

# Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela 2019

*En homenaje a la Revista de Derecho Público (EJV)*

# ANUARIO

Una publicación de:



Universidad Central de Venezuela  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Centro de Estudios de Postgrado

**Centro para la Integración y el Derecho Público**  
en alianza con el  
**Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela**

**ANUARIO DE LA ESPECIALIZACIÓN  
EN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA  
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA**

Año 2019

*En homenaje a la Revista de Derecho Público (EJV)*



Coordinación: Armando Rodríguez García,  
Antonio Silva Aranguren, Gabriel Sira Santana

Caracas, 2020

© Centro para la integración y el Derecho Público  
**Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad  
Central de Venezuela**

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en este Anuario son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con la de los coordinadores del mismo, el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) o el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Depósito legal N° DC2017000040  
ISSN 2610-8089

Publicación anual

Disponible en <https://derechoadministrativoucv.com.ve>

Coordinación: Armando Rodríguez García, Antonio Silva Aranguren, Gabriel Sira Santana

**Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)**

Avenida Santos Ermíny, Urbanización Las Delicias, Edificio Park Side, Oficina 23,  
Caracas, Venezuela

E-mail: [contacto@cidep.com.ve](mailto:contacto@cidep.com.ve)

<http://cidep.com.ve> <http://cidep.online>

## **Centro para la Integración y el Derecho Público**

Fundado en enero de 2005, en la ciudad de Caracas, el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) es una sociedad civil dedicada al estudio del derecho público y los aspectos jurídicos de los procesos de integración regional.

El CIDEP desarrolla principalmente actividades de investigación y divulgación.

La Dirección General del CIDEP corresponde a Jorge Luis Suárez Mejías y la Dirección Ejecutiva a Antonio Silva Aranguren. La Subdirección recae en Samantha Sánchez Miralles.

# NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

El *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA) aceptará artículos de estudiantes de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, para su evaluación a los efectos de su publicación, a través de la dirección electrónica [aeda@derechoadministrativoucv.com.ve](mailto:aeda@derechoadministrativoucv.com.ve). Los trabajos presentados habrán de atender a las siguientes pautas:

1. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por colaboración.
2. Espaciado de 1.5 puntos, letra Arial, número 12, tamaño carta, márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y derecho e izquierdo de 3 cm, sangría de 0.75 cm al inicio de cada párrafo.
3. Incluir, en español, un resumen de máximo 150 palabras y de 3 a 5 palabras claves.
4. El texto se dividirá atendiendo a la siguiente jerarquía. La introducción y la conclusión no se enumeran:
  - I.
    1.
      - A.
        - a.
          - a'.
5. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas y se seguirá el siguiente orden: nombre y apellido del autor: *título de la obra*. Editorial. Lugar de publicación, año de publicación, número de páginas citadas. Ejemplo: Samantha Sánchez Miralles: *Casos de estudio sobre la expropiación en Venezuela*. Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016. En caso de revistas u obras colectivas, el orden a seguir es el siguiente: nombre y apellido del autor: "título del trabajo". *Título de la revista u obra*. Editorial. Lugar de publicación, año de publicación, número de páginas citadas. Ejemplo: Jorge Luis Suárez: "El verdadero sentido de los poderes de gobierno bajo estado de excepción: recuerdos de un fallo de la Corte Suprema de Justicia y de un Estado que ya no existe". *Revista de Derecho Público*. N° 143-144. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 88-89.
6. Si la cita supera las 60 palabras deberá incluirse como párrafo aparte, y con margen izquierdo de 0.75 cm, letra Arial, número 10. En caso de ser inferior a las 60 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
7. El AEDA no está en la obligación de publicar las colaboraciones recibidas. Estas colaboraciones serán sometidas a un proceso de revisión arbitral, basado en criterios académicos, a fin de determinar si procede o no su publicación.
8. Los autores que publiquen en el AEDA ceden sus derechos sobre sus obras, a excepción del derecho de ser reconocido como tales, a tenor de lo previsto en el artículo 19 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

## ÍNDICE

Número cuatro.....	<a href="#">7</a>
En homenaje a la Revista de Derecho Público (EJV) .....	<a href="#">11</a>
Algunos problemas del Derecho Público venezolano actual. <b>Jesús A. VILLEGAS RUIZ</b> .....	<a href="#">13</a>
La (re)definición del concepto de Derecho Administrativo a la luz de la buena administración prevista en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. <b>Miguel PEREIRA-MESA</b> .....	<a href="#">37</a>
Notas sobre la flexibilidad en los procedimientos administrativos. <b>Fernando Javier DELGADO RIVAS</b> .....	<a href="#">55</a>
Responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración por funcionamiento anormal en el caso de las denominadas prótesis mamarias marca “PIP” (Poly Implant Prothese). <b>Marjorie Rocio MACEIRA ORTEGA</b> .....	<a href="#">75</a>
Análisis de las medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo. <b>Jesús A. AZUAJE T.</b> .....	<a href="#">101</a>
Aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras a la función pública. <b>Gianni LANZILLOTTA GIRÁN</b> .....	<a href="#">183</a>
Los actos cuasi jurisdiccionales dictados por las Inspectorías del Trabajo como ruptura de la potestad de autotutela de la Administración Pública. <b>Pedro José ROMERO ALBOR</b> .....	<a href="#">223</a>
La protección de los derechos colectivos o difusos en los niños, niñas y adolescentes. <b>Jesús VILLEGAS</b> .....	<a href="#">245</a>

## NÚMERO CUATRO

En el cuarto número del *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA) que nos corresponde reseñar, el lector encontrará ocho artículos elaborados por estudiantes de la mencionada especialización.

Estos trabajos responden –en su mayoría– a investigaciones desarrolladas en el marco de las asignaturas que conforman el programa de estudios de la especialización y versan sobre temas como la actividad administrativa, la responsabilidad patrimonial del Estado, la función pública y el Derecho Administrativo interdisciplinario.

En este sentido, la primera colaboración lleva por título “**Algunos problemas del Derecho Público venezolano actual**” y su autoría corresponde a *Jesús A. Villegas Ruiz*, quien diserta sobre la relación que existe entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo y los fines propios que cada una de estas ramas persigue, no siendo correcto que una absorba a la otra tal como ocurre con la llamada *administrativización* del Derecho Constitucional y la *constitucionalización* del Derecho Administrativo.

De seguida, en “**La (re)definición del concepto de Derecho Administrativo a la luz de la buena administración prevista en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**”, *Miguel Pereira-Mesa* se pasea por algunos de los pivotes que ha tenido la definición del Derecho Administrativo a lo largo de la historia –entre ellas, la noción de servicio público– hasta llegar a la llamada buena administración como elemento que permitiría conceptualizar esta rama del Derecho en la actualidad, en virtud del rol vicarial que impregna a la Administración Pública.

A continuación, con “**Notas sobre la flexibilidad en los procedimientos administrativos**”, *Fernando Javier Delgado Rivas* examina algunas de las diferencias que hallamos entre los procesos jurisdiccionales y el procedimiento administrativo, centrándose sus comentarios en el carácter flexible de estos últimos y cómo ello incide –por ejemplo– en los medios de prueba y los lapsos para actuar en sede administrativa.

Pasando a la materia de Responsabilidad Administrativa, en “**Responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración por funcionamiento anormal en el caso de las denominadas prótesis mamarias marca “PIP” (Poly Implant Prothese)**”, *Marjorie Rocío Maceira Ortega* nos plantea un caso de estudio vinculado con el derecho a la salud que llegó a

contar con pronunciamientos judiciales de valor, compaginando la autora los dichos del Poder Judicial con la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado a fin de determinar la conformidad –o inconformidad– a derecho de los criterios asentados por dicho Poder.

La colaboración subsiguiente se titula **“Análisis de las medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo”** de *Jesús A. Azuaje T.*, y consiste en un amplio estudio sobre las potestades cautelares del juez contencioso administrativo de acuerdo con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la legislación especial en casos como la materia tributaria o agraria, enfocándose las aproximaciones del autor en las llamadas medidas cautelares autónomas y sus diferencias con la tutela anticipada y la tutela autosatisfactoria.

Acercándonos al Derecho Administrativo interdisciplinario, en el artículo **“Aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras a la función pública”** de *Gianni Lanzillotta Girán*, el autor resume el régimen jurídico de los funcionarios públicos de acuerdo con la Ley del Estatuto de la Función Pública y algunas disposiciones puntuales de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras que él considera resultarían trasladables a estos sujetos en el ejercicio de sus funciones.

También de interés para el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral hallamos el artículo **“Los actos cuasi jurisdiccionales dictados por las Inspectorías del Trabajo como ruptura de la potestad de autotutela de la Administración Pública”** de *Pedro José Romero Albor*, quien, luego de repasar la noción de autotutela, evalúa la naturaleza jurídica de los actos emanados de la Inspectoría del Trabajo a fin de determinar si dicho organismo podría o no ejecutar sus decisiones en contra de la voluntad de los particulares y sin necesidad de acudir a un proceso judicial.

Finalmente, el AEDA 2019 concluye con **“La protección de los derechos colectivos o difusos en los niños, niñas y adolescentes”** de *Jesús Villegas*, donde se especifican las vías jurisdiccionales y administrativas a las que podría acudir un interesado para lograr la protección de los derechos indicados, destacándose el rol de los Consejos de Protección y los Consejos de Derechos en cada caso.

Como en años anteriores, agradecemos a los estudiantes de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela por su interés en esta iniciativa e invitamos al resto de los cursantes a que presenten sus artículos para la próxima edición del anuario, de acuerdo con las pautas que podrán encontrar en las primeras páginas de cada número.

Asimismo, agradecemos a los profesores Gustavo Urdaneta Troconis, José Gregorio Silva Bocaney y José Miguel Torrealba por la remisión de trabajos elaborados por los alumnos en sus respectivos cursos de la especialización, a fin de su valoración e inclusión en el AEDA.

Gabriel Sira Santana

Abril, 2020



## EN HOMENAJE A LA REVISTA DE DERECHO PÚBLICO (EJV)

Hacia fines del primer trimestre de 1980 aparecía en el ambiente académico y forense venezolano, el número 1 (enero-marzo) de la Revista de Derecho Público, bajo la marca de la Editorial Jurídica Venezolana.

Fueron aquellas doscientas diez páginas pioneras las que abrieron el camino –entonces cargado, por igual, de expectativa e incertidumbre– para una andadura que ahora alcanza los cuarenta años de presencia vital ininterrumpida, con ciento cincuenta y ocho números publicados, lo que no es poca cosa.

Esta ha sido otra iniciativa surgida de la inagotable inquietud del profesor ALLAN BREWER-CARÍAS, en la que se integró la faceta de editor con la actividad propia de la investigación académica, a cuyo efecto, el lanzamiento de la Revista tuvo como epicentro al Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, en su ambiente de centro de búsqueda, intercambio e irradiación del pensamiento jurídico, apuntalado por el constante efecto de atracción que ha tenido sobre quienes cultivan o se interesan por el Derecho Público.

Viene al caso recordar la predicción del maestro ANTONIO MOLES en su *Presentación* de la revista (N° 1), pues a lo largo de todos estos años ha venido a ser, más que una esperanza, el testimonio del ascenso logrado por el Derecho Público venezolano. Función testimonial que ha aquilatado con el determinante rol de observatorio crítico sobre las decisiones y conductas antijurídicas que distinguen el ejercicio del poder en Venezuela durante las dos últimas décadas.

Sin duda, la Revista de Derecho Público ha estado vinculada, en su cronología, en su contenido y en su trayectoria al desarrollo de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, donde se aloja nuestro Anuario; de allí el justificado júbilo que ahora expresamos y compartimos, al dedicarle este número como un sencillo homenaje por sus primeros cuarenta años de existencia. ¡Feliz aniversario y larga vida!

Armando Rodríguez García y Antonio Silva Aranguren

Abril, 2020



# ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO PÚBLICO VENEZOLANO ACTUAL

Jesús A. Villegas Ruiz<sup>1</sup>

**Resumen:** *Este ensayo discute varios problemas del derecho público venezolano que, en opinión del autor, tienen impacto en una adecuada teoría del derecho constitucional y administrativo venezolano. Así las cosas, se discute el replanteamiento de conceptos varios que impactan el sentido tanto de la Administración Pública como la concepción actual de Estado de Derecho en Venezuela.*

**Palabras clave:** *Derecho público – Derecho constitucional – Derecho administrativo.*

**SUMARIO. Introducción. I.** Problemas del Estado social. **II.** El dogma del control del poder. **III.** La carencia de neutralidad constitucional. **IV.** Constitución, administración y democracia. **V.** La verdadera importancia de la separación de los poderes. **Conclusiones.**

## INTRODUCCIÓN

¿Cuál el objetivo del Derecho Constitucional? Controlar el Poder. Esto significa todo en la vida política de los hombres. Al igual que la Constitución, la República también tiene esta finalidad. Y tiene sentido porque antes de la existencia de la Constitución o de la República, el poder iracundo podía privarnos de nuestra libertad. De esta forma, al privarnos el Poder de la libertad, también nos privaba del ejercicio de nuestros derechos. Pero ciertos derechos siempre han existido, y los que no, se han desarrollado con el paso del tiempo. Esto es el resultado del desarrollo de nuestra cultura y sociedad.

El concepto de república es clave para entender una adecuada teoría constitucional y administrativa del poder, y esto no es un planteamiento nuevo. Así:

...la constitución republicana es aquella establecida de conformidad con los principios, 1° de la libertad de los miembros de una sociedad en cuanto hombres; 2° de la dependencia de todos respecto a una legislación común (en cuanto a los súbditos) y 3° de conformidad con la ley de la igualdad de todos los súbditos (en

---

<sup>1</sup> Abogado *Magna Cum Laude* de la Universidad Central de Venezuela (2015). Magister en Derecho Americano de la Universidad de Boston. Magister en Derecho Comparado por la Universidad de Pensilvania.

cuanto ciudadanos): es la única que deriva de la idea de contrato originario y sobre la que deben fundarse todas las normas jurídicas de un pueblo<sup>2</sup>.

Ahora bien, para proteger la libertad se necesita de una estructura o mecanismos preestablecidos para ser viables el ejercicio de los derechos. Contrario a lo que sostienen muchos, la Constitución no es solamente sobre derechos, ni una declaración de tales facultades. Es una estructura de control. Y he aquí lo impresionante: la Constitución ha creado el Estado de la nada absoluta, siendo una criatura de ficción. A veces, sobreentendemos y olvidamos que el Estado es una ficción producto del pensamiento y la experiencia. De esta forma, el hombre ha ideado algo brillante: un sistema de controles del poder soportado en nuestros derechos contra el poder. Similar suerte tiene el Derecho Administrativo, que busca, en buena medida, ejecutar los mandatos de la Constitución. Pero aún con fines compatibles, son diferenciables: el primero busca controlar los poderes constituidos, mientras el segundo busca ejecutar políticas públicas y los fines que la ley le impone a la Administración Pública.

