

Los fundamentos teóricos de la tutela efectiva y la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria[§]

Serviliano ABACHE CARVAJAL^f

En su excelente conferencia intitulada «Tutela judicial efectiva en materia tributaria», dictada en el tema *Effetività della tutela nel processo* de las 2ª Jornadas de la *Associazione Italiana per il Diritto Tributario Latino-Americano*, explicó el profesor José-Andrés ROZAS que los fundamentos teóricos de la tutela efectiva se centran, por un lado, en la «garantía de la legalidad del actuar administrativo» (*prevenir*), o principio de legalidad administrativa y, por el otro, en la «reparación del daño en tiempo y forma razonable» (*curar*). Estos fundamentos teóricos, como pretendo demostrarlo, encuentran en la responsabilidad patrimonial del Estado una importante categoría jurídica que los reúne o amalgama. Veamos.

En la teoría general del Derecho y en la filosofía jurídica bastante énfasis se hace, como es sabido, en el carácter polisémico del concepto de «responsabilidad». En esta línea, basta recordar el hoy clásico relato de HART¹, sobre un capitán borracho que perdió su barco en altamar², a partir del cual el jurista inglés extrae distintas acepciones del término responsabilidad, a saber: (i) *role-responsability* o responsabilidad-rol; (ii) *causal-responsability* o responsabilidad-causal; (iii) *liability-responsability* o responsabilidad-punibilidad³, responsabilidad-sancionabilidad⁴ o responsabilidad-sometimiento⁵; y (iv) *capacity-responsability* o responsabilidad-capacidad.

[§] Resumen escrito de mi participación como *discussant* (comentarista) en la *II Giornata Italiane di Diritto Tributario Latino-Americano* de la *Associazione Italiana per il Diritto Tributario Latino-Americano* (AIDTL), tema: *Effetività della tutela nel procedimento e nel processo*, celebrada el 27 de noviembre de 2020 (www.aidtl.it). Mi agradecimiento a los profesores Pasquale Pistone y Enrico Traversa, así como a mi dilecto amigo Cristián Billardi, por la invitación y el honor de permitirme compartir, junto a reconocidos académicos europeos y latinoamericanos, en tan prestigioso evento.

^f Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello.

¹ HART, Herbert L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2ª edición, 2008, p. 211-212.

² «As captain of the ship, X was responsible for the safety of his passengers and crew. But on his last voyage he got drunk every night and was responsible for the loss of the ship with all aboard. It was rumoured that he was insane, but the doctors considered that he was responsible for his actions. Throughout the voyage he behaved quite irresponsibly, and various incidents in his career showed that he was not a responsible person. He always maintained that the exceptional winter storms were responsible for the loss of the ship, but in the legal proceedings brought against him he was found criminally responsible for his negligent conduct, and in separate civil proceedings he was held legally responsible for the loss of life and property. He is still alive and he is morally responsible for the deaths of many women and children». *Ibid.*, p. 211.

³ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Editorial Astrea, 2ª edición, 14ª reimpresión, Buenos Aires, 2007, p. 186.

⁴ LIFANTE, Isabel, «El desempeño de las responsabilidades públicas», *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, vol. 13, Nº 2, Editora FMP, Porto Alegre (Brasil), 2018, p. 182.

⁵ PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa*, tomo I, Librería Jurídica Sánchez R Ltda., Medellín, 2017, p. 31.

Y en esa misma línea, sobre las distintas acepciones del concepto de responsabilidad, LIFANTE⁶ presenta un enfoque que me parece interesante —especialmente a estos fines— desde una doble vertiente o, si se quiere, desde una doble perspectiva de la responsabilidad: (i) en cuanto a la responsabilidad *ex ante*, en la que el sujeto responsable es el que, en efecto, tiene la capacidad (o deber) de generar un determinado estado de cosas (o de evitarlo); y (ii) en relación a la responsabilidad *ex post*, en la que el sujeto responsable es el que asume (o debe asumir) las consecuencias de haber generado (o no haber evitado) algún estado de cosas, ya sea bajo la modalidad de sanción o de reparación.

Pues bien, si nos damos cuenta, lo mismo ocurre con la responsabilidad patrimonial del Estado, en general, y de la Administración Tributaria, en particular, en el contexto de los fundamentos teóricos de la tutela efectiva que plantea el profesor José-Andrés ROZAS, en los términos que siguen.

La garantía de la legalidad del actuar administrativo (como primer fundamento teórico de la tutela efectiva), se puede caracterizar bajo la noción de responsabilidad *ex ante* de la Administración, o lo que es igual, lo que *debe hacer* la Administración, precisamente por tener el *deber de generar* (o evitar) *un determinado estado de cosas*, de acuerdo con lo establecido en la ley (*prevenir*).

Mientras que la reparación del daño en tiempo y forma razonable (como segundo fundamento teórico de la tutela efectiva), es encuadrable en la noción de responsabilidad *ex post* de la Administración, que viene a ser la categoría de la responsabilidad patrimonial del Estado propiamente dicha, porque al no haber hecho lo que *debía hacer* [*prevenir*], está obligada a *asumir las consecuencias de haber generado* (o no haber evitado) *un determinado estado de cosas* [*curar*], que —en este caso— debe evaluarse desde la conocida noción del «daño resarcible», entendiendo por tal, como bien lo ha delimitado la doctrina y jurisprudencia, que el mismo sea: (i) *antijurídico* (o no justificado), (ii) *cierto* (real y efectivo), (iii) *económicamente evaluable* (indistintamente de su naturaleza); e (iv) *individualizado* (anormal y, en ciertos supuestos, especial).

En suma, simplemente quería aprovechar la excelente exposición del profesor José-Andrés ROZAS para poner de relieve lo anteriormente explicado, y traer esta breve reflexión conceptual en el contexto de los fundamentos teóricos de la tutela efectiva, su relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria, y presentar estas ideas a partir de las concepciones *ex ante* (*prevenir*: legalidad administrativa) y *ex post* (*curar*: reparación del daño) de la categoría «responsabilidad» que se desarrollan en la teoría general y en la filosofía del Derecho.

⁶ LIFANTE, Isabel, *op. cit.*, p. 182-184.