internados Judiciales. G.O. N° 30.784 de 02-09-1975

- .- Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. Gaceta Oficial N° 5.933 Extraordinaria de fecha 21 de octubre de 2009.
- .- Reglamento de Castigos Disciplinarios No. 6 Gaceta Oficial N° 37.507 de fecha 16 de agosto de 2002.
- .- Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. G.O. N° 3.228 de 28-10-1993
- .- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. G.O. Extraordinaria N° 5.892 de 31-07-2008.
- .- Ley de Instituciones del Sector Bancario. Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010
- .- Decreto N° 8.079, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario. Gaceta Oficial N° 39.627 de fecha 03 de marzo de 2011
- .- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. G.O. N° 36.970 de 12-06-2000
- .- Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. G.O. No. 39.610 de 07-02.2011.