Lamentablemente, entre nosotros, quizás hemos menospreciado lo brillante de esta invención política. Gracias a la Constitución, el Poder no viene de Dios, ni de los monarcas, viene de una creación del hombre para el hombre. En esta invención, nuestros derechos pueden frenar las terribles ansias del poder por el poder. Sin embargo, nuestra realidad constitucional es muy diferente y nada tiene de mágico. Al contrario, nuestros jueces han encontrado justificaciones donde no existen para sostener el poder sin controles. A la par, ante tal carencia, ha surgido un Poder Ejecutivo tiránico que desprecia la dignidad del ser humano, una errada idea sobre la democracia, y un pensamiento jurídico servil, que ha ayudado a la triste finalidad de la destrucción del Derecho. Así, creemos que en nuestra soberbia doctrinal hemos sobreentendido conceptos constitucionales básicos, como el concepto de Estado de Derecho, el principio de separación de los poderes, la República y su institucionalidad, así como los fines de la Administración Pública en el marco de la teoría constitucional.

Uno de los principales problemas del Derecho Constitucional venezolano actual es la inexistencia de una doctrina coherente, precisa y sistemática que se haya enfocado verdaderamente en controlar el Poder. Sí existe, en cambio, una doctrina administrativa prolija que se encuentra arropada en un inmenso abismo, concediéndole a la Administración Pública privilegios para

---

<sup>2</sup> Refiriéndose a Emmanuel Kant, *Hacia la paz perpetua*, pp. 15-17, Madrid, 1988, Héctor Silva Michelena, *Pensadores de la democracia, Introducción, comentarios, selección y diccionario*, Ediciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2018, p. 239.

convertirla en “*omnipresente*”<sup>3</sup>. Esta visión administrativista del Poder es insuficiente para definir sus controles. Como ya hemos adelantado, es el poder, y su control, la única finalidad y sentido del Derecho Constitucional. Es esta una finalidad que no se atisba en el Derecho Administrativo.

A primera vista, el vínculo entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional es más que evidente para los estudiosos del Derecho Público. Ciertamente, ambas ramas del derecho son, si se quiere, áreas de estudio íntimamente vinculadas. Pero los vicios de una han sido, irremediablemente la condena de la otra. Así, nos hemos enfocado en estudiar las estructuras administrativas y los poderes de la Administración y no la Libertad que debería garantizar la Constitución. Así, se ha estudiado el Derecho Constitucional desde una perspectiva administrativista, asumiendo errores de una presunta teoría del contenido de la actividad administrativa venezolana. Y mal puede establecerse fines de la Administración Pública con una Constitución deficiente. Ante nosotros tenemos un problema de raíz, y por más remedios que apliquemos, el resultado será el mismo: un inminente fracaso. Es por ello que uno de los más grandes problemas en nuestro sistema jurídico es esencialmente estructural ante la carencia de una teoría constitucional adecuada. De esta manera, desde 1999, este ha sido un Derecho Constitucional formado por *administrativistas* y no por *constitucionalistas*<sup>4</sup>.

Este ensayo es un replanteamiento de varios problemas constitucionales y sus implicaciones administrativas. Al lector le pedimos comprensión: tratamos el problema constitucional como problema administrativo y al problema administrativo como problema constitucional. En nuestra opinión esto tiene sentido pleno. Ambos derechos son hermanos en el análisis del Derecho Público venezolano y los problemas de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, en la primera parte del ensayo, desarrollamos los problemas del Estado Social, la importancia del dogma del control del poder, la neutralidad constitucional, y los problemas de la democracia. En la segunda parte, explicaremos la verdadera importancia del principio de separación de

---

<sup>3</sup> Al respecto cabe destacar la fuerte presencia de una doctrina administrativa de corriente francesa, encarnada con autores nacionales como ELOY LARES MARTÍNEZ, JOSÉ ARAUJO JUÁREZ, y ALLAN BREWER-CARIÁS en sus inicios. Aunque esto ha cambiado en los tiempos recientes, no es menos cierto que el derecho administrativo venezolano ha estado caracterizado por su alabanza al poder y los privilegios de la Administración Pública.

<sup>4</sup> Señala ALVARADO que “el constitucionalismo [que] recibió [...] Venezuela, [tuvo una] intencionalidad distinta o con un propósito harto diferente de lo que inspiró a los movimientos constitucionales de otras latitudes” (Jesús M. Alvarado, Aproximación a la Tensión Constitución y Libertad en Venezuela, *Revista de Derecho Público*, N° 123/2010, Editorial Jurídica Venezolana, p. 21 Caracas, 2010). Ciertamente, el Derecho Público venezolano tiene cimientos que han sido propicios a una Administración Pública desbordada por estructuras administrativas innecesarias y servidoras del poder y no de los ciudadanos.

poderes y cómo sobre él debe crearse un nuevo derecho constitucional y un nuevo derecho administrativo, que no es más que decir, que tenemos la necesidad de crear un nuevo Derecho Público.

## I. PROBLEMAS DEL ESTADO SOCIAL

Una premisa importante de estas notas es asumir que el Estado Social de Derecho ha fracasado. Como la Constitución es creada de la nada y nuestra realidad requiere de reinención, no creemos útil citar el Derecho Constitucional actual, salvo expresas excepciones. Analicemos el porqué de tal afirmación. El dogma del Estado Social de Derecho parte de la idea de la necesaria intervención del Estado en la vida de sus súbditos para lograr un Estado de bienestar individual y colectivo. Por ahora, en esta hipótesis, el Estado coparticipa en la realización personal de sus súbditos. Ahora bien, ¿de dónde nace el Estado Social de Derecho? ¿Por una cláusula constitucional es el Estado Social o Liberal?

El alcance de la acción del Estado de Derecho ha sido profundamente debatido, al igual que su contenido social<sup>5</sup>. Y queremos reiterar que el adjetivo social no es en esencia un concepto que deba despreciarse. Creemos que desafortunadamente se ha usado el concepto de Estado Social de Derecho para justificar la tiranía del Poder Ejecutivo. Ahora bien, ¿qué hace “social” un Estado Social de Derecho? En el ámbito del Derecho venezolano, la Constitución de 1999 establece que “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político” (art. 6 de la Constitución de 1999).

En este sentido, el texto constitucional asume principios y crea su propia visión de Estado Social, concretando con ello el llamado Estado iliberal<sup>6</sup>. Por ello, “el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del

---

<sup>5</sup> Véase en este sentido Francisco Delgado, *La idea del derecho en la Constitución de 1999*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008.

<sup>6</sup> En la teoría política contemporánea, se ha acuñado el término de Estado y democracia iliberal, como aquel sistema de gobierno donde los principios de libertades individuales se están perdiendo en el marco de la decadencia del concepto occidental del Estado de Derecho. En ese sentido, véase Yascha Mounk, *The People v. Democracy, why our freedom is in Danger and How to Save it*, Harvard University Press, Cambridge, 2018, p. 23 y ss.

cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en [la] Constitución [siendo] la educación y el trabajo [...] los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines” (art. 3 de la Constitución de 1999).

Desde sus primeros artículos, la Constitución de 1999 delineó un proyecto de Estado Social en el cual, el Estado es copartícipe de la vida de sus súbditos para garantizar su desarrollo. Es de esta particularidad el carácter social de la norma suprema pues la Constitución interviene en la sociedad que subordina. La pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿es el trabajo de la Constitución subordinar a la sociedad con mandatos preestablecidos? En nuestra opinión la respuesta es afirmativa, pero solamente en mandatos respecto a la ordenación del Poder. En cambio, los mandatos sociales desvían la verdadera finalidad de la norma suprema.

De entrada, creemos inútil decir que la Constitución crea derechos. El mero texto no tiene poder en sí mismo. En cambio, los derechos fundamentales, que se reconocen por el hecho de ser necesarios para la vida en sociedad y el avance de la cultura, sirven para un propósito constitucional: controlar el Poder que es enemigo de la libertad. De esta forma, rectificamos nuestra primera afirmación: el mero texto no tiene poder en sí mismo porque el poder lo tienen los hombres y sus derechos fundamentales. Por ello, los derechos subjetivos son límites ante el Poder<sup>7</sup>. Ahora bien, “no debemos concluir que basta la norma para deducir que estamos en un “Estado de Derecho”, pues es necesario para que ella goce de supremacía, la confección de un real sistema de “justicia constitucional” que controle los actos del Estado a la luz de los postulados de la norma fundamental”<sup>8</sup>.

No obstante, la doctrina, y las escuelas de derecho del país, han alabado *ad nauseam* la doctrina del Estado Social de Derecho como dogma inquebrantable, así como los derechos subjetivos que ella conlleva. Contrario a eso, creemos en esta discusión que el Estado Social de Derecho ha fracasado y que debemos replantearnos nuevos horizontes constitucionales. Esta inquietud no es nueva en nuestro foro<sup>9</sup>. Siendo quienes suscribimos férreos defensores de la participación del Estado en la vida de los ciudadanos para el logro de fines comunes, creemos que en materia de Derecho Constitucional dicha actividad estatal no debe estar jamás en la letra de la Constitución.

---

<sup>7</sup> Un indudable acierto de la Constitución de 1999 es su artículo 49 en todos sus numerales, pues los derechos frente a la Administración como policía, pretenden asegurar la libertad de los ciudadanos frente a los caprichos de la potestad punible erróneamente empleada.

<sup>8</sup> Jesús María Alvarado, Reflexiones críticas sobre el Estado de justicia (El desvarío del Estado socialista como único camino a la justicia en la propuesta de reforma constitucional de 2007), *Revista de Derecho Público*, N° 113/2008, Editorial Jurídica Venezolana, p. 48, Caracas, 2008.

<sup>9</sup> En este sentido, puede consultarse la opinión minoritaria de la doctrina en autores como JESÚS M. ALVARADO, TOMÁS ARIAS y LUIS HERRERA ORELLANA.

Como veremos, el análisis constitucional es distinto al análisis administrativo, puesto que la norma constitucional y la norma administrativa persiguen fines distintos.

Esta actividad, que no es más que la propia actividad política y administrativa realizada por el Poder Ejecutivo, es partidista y obedece a una agenda política propia ajena a la norma suprema. Y es lógico que así sea, pues el Poder Ejecutivo siempre será partidista en la medida que tenga que elegirse por vías democráticas. Así pues, el Poder Ejecutivo es esencialmente político, y bien puede serlo, pues en materia constitucional, la agenda del Ejecutivo no puede establecerse en el texto de la Constitución. Ciertamente, es importante advertir que sin Estado no es posible la existencia de una Constitución. Esto quiere decir que las instituciones que monopolizan la fuerza pública dan autoridad y ejecutan el debido cumplimiento de la Ley. Pero esta situación no define la finalidad de la norma suprema, que es el control del poder.

En una nueva Constitución para Venezuela, si aprendemos de nuestros errores, debe tener clara su propósito y no servir como una mera declaración de derechos y conquistas sociales pues estas le competen a la ley formal y no a la norma suprema. En otras palabras, la norma suprema no puede dar ni garantizar aquello que no es viable económicamente. No puede pretender un Estado ideal ni omnipresente y todopoderoso, pues el Estado ni puede actuar siempre, ni habitualmente cuenta con todos los recursos para satisfacer tales finalidades.

Creemos que, en cambio, si el Estado es social o no, debe ser por mandato e interpretación de la ley, no por imposición constitucional. Una cosa es una Constitución social, y otra muy distinta es una legislación social. La sociedad cambia constantemente y la gente se equivoca asiduamente por el mero hecho de ser hombres. Una forma de permitir flexibilidad en la adopción de cambios sociales es por medio del debate legal y no constitucional, ya que esto supone el debate en el seno del Poder Legislativo. Esto es lógico ya que el debate legal es el debate parlamentario, y encuentra sustento en el principio democrático que le da legitimidad. El debate constituyente, en cambio, es uno solo, la constituyente en sí misma, y luego de dicho acto, se acaba para siempre para no repetirse<sup>10</sup>. En este segundo supuesto, queda por parte de los jueces

---

<sup>10</sup> Aceptar la teoría del poder constituyente originario es poner en peligro la estabilidad de la República, que como ya hemos adelantado, vale más que la Democracia en los actuales términos constitucionales. Así, el Poder originario es una derivación de los extremos de la Democracia, siendo poder infinito. Y el poder infinito solo genera corrupción del sistema de contrapesos.

interpretar el texto derivado de la constituyente, pero los jueces no están formados para hacer política ni mucho menos establecer políticas públicas<sup>11</sup>.

En efecto, el propio texto constitucional debe ser una barrera de contención ante las pretensiones del Poder, y con esto, ante las pretensiones partidistas del Poder Ejecutivo. Es por ello por lo que la Constitución, en cambio, no puede obedecer a partidos políticos ni creencias ideológicas. Pero ¿qué pasa cuando la Constitución es partidista en sí misma? El gran proyecto de país queda sometido en un solo espectro de la sociedad, logrando oprimir al disidente. No en vano, es oportuno decir que la Constitución no está diseñada para proteger las mayorías. Está diseñada para mantener un sistema de control del poder que se contrapone a los derechos de los ciudadanos que la crearon. Así, la Constitución es la representación de una dualidad entre, por una parte, los controles del poder y, por otra parte, los derechos fundamentales de sus súbditos. De esta forma, el poder reside en el pueblo como soberano y por ellos existe la República<sup>12</sup>. El Derecho Administrativo, en cambio, está diseñado para ser operativo las políticas públicas que desee implementar el Poder Ejecutivo en la consecución de sus fines.

---

<sup>11</sup> En nuestra realidad, la ideología política de los gobernantes actuales carece de sentido, principalmente porque no existe tal ideología. En cambio, desde el punto de vista del Derecho, sí que existe una corriente de pensamiento de izquierda que ha tratado de sentar las bases de la doctrina jurídica socialista en el Derecho venezolano. Y es aquí donde mantenemos que se subestimaron estas ideas y tenemos que recurrir a sostener su irrelevancia. Realmente, desde el punto de vista de los gobernantes, es un tema que poco importa, ya que ellos se han basado en el militarismo para mantenerse en el poder. No vale la pena divagar al respecto. Sí creemos, en cambio, que el pensamiento jurídico de izquierda fue muy bien pensado por parte de los jueces que la crearon. Y esta creación fue un trabajo meramente jurisprudencial. Fue esta jurisprudencia corrompida parte importante en la destrucción de la República que, en su afán servil, crearon las bases jurídicas del pensamiento socialista en el derecho venezolano. Nada peor existe que gente preparada intelectualmente rindiendo sus conocimientos ante el mal. Esa ha sido la realidad del Derecho Constitucional venezolano. Y su gran pecado ha sido alabar el poder del tirano de turno. Así, en la práctica judicial actual, los jueces venezolanos hacen política barata cada vez que en sus decisiones son activistas sociales y no verdaderos jueces.

<sup>12</sup> La República, ante todo, es una idea. Así, es el mecanismo idóneo para asegurar la libertad y la justicia. La Constitución sirve para controlar este mecanismo, asegurar su funcionamiento y garantizar ciertos derechos. Es la unión entre derechos y controles los que crean la verdadera autoridad de la Constitución frente a sus súbditos. De esta manera, la forma republicana de gobierno supone que el gobierno es para sus ciudadanos. Pero la Constitución no es necesaria como papel de compilación de mandatos de conducta. Sus principios, en cambio, lo son todo, porque sin principios no puede haber Derecho.

## II. EL DOGMA DEL CONTROL DEL PODER

No cabe duda, a este momento de nuestra discusión, que la Constitución es un sistema ordenado de contrapesos. Además de ello, es un sistema de principios para ser viable la vida de los ciudadanos en condiciones de juego justas y protección de sus derechos frente al Estado, frente otros ciudadanos y extranjeros. La Constitución está hecha y pensada para que todos podamos ser felices por medio de nuestro propio esfuerzo. El Estado, en cambio, está diseñado para ser el escenario ordenado de esa conquista personal. Ciertamente, el sistema de controles tiene como objetivo combatir las crisis del poder que nunca van a escapar de las ocurrencias de la vida humana.

Así, las crisis existirán siempre, siempre serán peores o mejores, pero serán crisis al fin. El hombre sin control es caos, y aún con control, la propia interacción humana genera conflicto. Para ello existen las leyes, para guiarnos en tiempos complejos. Un ejemplo del descontrol y la crisis de las instituciones son los estados de excepción. Así las cosas, se ha desvirtuado la finalidad de los estados de excepción y han servido como una herramienta más del Poder Ejecutivo para consolidarse en el Poder. Una solución a este problema es la eliminación de tal figura en aras de evitar su abuso. Sin Estado de Excepción, en las crisis políticas el Poder Ejecutivo se encontraría sujeto a los mecanismos jurídicos que contempla el Derecho, y no el libertinaje de la discreción política<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Esta fue la solución que en el Derecho Norteamericano se ha contemplado en los supuestos de crisis políticas. Así, en *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló interesantemente que: “this contemporary foreign experience [refiriéndose aquí a nuestra concepción de Estado de Excepción] may be inconclusive as to the wisdom of lodging emergency powers somewhere in a modern government. But it suggests that emergency powers are consistent with free government only when their control is lodged elsewhere than in the Executive who exercises them. That is the safeguard that would be nullified by our adoption of the ‘inherent powers’ formula. Nothing in my experience convinces me that such risks are warranted by any real necessity, although such powers would, of course, be an executive convenience. In the practical working of our Government we already have evolved a technique within the framework of the Constitution by which normal executive powers may be considerably expanded to meet an emergency. Congress may and has granted extraordinary authorities which lie dormant in normal times but may be called into play by the Executive in war or upon proclamation of a national emergency. In 1939, upon congressional request, the Attorney General listed ninety-nine such separate statutory grants by Congress of emergency or wartime executive powers. They were invoked from time to time as need appeared. Under this procedure we retain Government by law -- special, temporary law, perhaps, but law nonetheless. The public may know the extent and limitations of the powers that can be asserted, and persons affected may be informed from the statute of their rights and duties”. Ciertamente tiene sentido sostener que

El contraargumento para esta tesis es la hipótesis de la propia crisis política y la existencia del derecho actual de controlar el Poder Ejecutivo. ¿Es posible regular la crisis de las instituciones? Ciertamente, existe un derecho de los Estados de Excepción que pretende regular el poder del ejecutivo en tales escenarios. Pero analicemos la realidad: ¿de qué ha servido esta regulación? Con un Poder Judicial sumiso al régimen, y con interpretaciones adulantes ajenas a la Ley que pretende proteger, ha convertido al Estado venezolano actual en gobierno de facto. Por una parte, se encuentra la pregunta empírica ¿qué hacer en tales supuestos? Algunos, creen la necesidad de un gobierno central fuerte como la solución a tal dilema. Nosotros diferimos de tal solución; entregar más poder al Poder Ejecutivo, es darle un cheque en blanco para obrar sin límites. El cambio puede y debe existir, pero a través de los mecanismos que el derecho ha ideado para ello.

No podemos olvidar que, como ciudadanos, somos súbditos de la Ley. Es por este fin que la Constitución no debe ser ideológica, debe ser neutral ante cualquier idea política. Nosotros denominamos este escenario como el triunfo del imperio del Derecho sobre las formas del pensamiento. Y en esta finalidad, es importante precisar que la norma suprema no es una declaración de conquistas sociales.

No queremos decir que el pensamiento político sea irrelevante, pues no lo es, pero en términos constitucionales, debe quedar en un segundo plano. Por esta pregunta ante nosotros, postulamos la premisa de la necesaria *neutralidad constitucional*. Pero ¿qué significa que la Constitución sea neutral? Sorpresivamente, la doctrina nacional calla sobre la neutralidad que debe imperar en las instituciones políticas desde una perspectiva constitucional y más allá de los postulados de la teoría general del derecho. Y es así, como no existe entre nosotros un comentario al respecto.

### III. LA CARENCIA DE NEUTRALIDAD CONSTITUCIONAL

La Ley debe ser neutral, significando esto que no toma partido entre los sujetos que gobierna. El imperio de la Ley es también, el imperio de la neutralidad. Esto tiene sentido por lo siguiente: la Ley no puede ser partidista –no toma partido entre sus súbditos– y debe procurar la solución que ella

---

en las crisis políticas el Poder Ejecutivo debe someterse al Derecho preestablecido y los mecanismos que la propia Constitución establece. Nuestra experiencia ha demostrado que normatizar la crisis, por medio de Estados de Excepción, realmente empodera aún más al Poder Ejecutivo. Basta con analizar el abuso ejercicio por el Poder Ejecutivo en su “lucha” en la denominada guerra económica. Más de diez decretos declarativos de Estados de Excepción que de facto, hicieron nugatorio la noción de Estado de Derecho.

establezca conveniente –regla de corte<sup>14</sup>–. La Ley para ser tal, no tiene que ser democrática, no tiene que ser justa, ni tiene que ser divina para tener validez. En modo similar estas mismas presiones aplican a la Constitución, que, como la Ley, no debe tomar partido entre sus gobernados e igualmente es eminentemente práctica. En este caso, la praxis es controlar el poder, pero se agrega a la fórmula un factor adicional que es muy difícil de controlar: el proceso político. Por ello, la Constitución no debe participar en el proceso político, sino que da las reglas para que la política se desarrolle. En otras palabras, la política debe subordinarse a los mecanismos y controles que la propia Constitución impone. En este sentido, la Constitución no es ideológica, porque no hace suya ninguna escuela política de pensamiento. El deber de la Constitución Política moderna es encausar las distintas formas de pensamientos entre sus normas<sup>15</sup>.

Pero nuestra Constitución no es *neutra*<sup>16</sup>. En cambio, ha sido abiertamente partidista a un proyecto político<sup>17</sup>. No es un secreto que la Sala Constitucional ha sentado las bases, con precisión, de un nuevo *derecho revolucionario*, ajeno a aquél enseñado en las escuelas de Derecho del país y muy ajeno a nociones básicas de nación republicana. Pero la negación por nuestra parte del Estado Social no es la negación del Derecho, ni de los derechos sociales. Creemos que la Constitución no debe adoptar ninguna teoría social, ni mucho menos, teorías económicas. La Constitución debe ser la rectora de la realidad desde la distancia, permitiendo a cada persona ejercer su postura política. Así, es trabajo del Poder Legislativo a través de la ley formal establecer regulaciones con carácter social, no de la Constitución. En nuestra opinión, el carácter social

---

<sup>14</sup> Por regla de corte, nos referimos al hecho de que la ley es final es su mandato, independientemente de su interpretación por los jueces. Por ejemplo, si la Ley ordena la prohibición de comer manzanas, existe un mandato de conducta indiscutible e irrefutable, independientemente de la interpretación aplicable a qué tipo de manzana se subsume en el tipo normativo.

<sup>15</sup> La Constitución no debe adoptar ninguna doctrina socioeconómica porque no son suyas, ni asumirlas como propias porque no es su función. Las distintas doctrinas y posturas del pensamiento humano convergen con la norma suprema, pero son ideas distintas y autónomas a la propia autonomía constitucional.

<sup>16</sup> Sobre la neutralidad constitucional se ha escrito en el derecho constitucional americano. En este sentido véase Herbert Wechsler, *Toward neutral Principles of Constitutional Law*, *Harvard Law Review*, Cambridge, 1959. Para Wechsler la neutralidad en sí misma es un control dentro del sistema federal que establece la Constitución americana y en el marco del principio de la separación de los poderes.

<sup>17</sup> Interesantemente, nadie en nuestra “doctrina” constitucional ha mencionado la importancia de la neutralidad de la Constitución. En cambio, los recientes proyectos de Constitución han estado rodeado de algún proyecto político de fondo. Evidentemente, definir la línea entre lo jurídico y lo político es por demás difuso.

de la Constitución no puede inferirse a través de la interpretación ya que nace el problema si la Constitución tiene sentido dependiendo de lo que inferimos que es<sup>18</sup>.

Si aceptamos la tesis de que el Estado debe realizar ciertas políticas públicas para garantizar el bienestar de sus ciudadanos, puede decirse que el Estado tiene una agenda de políticas públicas que efectuar por mandato constitucional. Aquí, resulta necesario diferenciar entre políticas públicas y los derechos sociales<sup>19</sup>. Siendo la constitución partidista *per se*, en el caso venezolano la Sala Constitucional ha ampliado esta afirmación. Así, es oportuno afirmar que la Constitución vigente es partidista desde su nacimiento y sus primeras interpretaciones<sup>20</sup>. Esto es clave, ya que no puede existir un Derecho Administrativo adecuado, sin un derecho constitucional adecuado. La realización material de la política pública se encuentra en la ley administrativa que habilita al Poder Ejecutivo a actuar, no una Constitución que garantiza derechos genéricos. Evidentemente, hay derechos subjetivos tan fundamentales, que deben estar en el texto constitucional. En el caso norteamericano, el tratamiento del habeas corpus es un ejemplo de esta afirmación<sup>21</sup>. Los derechos fundamentales son la base del ordenamiento creado por la Constitución y su limitante. Pero hay que advertir, que no todo

---

<sup>18</sup> Ello implicaría admitir que los jueces, intérpretes natos de la norma suprema, pudieran hacer política a su discreción, y este no es el trabajo propio de la judicatura. Pero en nuestra realidad constitucional, los jueces, y más allá de los políticos, han tenido una trascendencia peligrosa sobre el sentido de Derecho y la Constitución.

<sup>19</sup> En este sentido, advierte acertadamente ARIAS que los “derechos económicos, sociales o culturales”, no son derechos propiamente, y aunque son “valiosos” como hemos visto para el plan socialista, ello no los convierte en auténticos derechos [...] tales “derechos” no tienen un contenido definido, un claro sujeto obligado, claros y definidos deberes correlativos, mas sólo tienen tutela judicial efectiva sólo si media la labor del legislador, es decir, sólo si hay una “interpositio legislatoris” que defina su “contenido esencial” (ALVARADO citando a Tomás Arias Castillo, “La sentencia N° 1002/2004 y el derecho a la salud en Venezuela”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 128/2007, pp. 153 y ss., ob. cit., p. 40). En este sentido, cabe destacar que los derechos sociales, por el hecho de ser sociales, no son mejores que los derechos procesales, o los derechos relativos a la propiedad o la libertad. Los derechos siempre serán derechos, sin importar su calificativo.

<sup>20</sup> El Dr. DELGADO OCANDO, siendo magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentó las bases de la teoría constitucional revolucionaria con múltiples sentencias sobre “conquistas sociales”. Esto ha sido documentado por el profesor RAMÓN ESCOBAR LEÓN en varios artículos periodísticos publicados en el diario El Nacional y que pueden ser consultados a través del link <https://www.elnacional.com/author/col-ramonescovar/>

<sup>21</sup> U.S Constitution, Article I, §9, clause 2: the Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.

derecho es realmente *fundamental*<sup>22</sup>. Y aquí entra en el juego, cual postura del pensamiento sobre el derecho consideramos correcta<sup>23</sup>.

En todo caso, la Constitución debe ser precisa, y entender que no todo es constitucionalmente relevante. Somos fieros creyentes de la necesidad de la desconstitucionalización de instituciones jurídicas que carecen de “relevancia” para ser incluidas en el texto. Si entendemos que la finalidad de la norma suprema es normar el poder, mal puede hablar de otras cosas, pues es tarea del legislador y no del constituyente. Así las cosas, un ejemplo de ello, es el bosquejo creado por la Constitución de 1999 sobre el Derecho de Familia al establecer que el matrimonio es entre un hombre y una mujer. ¿Realmente era necesario una cláusula de esta naturaleza en el texto de la Constitución?

Igualmente, y mucho más polémico, podemos preguntarnos ¿los derechos de los trabajadores deben tener protección constitucional? ¿Los estándares de política macroeconómica deben ser constitucionalmente impuestos? ¿Debe establecerse los mecanismos de derechos humanos dentro del bloque de la constitucionalidad? Creemos que estas preguntas demuestran el desborde del concepto de Estado Social constitucional pues se ha abarcado demasiado en su objetivo. Pero el tema se torna aún más complejo al debatir, por ejemplo, la importancia del derecho a la educación en nuestro sistema de reglas. El derecho a la educación y el derecho al acceso a la salud pública, son derechos constitucionalizados característicos del Estado de bienestar.

La progresividad de los derechos nace en la ley y no en la Constitución. Hemos sostenido que la Constitución tiene fines puntuales, mientras que la ley es genérica en su especie y puede regular ampliamente los mandatos que considere siempre que siga el procedimiento constitucionalmente establecido. La Constitución establece, mientras que la ley aplica lo establecido. Es por ello

---

<sup>22</sup> Somos de la opinión que existen derechos pre políticos y preexistentes a la realidad del Estado de Derecho, y por ello, no es un trabajo constitucional reconocerlos. En la primera parte de este ensayo, nos hemos referido a los fines constitucionales y a ellos nos remitimos. Sin embargo, a efectos de profundizar esta discusión que nuestra opinión tiene relevancia a los efectos de la interpretación, ahondemos más en la idea o dogma de la naturaleza de los derechos a interpretar. Así las cosas, podemos dividir la discusión en dos clases de derechos fundamentales: en primer lugar, aquellos verdaderamente preexistentes al Derecho per se, y, en segundo lugar, aquellos, derivados de la creación del Estado de Derecho. En este segundo grupo encontramos el debido proceso procedimental, el habeas corpus, y en general las garantías consagradas en la constitución para proteger derechos.

<sup>23</sup> Somos de la opinión que los derechos son preexistentes al ser humano por el mero hecho de ser hombre. Esto supone una dignidad, que entiende nuestra cultura como una forma de ser, desarrollarse, y expresarse bajo los preceptos básicos de libertad, propiedad y desarrollo individual.

que la progresividad es de ley y no debe ser progresividad constitucional. La primera, reconoce que los derechos se establecen en la ley como acto sancionado por el Congreso. Esto supone legitimidad democrática.

La progresividad constitucional, en cambio, supone que el mero texto constitucional sea una declaración de derechos y ello no es el fin de la norma suprema. Ciertamente, ciertos derechos se encuentran constitucionalmente normatizado por su peso en el sistema de contrapesos. Pero ello es así por su función de garantías frente al poder, y realmente, son limitaciones a los poderes constituidos. Los restantes derechos subjetivos, que se crean en el marco de los avances sociales, no tienen por qué constitucionalizarse pues desvían el propósito constitucional. Así, es certero afirmar que la progresividad de la constitución no es tal: la sociedad progresa, y con ello, su interpretación de las normas constitucionales y legales.

Las formas son necesarias en Derecho para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales. Los derechos sin formas correlativas para su ejercicio es el regreso al estado de naturaleza. La libertad es tal cuando es ordenada<sup>24</sup>. El esquema institucional básico supone lo anterior: existen derechos fundamentales que deben ser protegidos, existen garantías como protecciones, y existe autoridad de los Poderes del Estado que son limitados por los derechos y protegidos por las garantías<sup>25</sup>. La Constitución consagra la libertad de sus ciudadanos, pero es la Ley, por autorización constitucional, que establece las limitaciones. Esto genera un fenómeno de libertad ordenada: por una parte, se consagran ciertos derechos como fundamentales para todo hombre, y, por otra parte, se limita su ejercicio en tiempo, lugar, y modo para que todos podamos ejercer conjuntamente nuestros derechos.

Existe un rechazo al formalismo jurídico en el pensamiento jurídico venezolano que, además, se encuentra de cierta forma consagrado en la Constitución de 1999<sup>26</sup> y ciertamente avalado por el surgimiento del nuevo

---

<sup>24</sup> Concordamos con que “la libertad jurídica (externa, por tanto) no puede definirse, como suele hacerse, como la facultad de hacer todo lo que se quiera, con tal de no perjudicar a nadie. Pues ¿Qué significa facultad? [...] La posibilidad de una acción en tanto que con ella no se perjudique a nadie. Por lo tanto, la explicación de la definición vendría a ser: libertad es la posibilidad de una acción”. Héctor Silva Michelena, *Pensadores de la democracia, Introducción, comentarios, selección y diccionario*, ob. cit.

<sup>25</sup> Esta es una idea ampliamente difundida en la cátedra de Teoría de la Actividad Administrativa dictada por el profesor Gustavo Grau, en la especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

<sup>26</sup> Paradójicamente, desde el derecho anterior a la vigencia de la Constitución, ha existido una doctrina civil y procesal muy formalista y conservadora que rememora el ortodoxo *ius civile* romano. Al respecto, cabe leer cualquiera de los autores nacionales al respecto.

constitucionalismo latinoamericano. Sin embargo, quiero señalar que el formalismo no implica la negación de derechos. Las formas existen porque son necesarias para garantizar el ejercicio de los mismos. A su vez, las formas generan un ejercicio ordenado, limitando su tiempo, forma y ámbito. Ahora bien, el problema radica cuando las formas son redundantes y atrofian el ejercicio de tales derechos.

En este contexto, creemos certero afirmar que la doctrina de derecho público venezolana nunca se ha paseado exhaustivamente por el análisis de los métodos de interpretación constitucional, salvo recientes avances al respecto<sup>27</sup>. Si bien, es notoria la presencia de cierto *iuspositivismo kelseniano* desde mediados de 1950, en parte, gracias a la dogmática jurídica aceptada en la Universidad Central de Venezuela<sup>28</sup>, nos falta diversidad en la manera de entender el Derecho. De esta forma, el pensamiento positivista ha impregnado en buena parte de la doctrina nacional creando una errada apreciación del fenómeno jurídico

Esta situación también ha sido catalogada como *derechos originarios* y *derechos subsiguientes*, en los cuales, los primeros son aquellos que proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma, por lo tanto, son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana, mientras que los segundos, son aquellos que dimanan de la naturaleza humana en relación con situaciones creadas por el hombre<sup>29</sup>. El debate sobre la existencia de derechos preexistentes al Derecho nos lleva a debatir sobre la existencia del derecho natural y su utilidad o no, en la teoría constitucional y administrativa que queremos asentar. El criterio del intérprete de la norma constitucional es quien define su verdadero contenido y alcance. Así, es indudable a nuestro parecer, que sea cual sea nuestra postura sobre el derecho, nuestra educación y cultura tendrá influencia en nuestra percepción del fenómeno legal.

En nuestra opinión, el derecho natural ayuda a un mejor entendimiento de la rigidez de los principios y dogmas de la teoría constitucional y la teoría administrativa<sup>30</sup>. Y aún más, ayuda en una interpretación integral de la norma

---

<sup>27</sup> Al respecto véase Claudia Nikken, *Consideraciones sobre las Fuentes del Derecho Constitucional y la Interpretación de la Constitución*, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, Venezuela, 2019.

<sup>28</sup> Situación ampliamente comentada por María Luisa Tosta, *Ius-naturalismo, positivismo y formalismo jurídicos en la doctrina venezolana*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1975.

<sup>29</sup> Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 2º ed., Bogotá, p. 78.

<sup>30</sup> Señala Hervada que el derecho positivo debe interpretarse según el derecho natural, pues el último antecede al primero y el derecho natural se ha positivizado en el sistema de normas. Es decir, el derecho natural ya es derecho positivo, y en nuestra opinión, tiene inclusive

suprema y sus normas derivadas. En este punto, surge una dualidad importante. Por una parte, los principios básicos del sistema constitucional son inmutables, y son concebidos para perdurar en el tiempo en su control. Mantenemos en estas letras que para la existencia de un sistema constitucional coherente deben existir *dogmas constitucionales*<sup>31</sup> que impactan nuestra explicación del fenómeno administrativo, y como la administración pública busca ejecutar políticas públicas.

#### IV. CONSTITUCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y DEMOCRACIA

La idea de este ensayo es también desmontar algunos mitos. Entre ellos, la afirmación de que la democracia es una suerte de paraíso y objeto fundamental de la Constitución, e indirectamente, elemento característico de la actuación de la Administración Pública. De plano, somos de la opinión que no lo es. De hecho, creemos que se ha mitificado el derecho al voto y la democracia como figuras fundamentales de la vida política del mundo occidental. Al menos en Venezuela, nosotros diferimos de tal afirmación. En términos constitucionales, el sistema de contrapesos no tiene que ser necesariamente democrático, y de hecho bien puede ser *antidemocrático*. De hecho, la Administración Pública no es democrática al suponer su existencia a las órdenes, en buena medida, del Poder Ejecutivo y no de la ciudadanía. En el plano constitucional, en sentido estricto, la Constitución es impuesta por el constituyente y no es producto de un continuo debate democrático, pues, si las normas constitucionales fueran constantemente revisables perderían su eficacia de reglas en la vida social. Su poder radica, precisamente, en su carácter de absoluto. Ahora bien, hemos dicho que el fin de la Constitución es controlar el poder.

Hemos anticipado ya que la Democracia es un medio para alcanzar el poder, y como tal, es susceptible de control. Así, lo que debe denominarse *democracia constitucional* es una herramienta de legitimación del Poder Público y no un objetivo fundamental de la Constitución. De esta manera, la democracia sirve para dar soporte a las instituciones republicanas y permitir la participación de los ciudadanos. En otras palabras, la democracia es un instrumento que tiene utilidad en la medida que mantiene el aparataje

---

cabida más allá de la norma formal, sino en el pensamiento crítico del intérprete del derecho. Es por ello que “el oficio del jurista no es declarar lo legal, sino declarar lo justo”. Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, ob. cit., p. 170. Precisamente, la declaración es un trabajo del intérprete de las normas jurídicas, que puede humanizar o deshumanizar su aplicación en contra de la dignidad del ser humano.

<sup>31</sup> Por dogma, nos referimos a verdades inquebrantables y no sujetas a revisión o crítica. La norma constitucional constantemente revisada pierde eficacia, pues la eficacia radica, precisamente en su carácter absoluto.

republicano, y no finalidad en sí misma. Así las cosas, se legitima los poderes en dos formas: por una parte, por medio de la participación del ciudadano en los asuntos de Estado, y, por otra parte, como forma de distribución de posiciones de poder entre los distintos poderes. Es por lo anterior que una Constitución no es *buena* por ser democrática.

Fíjese que, en esta afirmación, poco importa si la democracia es *directa* o *indirecta*. El objetivo de la herramienta es de distribución y legitimidad entre los poderes constituidos. No nos malinterpreten, no profesamos en este ensayo estar en contra de la democracia como institución política ni estar en contra de su progresividad. Evidentemente, la democracia es un triunfo de la sociedad ante el poder absoluto. Gracias a la democracia podemos elegir a quienes nos gobiernan y quienes pueden administrar nuestras vidas como comunidad. No hay un reemplazo mejor a su función y sentido en la vida política. Sin embargo, esto no impide que critiquemos lo que en nuestra opinión es pertinente criticar. En nuestro caso, la Constitución Venezolana de 1999 es una muestra de cómo una constitución producto de un proceso democrático puede ser una mala constitución<sup>32</sup>. Así, por ejemplo, el constitucionalismo venezolano ha aceptado la premisa de la regla sobre mayoría democrática –cuando un colectivo mayoritariamente en votos puede imponerse a un colectivo inferior en número–. Con base en esta premisa, una mayoría de ciudadanos puede imponerse sobre una minoría e imponer su voluntad a gusto y modificar el Estado al antojo de los políticos de turno. Esto va en contra de todo lo narrado en este ensayo.

Si partimos sobre la base de la necesidad de control ¿Por qué dar rienda suelta a la democracia cómo si todo lo pudiera solucionar? ¿Qué ocurre si la mayoría se encuentra equivocada? La democracia ni puede resolver todos los problemas en sociedad ni puede imponer la verdad sobre la mentira. Una de las lecciones de la Constitución vigente es que el lenguaje también puede ser una forma de oprimir, ya que puede limitar la interpretación de las normas jurídicas. Esto es clave en la moderna teoría de interpretación constitucional pues el lenguaje es la medida de la interpretación de la Constitución y la Ley. En nuestra realidad tenemos varios ejemplos de conceptos vagos en tendientes a crear un Estado todo poderoso, y esto ha sido, comentado por los críticos del constitucionalismo venezolano actual<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Véase en este sentido Francisco Delgado, *La idea del derecho en la Constitución de 1999*, ob. cit.

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, el pueblo, como concepto, es una figura opresiva por quienes ostentan el Poder. Y esto es así porque el pueblo, como concepto, es tan diverso y amplio que no puede definirse. Así, ante la falta de funcionabilidad de la Administración de Justicia, el constituyente de 1999 convenientemente crea un “Estado de Justicia” para remediar tales

En la modernidad, al margen de los mecanismos constitucionales, la democracia puede ser fácilmente manipulada y he allí el peligro de su descontrol como poder constituido en un esquema de derecho. En este sentido, el ejemplo de Venezuela es muy ilustrativo: la democracia desmedida puede destruir la república que tanto ha costado y arruinar las bases constitucionales del Estado establecido. Por ello, la democracia puede ser opresiva si su uso es inadecuado o exagerado. Así, mantenemos que la democracia se encuentra sobrevalorada y es utilizada para fines oscuros.

Normalmente, en la lengua cotidiana se confunden los términos república y democracia como si fueran conceptos similares, o más aun, como si fueran sinónimos. Lo mismo con los conceptos de democracia y libertad. ¡Vaya confusión! Y es que la Democracia puede ser opresiva en manos equivocadas y la república puede ser de papel sino se entiende su por qué. Mucho más, la democracia puede ser la negación de la libertad de los ciudadanos. Otra confusión, tiene que ver con los derechos derivados de la democracia, que son, distintos a la democracia en sí misma. Por una parte, la democracia es el sistema político y, por otra parte, el derecho a votar es el ejercicio de un derecho que nos concede la ley por el hecho de ser hombres y desenvolvemos en la vida política. Se dice que el voto es un derecho fundamental porque sin él, las personas que hacen vida en un sistema jurídico no pueden elegir y ocupar cargos de poder en las estructuras constitucionales establecidas. No dudamos del fundamentalismo del voto como derecho subjetivo.

En efecto, el voto es una conquista social. Sin embargo, veámoslo de la siguiente manera: ciertamente votar es un derecho fundamental, pero ¿es este derecho fundamental más fundamental que otros? Una idea que queremos mantener en este ensayo es que el sistema de contrapesos no tiene que ser necesariamente democrático y ello no es algo que sea reprochable o desacertado. Creemos que, desde la perspectiva del derecho, la democracia es una forma pura de poder que debe ser controlada. ¿Y qué es el derecho sino controles que crean uniformidad y certeza en la vida de los hombres? La democracia tiene que ser controlada por la ley y no a la inversa. En este punto, nos encontramos con una cuestión problemática: el problema de la voluntad colectiva.

---

carencias. No somos los primeros en señalar que el Estado de Justicia es un sinsentido del lenguaje. Véase Antonio Canova González, Carlos Leáñez Aristimuño, Giuseppe Graterol Stefanelli, Luis Alfonso Herrera Orellana y Marjuli Matheus Hidalgo, *La Neolengua del Poder en Venezuela: Dominación Política y Destrucción de la Democracia*, 2013, Caracas. En igual sentido, Delgado Soto, Ob. cit.

El colectivo humano puede decidir quién elegir a ostentar cargos públicos. El poder de decisión es un poder tan importante como la estructura constitucional pues permite a los ciudadanos decidir la conducción del aparataje del Estado. Desde el punto de vista institucional, la clave es entender que la voluntad del colectivo no es norma suprema, y que la norma suprema no es el colectivo. La ciencia política se ha encargado de delinear estos conceptos, como ya hemos comentados en estas palabras, y no es aquí el lugar para discutir su contenido y alcance. Sin embargo, creemos conveniente partir de la premisa de que la Constitución debe ser mayoritariamente *republicana* en lugar de *democrática*.

Cabe precisar, que terminológicamente, el concepto de sociedad democrática se ha acuñado para referirse a la sociedad actual donde debería imperar la tolerancia, el respeto a la ley, y la libertad de expresión, como forma de organización social. En sentido constitucional, la democracia es una herramienta de poder que, como tal, debe ser controlada. No obstante, nuestra realidad nos proporciona infinitos ejemplos y fracasos. A título de ilustrar este punto, analicemos lo siguiente: ¿tiene que ser una Constitución fruto de un proceso democrático para tener validez en su propósito y sentido?

La Constitución Norteamericana es un ejemplo de cómo una Constitución puede ser producto de deliberaciones no democráticas. Nadie puede dudar de la viabilidad de su estructura y la fuerza de su contenido y cómo representa un ideario nacional que vela el presente y el futuro de esa nación. Históricamente, un grupo de colonos se organizaron para contradecir los mandatos de la corona británica y se dieron su propio derecho. Ni se pensaba en la democracia como actualmente la sostenemos en el pensamiento político. Ahora bien, se preguntará un joven que solo ha vivido la era democrática ¿cómo se mantiene una Constitución que no fue producto de una votación popular? Porque su objetivo no era democrático, su objetivo era estructural y cómo método de control del poder como ya hasta la sociedad hemos advertido. Sin embargo, al analizar la Constitución Norteamericana podemos notar dos cosas sumamente curiosas pero ilustrativas a los efectos de este ensayo.

En primer lugar, es un texto corto a diferencia de las constituciones modernas del siglo XIX en adelante. En segundo lugar, no tiene como propósito abarcar en su marco todas las áreas de interacción humana ni pretender regular la vida del hombre más allá de su aspecto político. Así, es certero afirmar que la Constitución americana (i) no es social ni pretende serlo; (ii) es clara en sus propósitos de delimitación del poder; y (iii) protege derechos fundamentales que son elementales para la protección de la dignidad humana. Como ya hemos adelantado, el verdadero objetivo de la

Constitución es la libertad ordenada con base en un sistema de principios, y es aquí donde la Constitución Norteamericana destaca frente a otras.

En este punto del ensayo, es importante notar que la Constitución y la democracia no son enemigos, pero tampoco son compañeros. Sirven propósitos diferenciados. Para algunos, se ha querido vender la idea que la Constitución debe ir a la vanguardia del desarrollo de los derechos sociales<sup>34</sup>. Somos de la opinión que ese no es el trabajo de una Constitución ni de la Administración Pública. Los avances de la sociedad no son triunfos que se logran solamente por su incorporación al texto de la Constitución. La hipertrofia constitucional y administrativa no garantiza tales conquistas, sino que puede entorpecer el quehacer de la Administración Pública y la realidad actual es un ejemplo de ello. ¿Puede la administración actual llevar a cabo todos los mandatos constitucionales que impuso el constituyente de 1999? Indudablemente no. A duras penas existen los medios suficientes para alimentarnos gracias a la aniquilación del sector privado que es vital para el desarrollo del acceso de los bienes y servicios que la sociedad necesita<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> La importancia de los derechos sociales no deriva del hecho de ser sociales, derivan en cambio de ser mayoritariamente aceptados como necesario para el desarrollo de nuestra sociedad.

<sup>35</sup> Podemos afirmar que existe la siguiente regla general: mientras más cláusulas constitucionales, más rigidez en la interacción de los poderes de la República. Con esta idea, también se apareja la siguiente: hay materias que deben estar consagradas en la Ley, y no en la Constitución, porque la Constitución no es un código, ni funciona como tal. Lo contrario, genera el problema de leyes inflexibles y rigidez jerárquica entre las normas jurídicas, lo que inhabilita el quehacer de las instituciones políticas y de la misma Administración Pública. Así, por ejemplo, en nuestro caso, la Constitución de 1999 regula muchísimas materias muy diversas. Toda ley posterior debe someterse a los lineamientos del texto con base en la jerarquía de las normas jurídicas. Estos parámetros no fueron decididos en el calor del debate parlamentario, fueron impuesta por los constituyentistas como proyecto de nación. Ciertamente, en el garantismo que pretende establecer la Constitución del 1999, paradójicamente limita en muchos aspectos el quehacer del Estado al procurar innumerables fines sociales. Así, la Constitución no es un manual de procedimientos, ni mucho menos, un instructivo. En Derecho Constitucional Comparado, en *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316., la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica declaró sobre la naturaleza de la Constitución lo siguiente: “[provisions are] made in a constitution [to be] intended to endure for ages to come, and, consequently, to be adapted to the various crises of human affairs. To have prescribed the means by which government should, in all future time, execute its powers, would have been to change, entirely, the character of the instrument, and give it the properties of a legal code. It would have been an unwise attempt to provide, by immutable rules, for exigencies which, if foreseen at all, must have been seen dimly, and which can be best provided for as they occur”. Esta idea, más allá de nuestras fronteras, tiene mucha fuerza en el pensamiento del derecho constitucional contemporáneo. La Constitución no es un panfleto más de legislación, es una idea fundamental para el desarrollo de la sociedad.

La constitucionalización de los problemas sociales para sustentar proyectos políticos es sumamente riesgosa para el ejercicio de la libertad de los ciudadanos frente al poder. En cambio, la Constitución venezolana usa el lenguaje como forma de tergiversar los verdaderos propósitos de una constitución y embelesar con ideales democráticos falsos. En derecho, las palabras importan, tanto su orden como origen semántico<sup>36</sup>. En política, el lenguaje puede ser también una forma de oprimir. La Constitución de 1999 es opresiva al imponer un ideario político irrealizable a los solos efectos de mantener un proyecto político. La Constitución debe ser precisa, y entender que no todo es constitucionalmente relevante, entre ello, la democracia no es primordial para la vida constitucional de los ciudadanos.

La democracia tiene que ser constitucional para tener sentido en un sistema de derecho. Para entender esta idea mejor, desmembramos el concepto en partes y analicémoslo por separado. Primero, la democracia es un poder y como tal tiene que ser controlado. Para lograr tal control, el voto de la mayoría no necesariamente tiene que ser vinculante. Por una parte, el balotaje, elecciones en grados, respeto a las minorías, son formas de contener a la ciudadanía en el ejercicio de sus derechos políticos, porque los ciudadanos se pueden equivocar en el ejercicio de sus derechos. Por otra parte, la democracia no es una finalidad del sistema ni de la Administración Pública, ya que, una vez electos los candidatos a ostentar cargos públicos, su función se agota y queda al aparataje republicano mantener el Estado y sus instituciones.

No tratamos en este ensayo el problema de la hipertrofia legislativa, que, para algunos, impide los fines de la democracia. Bajo un sistema constitucional, la voluntad del legislador es permitida como fin de ordenación de la vida de los hombres. La ley es de los hombres, y, de seguir el procedimiento establecido, es la verdadera forma de demostración de la voluntad de los ciudadanos. La democracia en sentido estricto, es decir, a través de las formas establecidas por el ordenamiento jurídico, es la única forma de garantizar que, por una parte, exista la participación de los ciudadanos en el aparataje de la república, y que, por otra parte, se respete el sistema de control del poder de dicha participación.

---

<sup>36</sup> En este contexto de la importancia del lenguaje, ciertamente ha pasado por alto la distinción entre el poder y los derechos. El poder, por una parte, se refiere al imperio mismo que nace de la Constitución a figuras expresamente creadas por ella, y que se encuentre en cabeza de personas. Los derechos, en cambio, son las libertades de los ciudadanos que son reconocidas como límites del poder. Salvo el contexto del Derecho Internacional Público, donde los Estados son sujetos de derecho, la expresión derechos del Estado es errada. La República ejerce poder en aras de su autoridad conferida en la Constitución, nada más. Solo los ciudadanos tienen derechos frente a la bestia del poder.

Igualmente, un problema adicional es el excesivo cuestionamiento constitucional en nuestra realidad político legal. Esto afecta tanto el quehacer administrativo como el funcionamiento de los poderes constituidos, pues todo está sujeto a revisión constante por los mandatos (errados o no) establecidos por la Constitución. No pretendemos decir que no deba plantearse problemas constitucionales ante los tribunales. Contrariamente, esto es parte del normal desarrollo litigioso en toda sociedad. Así, imaginemos que hipotéticamente una ordenanza prohíbe la vida en conjunta de una pareja de homosexuales por razones de política pública municipal. El mero hecho del incumplimiento de tal ordenanza en aras de plantearse un cuestionamiento constitucional es válido. Pero una Constitución excesivamente garantista es, paradójicamente, una Constitución contraria a los derechos que pretende proteger, pues la falta de mandatos absolutos genera revisión, innecesaria, de los pilares de nuestro sistema de Estado.

Ciertamente, creemos que los jueces están para hacer derecho e interpretar la Constitución por medio de la técnica. Ahora bien, la Constitución no está diseñada para ser un plan político de los partidos políticos de turno. He aquí la relevancia del debate parlamentario y el modelo de Estado. El Congreso, es el organismo idóneo para debatir y contradecir la acción del Poder Ejecutivo, y la forma que debe concebir para el alcance de tales fines del Estado. Si de tal debate debe concluirse que la acción del Estado es social, no hay más que discutir. Pero esta opción también da la posibilidad de discutir, si es necesario un Estado con políticas liberales, pues los conceptos de liberalismo y socialdemocracia van más allá del bien y del mal en el mundo globalizado. Así, se deja abierta las dos posibilidades sin una estar expresamente prohibida en el texto constitucional. He aquí, la verdadera pluralidad del pensamiento canalizada en la ley: siendo ésta ajena a toda corriente de pensamiento, siendo la ley neutral.

La Constitución no debe ser ideológica, debe ser política en sentido amplio, y neutral en sentido estricto. En sentido amplio es base para la participación de las fuerzas políticas. En sentido estricto es neutralidad constitucional para establecer las limitantes del poder sin intervenir en el proceso político, y establecer las bases para la ejecución material de los fines de la Administración Pública. Hemos hablado en este texto de la relevancia de la institucionalidad. Pero ¿cómo se concreta ésta? Los hombres hemos ideado el mecanismo de la separación del poder como método de fraccionamiento del poder en distintas funciones públicas para que la vida en sociedad sea viable. MONTESQUIEU señalaba la importancia de tres poderes: un ejecutivo que aplicaba las leyes y dirigía la nación; un legislativo que

dictaba la ley para ordenar la sociedad; y un judicial para resolver las controversias entre los ciudadanos<sup>37</sup>.

## V. LA VERDADERA IMPORTANCIA DE LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES

Hay una importante distinción entre la Administración Pública y el principio de separación de poderes como ya hemos adelantado al adentrarnos en el dogma del control del poder. Con igual importancia existe una diferencia entre agenda partidista y política pública como ya hemos señalado. Ahora bien, creemos que la separación de poderes existe aun cuando no existe una cláusula constitucional declarativa en tal sentido, y así lo ha entendido la doctrina constitucional moderna<sup>38</sup>.

La idea de la división del poder es distribuirlo entre distintas personas para así evitar que alguien sea demasiado poderoso y que unos puedan repeler a los otros en escenarios de crisis. La separación del poder es un principio constitucional que trasciende la inserción del mero texto normativo. En este sentido, la colaboración entre los poderes debe ser limitada a lo necesario para mantener la estructura de la República en funcionamiento. La falta de definición entre los límites entre los poderes del Estado conlleva a un innecesario caos en la actividad administrativa, logrando en la práctica una administración dotada de súper poderes. El problema de la adopción del *principio de colaboración interorgánica* que posee la Constitución de 1999 es que debe ser la excepción y no la regla constitucional.

De igual forma, esto se entrelaza con el carácter presidencialista de la Constitución y que impacta el quehacer del Poder Ejecutivo y la Administración Pública que dirige. En efecto, si el Presidente de la República no se contrala suficientemente, ha demostrado ser otra forma de rememorar las antiguas monarquías absolutas, y esto la práctica venezolana lo ha demostrado. Es por ello que la colaboración entre los poderes debe ser limitada a lo necesario para mantener la estructura de la República en funcionamiento. Ello indirectamente, implica una Administración Pública atada a los límites propios del Poder Ejecutivo.

---

<sup>37</sup> Charles de Secondat Montesquieu, *El espíritu de las Leyes*, 1949.

<sup>38</sup> Véase Margarita Escudero, *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2004, p. 10 y ss.

Como hemos discutido, los principios de Derecho Político no tienen que estar positivizados para expresar su importancia<sup>39</sup>. En este sentido, tenemos, por ejemplo, el Derecho Constitucional Inglés que se ha desarrollado sin una Constitución escrita. Y es por esto, que cuando escribo sobre los principios de la Constitución, nos referimos al pensamiento constitucional moderno, y no a nuestra Constitución escrita, que mucho difiere de ellos. La idea es precisamente, retomar los principios y aplicarlos a nuestra realidad. Entender que la Constitución es mucho más que papel y es la protección máxima de la libertad.

## CONCLUSIONES

(i) El principio de separación de los poderes es una verdad irrefutable en el pensamiento jurídico contemporáneo. Admitir su crítica supone quebrantar el sistema constitucional establecido. Los principios de derecho político, en términos constitucionales, presentan la gran ventaja de crear normas absolutas que no puedan obviarse al momento de su aplicación. Lo contrario, impacta la teoría administrativa al crear una administración con miles de fines y con múltiples poderes para alcanzarlos. La gran administración omnipresente y plena de poderes es inviable. Mal puede haber libertad ni Constitución en estos términos.

(ii) El pensamiento humanizante que trasmite el derecho natural permite la flexibilidad necesaria que logra un sistema adaptable a las circunstancias sociales. La Constitución que protege la libertad solo es tal si es interpretada. Creemos que es esta dualidad, entre la verdad constitucional y la interpretación humanizante, es lo que verdaderamente permite un sistema viable en el tiempo. La *Constitución interpretada* con base en los principios de Derecho Público es lo único que puede garantizar el ejercicio efectivo de las libertades civiles de los ciudadanos frente a la Administración.

(iii) La insuficiencia de nuestro pensamiento jurídico ha permitido la debacle de nuestro sistema de derecho constitucional, y con ello, de un sistema de principios de derecho público. Hemos expandido la Constitución a tierras no aptas para su análisis, y con ello, hemos creado una administración hipertrofiada de fines y medios. Mucho más, hemos permitido la carencia del *control del poder* ante la ambición de algunos políticos. Esto es la verdadera negación del Derecho Público. El poder lo es todo, pero sin control adecuado, es arar en el mar de las arbitrariedades.

---

<sup>39</sup> De esta manera, la separación de los poderes, la forma republicana de gobierno y la democracia como instrumento de legitimidad, son principios natos de todo sistema jurídico occidental, y su desconocimiento es la negación de las modernas libertades civiles.

(iv) La Constitución no debe ser un proyecto político, en cambio, debe ser la oportunidad de establecer reglas comunes para los ciudadanos y para la Administración. La teoría de la Administración Pública debe ser establecida desde una teoría constitucional adecuada, y no a la inversa. El Derecho Público debe entender, en buena medida, el fracaso de los últimos años es también un fracaso de una errada concepción *iuspublicista* del poder y su relación con la Constitución.

(v) El lector podrá entender que no hemos dicho nada nuevo. En cambio, estas propuestas rememoran ideas pasadas, que, sin embargo, tienen aún validez en nuestra realidad constitucional. La Constitución que sirve a la nación debe en exhaustiva en su espíritu. Queda de nuestra parte, como venezolanos, entender los retos que ante nosotros ha interpuesto la historia, así como los infortunios de nuestras decisiones. Replantearnos como país, pasa por replantear nuestra teoría constitucional, y así, nuestra teoría de la Administración Pública y los retos que presenta luego de tantos fracasos.

# LA (RE)DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 141 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Miguel Pereira-Mesa<sup>1</sup>

**Resumen:** *Uno de los problemas más importantes en el estudio del derecho administrativo parte de su delimitación a nivel conceptual, precisamente a raíz de la irrupción de (no tan) novedosos paradigmas que han implicado una (re)definición de lo que entendemos como derecho administrativo; siendo así, no se puede decir que el concepto de derecho administrativo que se concibió a consecuencia de la influencia de la Revolución Francesa, sea el mismo concepto de Derecho Administrativo que surgió a posterioridad de la irrupción del Estado Social de Derecho como paradigma, por poner ejemplos. Actualmente nuestro ordenamiento constitucional concibe a Venezuela como un “Estado democrático y social de derecho y de justicia” y a su vez, establece en su artículo 141 de manera tácita el paradigma de la llamada buena administración. Ante el cual se hace meritorio indagar sobre una (re)definición y delimitación del concepto de derecho administrativo.*

**Palabras clave:** *Derecho administrativo – Buena administración – Evolución histórica.*

**SUMARIO.** **I.** La definición del concepto de Derecho Administrativo. Una visión histórica y crítica de ambas definiciones. **II.** El paradigma del Estado democrático y social de derecho y de justicia y de la llamada buena administración prevista en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **III.** La integración de la buena administración en el concepto de Derecho Administrativo.

## I. LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNA VISIÓN HISTÓRICA Y CRÍTICA DE AMBAS DEFINICIONES

Existen infinitas definiciones para el campo que nos atañe, puesto que el concepto de derecho administrativo es un concepto que ha mutado en gran

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2016). Abogado Mayor adscrito al Despacho I (Presidencia) del Juzgado Nacional Primero Contencioso Administrativo de la Región Capital (Antigua Corte Primera de lo Contencioso Administrativo). Artículo dedicado a María Virginia, la psiquiatra más abogada que haya podido existir, a Luis Carlos, gran Abogado Revisor, mejor amigo y compañero de lides en el mundo del postgrado, y por último a mi equipo de trabajo en el Despacho de la Presidencia del Juzgado: muchachos con compromiso para enfrentar los retos del derecho de hoy.

medida a los cambios políticos, sociales y culturales que han influido en la sociedad, y que nos han traído a la época contemporánea.

En un principio, estos cambios tienen como paradigma inicial la revolución francesa y sus valores de *liberté, égalité, fraternité*; ideario que fue esparcido alrededor del mundo no solo con la irrupción de esta revolución sino también con el triunfo de estas ideas en la revolución norteamericana contemporánea y en el movimiento de liberación e independencia de Iberoamérica, el cual trajo como consecuencia grandes cambios en lo político, en lo social y sobre todo en la ideología. Estas revoluciones guiadas por el llamado *tercer estado*, es decir, personas que no tenían un origen monárquico, ni eran en principio pertenecientes al llamado *alto clero*, siendo en su mayoría comerciantes, artesanos, profesionales liberales y gente del común, sin saberlo, han influido incluso hasta hoy el pensamiento político y jurídico de las sociedades democráticas e influidas por valores occidentales.

El derecho administrativo no puede ser excepción a todo este contexto histórico que se resume aquí, puesto que la irrupción del llamado *Estado de Derecho* que implica “el intento de limitar el poder del Estado a través del Derecho”<sup>2</sup> siendo una de las materializaciones de lo anterior, el propio derecho administrativo que debe ser entendido en un principio –y en clave de leer como se concibió bajo la visión de la Revolución francesa– como la actividad emanada de la rama ejecutiva del poder público hacia los ciudadanos, tal como lo hiciera en un principio la ley 16 emanada de la Asamblea Revolucionaria francesa de 1790<sup>3</sup>; rama del derecho esta que es precisamente nuestro campo de estudio.

Es por esto, que la visión de la definición de derecho administrativo debe hacerse de manera cónsona con el *zeitgeist*<sup>4</sup> del momento imperante durante casi la totalidad del siglo XIX occidental, que no es otro que la limitación del poder estatal, enmarcada en el paradigma liberal del estado mínimo y un espaldarazo total a la libertad económica del individuo; prueba de ello es que durante mucho tiempo se equiparó el estudio del derecho administrativo con el derecho público en sus distintas manifestaciones (incluyendo el campo de otras ramas independientes del derecho administrativo, tal es el caso del derecho procesal, el derecho penal, el derecho tributario, el derecho

---

<sup>2</sup> Ricardo Combellas. *Estado de Derecho, Crisis y Renovación*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1990, p. 13.

<sup>3</sup> Carlos F. Balbin: *Un Derecho Administrativo para la inclusión social*. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. N° 58. Editorial Forum. Belo Horizonte, 2014, pp. 33-59. (disponible en <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/73>).

<sup>4</sup> Palabra del idioma alemán. Su traducción libre al español viene a ser el espíritu que inspira las acciones humanas en un espacio de tiempo determinado.

constitucional, etc.), definición que precisamente por abarcar e invadir el campo de estudio de otras ramas del quehacer jurídico queda desfasada, pero que muestra claramente la intención histórica de querer controlar por medio del derecho, la actividad del Estado para con los ciudadanos en sus diversas manifestaciones, sea regulando la organización del Estado a fin de garantizar una correcta distribución de la actividad administrativa, sea estableciendo principios para que el Estado sea garante de derechos y obligaciones para los ciudadanos, y principalmente, regulando la actividad sancionadora del Estado a través del acto y del procedimiento administrativo, estableciendo límites para esta actividad de policía que ejecuta el Estado en garantía y atención de los primeros derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento jurídico. En esto hacemos hincapié porque es un error bastante común en medios no jurídicos, afirmar que la actividad sancionadora o de policía administrativa que ejerce el Estado, es ejercida únicamente en virtud de paradigmas más contemporáneos como el Estado Social de Derecho; como ejemplo de lo que queremos recalcar, es de notar que durante el siglo XIX en Venezuela, los Códigos Orgánicos de Policía emanados de las entidades político-territoriales que componen la República<sup>5</sup>, fueron claros ejemplos de la actividad de policía administrativa llevada a cabo por el Estado, por órgano de los estados, en virtud del paradigma centro-federal que imperó en Venezuela durante la totalidad de su vida republicana en el siglo XIX y parte del siglo XX<sup>6</sup>.

Un claro ejemplo de definición decimonónica del derecho administrativo y propia del paradigma del Estado Liberal de Derecho, es la definición clásica de nuestro campo de estudio proporcionada por el maestro español MANUEL COLMEIRO, quien define al derecho administrativo como “el conjunto de leyes que determinan las relaciones de la administración con los administrados”<sup>7</sup>, en donde observamos lo expresado con anterioridad con relación al momento histórico del derecho público en donde se equipara al derecho administrativo a otras manifestaciones del derecho público que pueden ser efectuadas de la misma manera por la administración hacia el ciudadano, tal es el caso paradigmático del derecho tributario que lentamente iniciaría una independencia como rama y campo de estudio bien diferenciado del derecho administrativo en base a su propio desarrollo científico el cual ha venido

---

<sup>5</sup> Allan R. Brewer-Carías: *Sobre los orígenes del derecho administrativo en Venezuela*. Publicado en el libro de Alberto Montaña Plata y Andry Matilla Correa (Coordinadores), *Ensayos de derecho administrativo. Libro Homenaje a Jorge Fernández Ruiz*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 273-313.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Manuel Colmeiro: *Derecho Administrativo Español*. Imprenta y Librería de Eduardo Martínez. Madrid, 1876, pp. 33-34.

evolucionando hasta el día de hoy. Asimismo, un comentario crítico a esta definición clásica del derecho administrativo efectuada en el siglo XIX por el maestro COLMEIRO, es que si bien hace fuerte hincapié en el principio de legalidad como pilar del derecho administrativo, no es menos cierto que el derecho administrativo no puede reducirse a ser un conjunto de leyes, puesto que esto negaría estudio a todas aquellas fuentes del derecho que esta rama usa de manera accesoria para poder resolver cada caso en concreto, con especial atención en la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, tal como señala nuestro artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como también a la jurisprudencia, la analogía o la doctrina como fuentes auxiliares para la resolución de casos jurídicos en nuestra rama. Incluso es de notar que esta definición niega carácter de fuente al acto administrativo sobre el cual descansa un gran contenido del estudio de nuestra materia, en tanto que en ejecución del principio de legalidad, la norma concede a la administración la potestad de normarse en tanto no contradiga los principios legales y constitucionales, como nuestro artículo 137 constitucional establece de manera certera, haciendo que esta aproximación a la definición de nuestro campo de estudio, niegue todo valor a elementos fundamentales, en base a una sobrevaloración del principio de legalidad administrativa; que como ya se dijo, si bien es pilar del derecho administrativo en un Estado de derecho sin importar su forma, no significa que la ley sea el único elemento a considerar en el estudio del derecho administrativo, habiendo otros elementos importantes en el estudio, tal como ya se dijo al hablar de la Constitución, Tratados Internacionales, regulación de categoría sublegal, y obviamente la jurisprudencia, analogía y doctrina en materia administrativa.

Ahora bien, el paradigma de estado liberal de derecho recibió críticas en el propio siglo XIX en el que fue implementado como panacea ante el absolutismo de la monarquía, se le acusó de hacer demasiado énfasis en la libertad económica de unos pocos y en desmérito de los valores fundamentales sobre los cuales se fundó la mismísima revolución francesa; los críticos, políticos e intelectuales conservadores como BISMARCK, BOSCH o CANOVAS, como también reaccionarios desde la izquierda como MARX, ENGELS, BAKUNIN o LENIN; sostuvieron que era impensable que la sociedad cumpliera con los fines que se propuso a la hora de liberarse del *Derecho Divino de los Reyes*, si se le daba una preponderancia total al afán desmedido de un sector social de multiplicar sus ganancias a costa de la pobreza y la marginación social del resto de la sociedad, llegándose así al consenso entre las consabidas diferencias, de que la sociedad le demandaba así al Estado un rol activo en labores como la educación, la salud, la seguridad social, los

servicios universales y *esenciales para la vida*<sup>8</sup> y la reducción de desigualdades por medio de la configuración de un mayor rol en su función de policía administrativa, y en su actividad de fomento. También se pedía que el Estado tuviera un rol participante en la actividad económica abandonando un poco el postulado liberal anterior de *laissez faire, laissez passer* que imperó durante buena parte del siglo XIX.

Estos críticos imbuidos por la obra de ROUSSEAU y la realidad de pobreza, desigualdad y un modelo insostenible, terminaron configurando una realidad diferente dentro del pacto social y del Estado de derecho, instaurando al menos en un principio, un carácter de *Estado social de derecho* que se puede definir de la siguiente manera:

Dicho concepto (Estado Social) ha ido variando en el tiempo, desde las ideas de Ferdinand Lassalle, que se vierten en sus discursos de 1862 y 1863, donde sostiene que el Estado es el instrumento de transformación social por excelencia y su función histórica es liberar al ser humano de la miseria, la ignorancia y la impotencia a la que se ha visto sometido desde el comienzo de la historia; pasando por el pensamiento de Lorenz Von Stein, quien basado en la existencia de una clase dominante que se ha apoderado de la conducción del Estado, y de una clase dependiente que no tiene acceso a los bienes espirituales (educación), ni a los materiales (propiedad), propone que el Estado haga posible para la clase inferior la adquisición de aquellos bienes, lo cual se logra mediante una reforma política de contenido social realizada desde el Estado, utilizando un conjunto de medidas y leyes que posibiliten a todos los individuos la adquisición de esos bienes a través del trabajo. Estas ideas propugnan a la armonía social como **desiderátum** del Estado Social.

(...Omissis...)

A juicio de esta Sala, tales antecedentes son importantes para entender la vigente Constitución Venezolana, que establece un Estado Social de Derecho y de Justicia, término (Estado Social de Derecho) que fue acuñado por Hermann Heller en 1929 en su obra *Rechtsstaat oder Diktatur* (Traducción al castellano: Estado de Derecho o Dictadura).

Heller, va a oponer el Estado Social de Derecho al Estado de Derecho liberal y formalista, que consideraba la norma como un instrumento técnico para regular las relaciones humanas, pero sin ninguna referencia a valores y contenidos concretos, situación notoriamente conocida en Venezuela, y que impide que el Estado sea el motor de la transformación social. De allí, que desde los comienzos de la consolidación del concepto de Estado Social, lo importante es entender la ley en base a principios tendentes en lo posible a alcanzar el bien común, y no

---

<sup>8</sup> De este concepto vehicular se alimenta el concepto de servicio público, el cual será abordado líneas más adelante.

como una normativa que se aplica por igual a realidades desiguales. Esto es básico comprenderlo, ya que el no hacerlo conduce a la injusticia<sup>9</sup>.

Tal como bien desarrolló en esta decisión la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia patrio, el Estado Social de Derecho como oposición al Estado de Derecho impuesto *a posteriori* de la Revolución Francesa, parte de cuestionar la rigidez de la ley (y por lo tanto, la definición anterior propuesta por COLMEIRO) a fin de lograr no solo la libertad del hombre, sino también la igualdad del hombre frente a la ley y la igualdad de oportunidades frente a sus semejantes, lo cual derivó en este *primer* Estado Social de Derecho, el cual llamaremos como primero, porque este concepto va a ir evolucionando a través del tiempo y de otros paradigmas que se van a ir construyendo a lo largo del tiempo.

Sin salir del ambiente decimonónico, una definición de derecho administrativo en este concepto histórico, ideológico y cultural, la podemos encontrar en la escuela francesa, con exponentes como BLOCK, LAFERREIRE o el propio LEÓN DUGUIT, de la cual solo a título enunciativo podemos mencionar la definición de BLOCK, y decimos a título enunciativo porque las definiciones de derecho administrativo de la escuela francesa de la época tienen como elemento común el concepto de servicio público sobre el cual orbitan todas y cada una; siendo así es posible estudiar el pensamiento de la escuela administrativista francesa de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. BLOCK a finales del siglo XIX definía el derecho administrativo como “aquella parte del derecho que regulaba las relaciones de los ciudadanos con los servicios públicos y de los servicios públicos entre sí”<sup>10</sup>, de esta definición podemos decir que si bien el servicio público es un elemento crucial en la actividad administrativa y que no puede entenderse a día de hoy como puede haber una actividad del Estado sin concebir el servicio público que esta efectúa en ejercicio de las obligaciones que obtiene el Estado con respecto al pacto social suscrito con la sociedad que le otorgan al Estado un rol de garante de ciertos bienes y servicios considerados como *indispensables* a efectos de la paz social y de la convivencia ciudadana en atención a lo que el maestro LEÓN

---

<sup>9</sup> Decisión N° 85 del 24-01-2002 proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero. Caso: *ASODEVIPRILARA vs. SUDEBAN*. (Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM>).

<sup>10</sup> Andry Matilla Correa. *Derecho administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica*. Publicado en el libro de David Cienfuegos Salgado y Luis Gerardo Rodríguez Lozano (Coordinadores), *Actualidad de los Servicios Públicos en Iberoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2008, pp. 383-447. (disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/18.pdf>).

DUGUIT llamaría *objeto de la función social del Estado*<sup>11</sup> por medio de la cual se redefiniría de una manera rotunda el concepto que hasta este momento habíamos tenido del Estado<sup>12</sup>, o cumple este Estado con el pacto social por medio de la regulación del accionar para que los particulares lo exploten debidamente, tal como resulta la concepción moderna de servicio público ampliamente aceptada por el foro jurídico nacional y extranjero, así como por la jurisprudencia; así como tampoco puede divorciarse la función social que debe tener el derecho administrativo con la sociedad a fin de humanizar las relaciones entre los ciudadanos, como es el caso de lo que persigue el servicio público visto de la manera más teleológica posible, lo que podemos ver de manera más clara si vemos como LEÓN DUGUIT estableció de manera tajante que incluso en algo que en principio resulta *iusprivatista* como lo es la propiedad, debe existir una función social y un servicio público a través de la misma<sup>13</sup>; mas, quienes realizamos este humilde estudio consideramos que no puede limitarse el campo de acción del derecho administrativo al mero servicio público, puesto que existe mucho más que solo servicio público en el contenido de la actividad administrativa desplegada por el Estado.

Un ejemplo de ello es la actividad de policía administrativa que desempeña el Estado en ejercicio de las potestades que le otorga la ley, si bien esta actividad se hace en búsqueda del interés común de todos los ciudadanos, no es un servicio público propiamente hablando, sino que es una actividad que surge de la *autorictas* del Estado y aunque autores como GORDILLO afirmen que esto vendría a ser un contrasentido con la idea de los derechos humanos y las garantías que ofrece un Estado de Derecho<sup>14</sup>, no es menos cierto que la actividad de policía viene a ser una muestra de que los derechos reconocidos por el derecho objetivo, no son absolutos sino que más bien se encuentran sometidos a limitaciones establecidas por el derecho, a través de las disposiciones expresas de la constitución y de la ley como cuerpos normativos en los que se funda el derecho, así como de los actos de rango

---

<sup>11</sup> Antonio Alejandro Barreto Moreno. *La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los treinta*. Revista Opinión Jurídica, vol. 10, N° 20, julio-diciembre de 2011, Universidad de Medellín. Medellín, pp. 65-84 (disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/945/94522275005.pdf>).

<sup>12</sup> Jaime Vidal Perdomo. *Mito y realidad del servicio público*. Revista Estudios Socio-Jurídicos. Vol. 2, N° 2, octubre de 2000, Universidad del Rosario. Bogotá, pp. 50-67.

<sup>13</sup> María Florencia Pasquale. *La función social de la propiedad en la obra de León Duguit. Una relectura desde una perspectiva historiográfica*. Revista Historia Constitucional. N° 15. Madrid, 2014, pp. 93-111 (disponible en <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/399>).

<sup>14</sup> Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo y otras obras selectas*. Tomo 2: Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2014, pp. 203-206.

sublegal que se realicen en ejecución directa de estos cuerpos normativos básicos del derecho objetivo, como bien lo son los actos administrativos y las decisiones judiciales, que bien pueden limitar el ejercicio de un derecho individual en ejercicio de la *autorictas* de Estado, a fin de garantizar el bien común que propugna un Estado de Derecho como uno de sus fines en contraposición a la arbitrariedad, la barbarie y el desorden previsto por el modelo monárquico absolutista, ya que como bien definiría LUÍS JORDANA DE POZAS, “la policía comportaría la actividad administrativa que, por medio de limitaciones eventualmente coactivas de la actividad privada, se dirige a prevenir los daños sociales que de esta pudieran derivarse”<sup>15</sup>, siendo así la actividad de policía no solo una necesidad para proteger los intereses comunes de toda la sociedad como ya hemos expresado, sino también otro de los tantos elementos comunes que conforman al derecho administrativo, además de otros elementos importantísimos para establecer qué hace nuestro campo de estudio como bien lo son la actividad de fomento, la actividad de gestión económica, o incluso la propia función pública a fin de entender la relación funcionarial como uno de los elementos que permite que el Estado logre sus fines a través del trabajo que sus servidores le prestan a través de su ingreso, permanencia y egreso de la función, lo cual se hace por medio de estatutos adaptados a la realidad laboral y social del funcionario público, lo cual no puede verse de otra manera que como otra de las tantas manifestaciones del derecho administrativo que BLOCK, en su definición de nuestro campo de estudio, obvia de manera lamentable, puesto que niega con esto un carácter de preponderancia a todas las cuestiones que resultan indispensables para entender tanto nuestra asignatura como su enorme campo de estudio, cuestiones estas que solo hemos abordado de manera sucinta y enunciativa en el contexto del Estado Social de Derecho conceptualizado en el siglo XIX y parte del siglo XX, porque en el contexto actual, podríamos hablar de muchos más temas que resultan de relevancia para el derecho administrativo, como bien es el caso del paradigma de los derechos humanos, la cada vez mayor regulación económica o la fragmentación de la *autorictas* del Estado por medio de los procesos de descentralización administrativa llevados a niveles cuasi moleculares como bien resulta la experiencia venezolana a través de la legislación efectuada desde el año 2006 en desarrollo del artículo 184 del texto constitucional patrio, teniendo como ejemplos la Ley Orgánica de los Consejos Comunales vigente, así como también aquel novedoso paradigma que se ha venido difundiendo

---

<sup>15</sup> Ignacio M. de la Riva. *La frontera de la policía administrativa*. Publicado en el libro de Juan Carlos Cassagne (director) *Estudios de derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira*, Editorial La Ley. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, pp. 375-397.

con especial auge en esta década y que lastimosamente escapa aun del debate académico en el pregrado universitario patrio en el campo del derecho administrativo, el cual no es menos que el llamado *derecho administrativo global*. Sobre este punto deberemos sentarnos a hablar más detalladamente en otro momento.

## II. EL PARADIGMA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y DE JUSTICIA Y DE LA LLAMADA BUENA ADMINISTRACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 141 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

El artículo 2 de nuestra constitución vigente establece que Venezuela se constituye como un Estado democrático y social de derecho y de justicia. Es decir, que no se habla solamente de que nuestro país sea solamente un Estado Social de Derecho en la primera concepción que comenzaran a hacer por fines del siglo XIX y principios del siglo XX la escuela francesa del servicio público y el aporte de varios teóricos alemanes como HELLER o FORSTHOFF, sino que también se recoge de la concepción de valores y principios que son tan importantes como lo son la concepción de la democracia, del *rule of law* tradicional y de la justicia para así, garantizar unas condiciones mínimas de oportunidades para todos, estableciendo un Estado de libertades. Sobre este punto, rescatamos de manera sustancial la obra del maestro ARAUJO-JUÁREZ<sup>16</sup>, quien hizo un formidable intento de describir los componentes del Estado descrito por el artículo 2 del Texto Constitucional en clave del derecho administrativo.

Contemporáneamente y en desarrollo de la obra del maestro ARAUJO-JUÁREZ, podríamos decir que existe un Estado de derecho en Venezuela hacia la aplicación de nuestro derecho administrativo, en la medida que se cumplan tanto la separación de poderes, la validez del principio de legalidad, la llamada eficacia de los derechos fundamentales que no es más que la limitación que debe respetar el Estado a la hora de ejercer su rol de policía administrativa, respetando la esfera de derechos más fundamentales que posee el individuo a la hora de corregir y aplicar mecanismos de índole sancionatoria; asimismo, habrá Estado de derecho en la medida en que opere la llamada garantía patrimonial que no es más que la concreción del artículo

---

<sup>16</sup> José Araujo-Juárez. *Derecho Administrativo Constitucional*. Centro para la Integración y el Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017. En esta obra se persigue definir cómo los principios constitucionales influyen de una manera o de otra al derecho administrativo venezolano surgido a consecuencia del orden constitucional vigente en nuestro país desde el año 1999.

140 de la Constitución patria que establece el deber de la Administración Pública de indemnizar a las personas que resulten lesionadas por su accionar sea este conforme o no a derecho; sea garantizado el derecho humano a la acción procesal, es decir, a hacerse constituir como parte en un juicio y exponer de manera legítima alegatos en un proceso judicial, garantizándose que habrá una decisión judicial, una ejecución de la misma y la capacidad para interponer los recursos judiciales que la persona estime convenientes, siendo esto llamado de manera contemporánea como *tutela judicial efectiva* y previsto de esta manera en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; asimismo para que podamos decir que hay un Estado de derecho según nuestro derecho objetivo, debe materializarse un régimen de servicio público claro y definido en el que se garantice al ciudadano el acceso a bienes y servicios que son tenidos como esenciales para su propia existencia, así como también la garantía de los derechos fundamentales que impliquen una prestación tanto del Estado como de otros sectores de la sociedad, tal es el caso de la ejecución de los derechos laborales, o el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación; de la misma manera para que podamos hablar de un Estado de derecho en el orden constitucional vigente en nuestro país, debe existir una democracia participativa y protagónica donde esté garantizado el derecho a ser oído de toda persona que haga vida e nuestro país, así como la existencia de una rama judicial independiente, eficaz, eficiente y que responda a las necesidades del país, de los ciudadanos y que en el caso del derecho administrativo, responda de manera certera a los problemas jurídicos presentados y derivados de la interacción entre los ciudadanos, las personas jurídicas, el Estado y sus diferentes manifestaciones, a través de una Jurisdicción Contencioso Administrativa independiente y sólida como institución capaz de decidir y hacer respetar sus decisiones y postulados ante todos y cada uno de los actores que hacen vida en la sociedad venezolana.

Este desarrollo de los componentes del Estado de derecho venezolano descritos de manera breve y sucinta en las líneas anteriores previsto por el derecho objetivo vigente en nuestro país, nos lleva en clave de derecho administrativo, a (re)pensar seriamente nuestro campo objeto de estudio y especialmente algo que pudiera parecer tan básico como su definición ante lo cual, nuestro texto fundamental para establecer los principios rectores ofrece un paradigma que sin ser novedoso en su concepción, sí lo resulta en su constitucionalización; en vista de lo señalado HENRIQUE MEIER en 1981 al expresar que a lo largo de la historia de nuestro país y especialmente durante sus períodos menos democráticos, la Administración Pública ha conseguido una razón válida para no cumplir con el *interés general*, pero sí encuentra medios para ir en contra del interés general cuando las circunstancias lo han

justificado<sup>17</sup>; de manera que constitucionalizar principios que reforzaran el ya tradicional principio de legalidad administrativa siempre ha sido una necesidad de primer orden en Venezuela. La respuesta a este problema normativo lo trajo el derecho comparado y el surgimiento del paradigma de la llamada *buena administración*, la cual fue constitucionalizada en Venezuela por medio del artículo 141 de la *Lex Fundamental* patria.

Pero, ¿qué es exactamente aquello que en el foro se denomina como *buena administración*? y más importante aún, ¿en qué se diferencia esto del principio de legalidad tradicionalmente establecido? Intentaremos responder estas preguntas por medio del desarrollo siguiente:

La buena administración vista como un fin, también puede ser vista como un derecho subjetivo de todos los que hacemos vida en una sociedad, si nos apegamos al criterio del catedrático español JAIME RODRÍGUEZ-ARANA que meridianamente señala lo siguiente: “La buena Administración pública es un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental, y, también, un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración. Y la Administración está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general”<sup>18</sup>.

Es importante resaltar que RODRÍGUEZ-ARANA siempre menciona a la buena administración como un derecho subjetivo, en virtud de que el ordenamiento jurídico europeo la consagra como tal a partir de lo establecido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000. En nuestro derecho objetivo patrio tocaría preguntarnos si la tesis de la buena administración vista como un derecho subjetivo, es válida o no.

El foro patrio poco ha escrito sobre el tema y se rescata el aporte de BELANDRIA GARCÍA quien recurriendo al debate constituyente de 1999 y a un enjundioso análisis del artículo 141 de la Constitución, en el cual se desarrolla la buena administración en la *Lex Fundamental* venezolana, llega a la conclusión de que no puede ser considerada en el ordenamiento jurídico patrio como un derecho subjetivo perfectamente exigible por cualquier ciudadano que haga vida en nuestro país, sino que solamente son los

---

<sup>17</sup> Henrique Meier: *El Principio de Legalidad Administrativa y la Administración Pública*. Revista de Derecho Público. N° 5. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981, pp. 45-56.

<sup>18</sup> Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: *La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa*. Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales. N° 6. Bogotá, 2013, pp. 23-56 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5167578>).

principios rectores de la Administración pública venezolana. Este autor señala en concreto, lo siguiente:

Sin embargo, los principios, así sean constitucionales, no generan un poder o facultad en los ciudadanos, sólo un deber para la Administración. Los derechos, en cambio, sí producen una relación en la que los ciudadanos tienen la posibilidad de exigir una determinada conducta por parte de la Administración (ya sea de simple respeto o a veces de incremento o potenciación, mediante la realización de actuaciones concretas) y ésta, conforme a lo establecido en la Constitución y la ley, el deber de ejecutarla<sup>19</sup>.

Sin embargo, disentimos del criterio expuesto por el autor antes citado en virtud de que, si bien el reconocimiento de la buena administración en el texto constitucional venezolano se hace como una declaración de los principios que debe seguir la Administración pública patria en cumplimiento del artículo 141 constitucional, no es menos cierto que nuestro texto constitucional reconoce de manera expresa que su enunciación de derechos a favor del ciudadano no es meramente taxativa, para lo cual recurriremos al artículo 22 del texto de la *Lex Fundamentalis*: “Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

De esta norma se colige que un derecho humano inherente a la condición de ser humano no deja de serlo porque no esté expresamente contenido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o en los demás pactos y convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por la República de manera apropiada según el ordenamiento jurídico, siendo así, que podemos hablar de que en Venezuela sí existe un derecho a la buena administración en virtud de que este es un derecho humano al cual toda persona tiene derecho y que no está expresamente negado como tal por el ordenamiento jurídico venezolano; esperando así aportar un poco al debate sobre la existencia de derechos que no se encuentran reconocidos en la *Lex Fundamentalis* pero que no por ello dejan de existir en tanto y en cuanto se les ha reconocido internacionalmente como derechos inherentes al ser humano, como es el caso de nuestra ya mencionada buena administración. Siendo de esta manera, coincidimos con RODRÍGUEZ-ARANA en lo citado líneas atrás cuando este menciona que la buena administración es un derecho del

---

<sup>19</sup> José Rafael Belandria García: *Acerca del derecho a la buena administración: ¿existe en el ordenamiento jurídico venezolano?* Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. N° 1, Caracas, 2013, pp. 13-36.

ciudadano, un principio rector de la Administración pública y un deber para el Estado el garantizar la existencia de la misma.

Ahora, ya delimitada la buena administración como un derecho humano fundamental, toca disertar sobre qué comporta la misma como un derecho inherente a la condición de ser humano, ante lo cual podemos mencionar que la buena administración conlleva el derecho de los ciudadanos a ser informados sobre los asuntos públicos de su interés en la medida de que no sean revelados secretos de Estado o información reservada<sup>20</sup>, la puesta en servicio de una Administración pública que realmente sirva al ciudadano y no de una Administración servida por el ciudadano<sup>21</sup>, el derivado reconocimiento del protagonismo que posee la sociedad en la dirección y manejo de la administración pública que escapa por mucho de la simple elección de cargos públicos cuya designación surja de un proceso electoral<sup>22</sup> en contraposición a una Administración pública que por medio de sus prácticas cercene el ejercicio de los derechos humanos inherentes a la persona<sup>23</sup>, la celeridad en la respuesta que debe dar la Administración a las peticiones del ciudadano<sup>24</sup> la garantía de reparación por parte de la Administración pública hacia el ciudadano cuando el accionar de esta le cause un daño<sup>25</sup> y la obligación que tiene la Administración de motivar sus decisiones<sup>26</sup> motivación esta que debe hacerse de una manera congruente,

---

<sup>20</sup> José Luís Melián Gil: *Una construcción jurídica de la buena administración*. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. N° 54. Editorial Fórum. Belo Horizonte, 2013, pp. 13-44 (disponible en <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/111>).

<sup>21</sup> Jesús Fuentetaja Pastor: *El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Revista de Derecho de la Unión Europea. N° 15. Ediciones de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2008, pp. 137-154 (disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/viewFile/12534/11735>).

<sup>22</sup> Cristina Hermida del Llano: *La configuración del derecho a una buena administración como nuevo derecho frente al poder*. Revista Pensamiento Constitucional. N° 16. Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2012, pp. 157-170 (disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2858>).

<sup>23</sup> Francisco Sanz Larruga: *El Ordenamiento Europeo, el Derecho Administrativo español y el derecho a una buena administración*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. N° 13. La Coruña, 2009, pp. 729-752 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3122667>).

<sup>24</sup> Graciela Ruocco: *La "buena administración" y el "interés general"*. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. N° 49. Editorial Forum. Belo Horizonte, 2012, pp. 27-45 (disponible en <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/167>).

<sup>25</sup> Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: *El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y la administración pública*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. N° 16. La Coruña, 2012, pp. 247-273. (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4158442>).

<sup>26</sup> Graciela Ruocco. Ob. citada.

suficiente y exacta asemejándose a los requisitos existenciales de la motivación de la decisión emitida por el órgano jurisdiccional a la hora de decidir sobre una controversia planteada ante el mismo<sup>27</sup>; dicho todo esto con relación a lo que comporta el derecho a la buena administración que a nuestro juicio es tal en el ordenamiento jurídico patrio, no resulta este un derecho restringido, sino más bien un derecho que abarca diversas manifestaciones en su concreción en el plano jurídico.

Ahora quedaría responder en qué se diferencia el derecho a la buena administración de los principios tradicionales sobre los cuales ha descansado la actividad administrativa, bien es sabido que el principio de legalidad como freno a la misma, establece que una limitación del accionar de la Administración pública es la sujeción a lo establecido por la ley en lo referente a la competencia que posee el derecho administrativo de intervenir en la esfera jurídica del ciudadano e interactuar con la misma creando dinámicas de intervención o de regulación por parte del Estado. Ahora bien, es importante señalar que el paradigma de la buena administración parte precisamente de la idea de que el mero principio de legalidad no responde los problemas del derecho administrativo frente a la realidad social, porque, ¿de qué valdría un acto administrativo perfectamente válido de acuerdo a los requisitos establecidos por la ley, pero cuyo contenido implique la violación de los derechos y garantías más fundamentales y a las cuales todos tenemos derecho a ser acogidos en su protección? ¿Cómo queda el derecho subjetivo ante acosos como estos que han sido durante mucho tiempo el pan diario en nuestra América Latina? Para responder estas preguntas es necesario abandonar el iuspositivismo más radical y asumir una corriente de pensamiento más asociada al *zeitgeist* jurídico de nuestro tiempo, para más señas, el llamado *Iuspositivismo crítico* traído a colación por el maestro Luigi FERRAJOLI<sup>28</sup>.

Y llamamos a abandonar el pensamiento más radical del iuspositivismo para contestar lo planteado líneas atrás porque precisamente, resultan necesarios los principios en las normas sustantivas para poder establecer cuando, además de las formalidades que requiere toda norma, sea una ley o sea un acto administrativo o jurisdiccional en su concreción; se necesita que esta respete principios fundamentales so pena de nulidad; y al establecer el derecho objetivo que todo ciudadano tiene derecho a la buena administración, la cual se manifestará en virtud de que la Administración pública se

---

<sup>27</sup> Augusto Durán Martínez: "Motivación del acto administrativo y buena administración". *Revista de Direitos fundamentais e Democracia*. N° 13. Curitiba, 2013, pp. 18-32 (disponible en <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/409>).

<sup>28</sup> Luigi Ferrajoli: *Iuspositivismo crítico y democracia constitucional*. Isonomía. N° 16. Ciudad de México, abril de 2002, pp. 7-20.

encontrará “al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta[rá] 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”, pues se garantiza que so pena de nulidad, la actuación de la Administración pública hacia el ciudadano, debe respetar la esfera individual de derechos del ciudadano, sin atacar sus derechos más elementales ni tampoco actuando de maneras arbitrarias, vulnerando la defensa del ciudadano ante esa hidra que puede ser una Administración pública desbocada y carente de controles sociales, jurídicos y políticos.

Es cierto que los principios e incluso estos al ser reconocidos por el ordenamiento jurídico como derechos inherentes al ser humano por sí solos no son la solución a los enormes problemas de aplicación que posee el derecho en América Latina, y especialmente en el campo del derecho administrativo donde casos puntuales recuerdan que las arbitrariedades y el abuso parecieran estar institucionalizados en mayor medida que elementos tan sanos como la delimitación de una buena administración a favor de un Estado de garantías y de una ciudadanía consciente de sus derechos y deberes, pero siempre serán un excelente punto de partida para recordar la Administración pública que queremos y necesitamos no solo en Venezuela, sino también en los demás países de nuestro continente.

### III. LA INTEGRACIÓN DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Definido un pequeño panorama en torno a dos definiciones claves de derecho administrativo según el *momentum* histórico, político y cultural imperante en dos momentos clave y afinado el paradigma de la buena administración, definiéndose esta según nuestro análisis como un derecho tan válido como cualquier otro derecho que se encuentra en el catálogo de derechos; debemos cumplir el objetivo propuesto por este trabajo que no es otro que (re) definir el derecho administrativo a la luz del paradigma de la buena administración vista como un derecho exigible por toda persona al Estado en la interacción de este con la sociedad por medio de las distintas manifestaciones de la actividad administrativa.

Algo que pudiera parecer casual a vista del lector pero que no es tal, es que se obviara desarrollar más sobre definiciones de derecho administrativo posteriores a la segunda guerra mundial, y es que precisamente a partir del trabajo realizado *a posteriori* de los acontecimientos políticos, sociales y jurídicos que marcaron al mundo después de este hecho, el derecho administrativo recibió cambios de importa suficiente para dedicarles

suficiente espacio para ser detallados en un aparte único. En primer lugar, como bien señala BELANDRIA, la buena administración comienza a ser un paradigma de importancia desde que es reconocido de manera tímida por las constituciones portuguesa de 1976 y por la española de 1978<sup>29</sup>, lo cual influenció al ordenamiento constitucional de 1991, al peruano de 1993 e indudablemente tanto a la frustrada reforma constitucional venezolana de 1992<sup>30</sup> como a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, como ya hemos desarrollado. Este desarrollo no es casual y se debe a la necesidad imperiosa de recordar al Estado los principios que debe realizar en su accionar en contraposición a la barbarie, la arbitrariedad y los estados policiales que tuvieron que sufrir distintos países de Iberoamérica en momentos determinados de la historia.

Así las cosas, sigue habiendo mucho debate sobre una definición que una al foro administrativista sobre qué es el derecho administrativo concretamente. MIR PUIGPELAT bien señala sobre este tema que la doctrina únicamente coincide en que “el Derecho administrativo es el conjunto de normas jurídicas reguladoras de la Administración pública”<sup>31</sup>, en lo cual se puede coincidir en que un elemento importante de la definición sería que se busca estudiar la regulación de cómo el Estado impacta en la vida del ciudadano y su esfera jurídica, sin embargo, la Administración pública también tiene otras maneras de hacer esto y se pone como ejemplo al derecho tributario, así que debemos seguir ahondando un poco sobre una definición moderna y no solo moderna, sino compaginada a la buena administración como paradigma protagónico del derecho administrativo moderno, el derecho administrativo del Estado democrático y social de Derecho. Sobre este tenor es importante rescatar un criterio previo, de la década de los cincuenta que advendría todos estos cambios desarrollado por el autor JEAN RIVERO, el cual expuso que el derecho administrativo es el: “ordenamiento jurídico propio y específico de la Administración-aparato, consistente en un conjunto de normas y principios exorbitantes del Derecho aplicable al resto de sujetos –en un conjunto de derogaciones en más y en menos del Derecho privado, según la acertada expresión de RIVERO– establecidos para conciliar el interés general y el interés particular”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> José Rafael Belandria García: Ob. citada.

<sup>30</sup> Ricardo Combellas: *Una Constitución para el futuro. El debate constitucional en Venezuela*. Fundación Konrad Adenauer y Editorial Panapo. Caracas, 1994.

<sup>31</sup> Oriol Mir Puigpelat: *El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional*. Revista de administración pública. N° 162. Madrid, 2003. pp. 47-87. (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784920>)

<sup>32</sup> *Ibid.*

De esta definición se rescata que se busca integrar el ordenamiento jurídico como un todo en vista de regular la actividad de la administración, así como la garantía de los derechos del ciudadano ante la actuación de la administración, estableciendo un régimen jurídico propio en el cual se busca garantizar una coexistencia entre el interés público de la sociedad, materializado por el Estado y el interés particular del ciudadano; lo cual de una manera resulta cónsono con los cambios que surgieron en el derecho administrativo posterior y en especial con la aparición del paradigma actual de la buena administración como un derecho inherente al ser humano.

Asimismo, consideramos que una definición de derecho administrativo contemporánea también acertada la ofrece el maestro SANTOFIMIO GAMBOA al señalar que lo siguiente con relación al concepto del derecho administrativo: “entendemos el derecho administrativo como el subsistema normativo o rama del derecho positivo que tiene por objeto el conocimiento y la regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones y finalidades de la administración pública y de sus relaciones con los asociados y la comunidad”<sup>33</sup>.

Consideramos que si bien SANTOFIMIO GAMBOA peca de no incluir en esta definición el paradigma de la buena administración, realiza un buen mapa del campo de estudio de nuestra asignatura, definiendo por un lado el catálogo de instituciones a ser estudiadas por el derecho administrativo así como las situaciones jurídicas que pueden derivarse de estas instituciones fundamentales.

A modo ya de ir cerrando este trabajo, resulta hora de que propongamos humildemente una definición que englobe tanto qué es el derecho administrativo como la pertinencia de que se estudie una buena administración desde los conceptos, así haciendo una declaración de principios que establezca que el estudio del derecho administrativo pasa necesariamente por el estudio de la buena administración, ante lo cual proponemos que el derecho administrativo sería el estudio normativo de las instituciones que componen la administración pública en tanto y en cuanto estas realicen actividad administrativa, de sus regulaciones especiales y diferenciadas del derecho común, y de las relaciones jurídicas existentes entre estas instituciones y los ciudadanos previstas en normas jurídicas y en respeto de los derechos humanos.

---

<sup>33</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Fundamentos Constitucionales del Derecho Administrativo colombiano*. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. N° 31. Editorial Forum. Belo Horizonte, 2008, pp. 208-253 (disponible en <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/viewFile/342/113>).



# NOTAS SOBRE LA FLEXIBILIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Fernando Javier Delgado Rivas<sup>1</sup>

**Resumen:** *Mediante el presente estudio nos proponemos resaltar –y al mismo tiempo insistir sobre– el carácter flexible, propio de la institución del procedimiento administrativo que dimana de los principios y legislación encontrados en el ordenamiento jurídico venezolano. Para ello, señalaremos en primer lugar las principales notas de diferenciación entre el procedimiento jurisdiccional y el procedimiento administrativo, las cuales denotan el carácter flexible del segundo frente al primero. De igual forma, estudiaremos brevemente el contexto en el que se sigue el procedimiento administrativo, imbuido por los principios que informan al derecho administrativo venezolano, y por la conformación de los entes y órganos llamados a ejercer la función administrativa en nuestro ordenamiento jurídico.*

**Palabras clave:** *Procedimiento Administrativo, Administración Pública, Flexibilidad, Preclusión, Informalidad.*

**SUMARIO. Introducción. I.** El Procedimiento administrativo frente al procedimiento jurisdiccional. **II.** El contexto de los procedimientos administrativos: El ejercicio de la función administrativa y la conformación de sus entes y órganos. **Conclusiones y recomendaciones.**

## INTRODUCCIÓN

El procedimiento administrativo es una de las figuras o instituciones de esa rama del derecho que más han sido estudiadas entre nosotros, junto con la de acto administrativo, responsabilidad y actividad administrativa. Esta figura o institución, ha sido incluso estudiada especialmente por lo que alguna parte de la doctrina ha denominado como “derecho administrativo formal”<sup>2</sup>, lo cual resalta su importancia para el entendimiento o aprehensión de la naturaleza jurídica de la función administrativa entre nosotros.

El procedimiento administrativo comprende –en pocas palabras– el canal o formalización del ejercicio de la función administrativa, que debe ser llevado o cumplido a los efectos de que los actos administrativos puedan –de conformidad con la ley– producir sus efectos y en consecuencia lograr la

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Abogado en la firma Lega Abogados.

<sup>2</sup> José Araujo Juárez: *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*. Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1993.

eficacia requerida en cada momento. Desde ese punto de vista, y también desde la óptica de la eficiencia, la formalización de las actuaciones de la administración supone una ventaja para el logro de los fines que ésta se encuentra llamada a cumplir.

Al mismo tiempo, la formalización o *procedimentalización* del ejercicio de la función administrativa, supone una garantía para el particular que se encuentra sujeto a las potestades de la administración, en tanto que principalmente le garantiza su ejercicio al derecho a la defensa, sobre todo en lo que al ejercicio de potestades sancionatorias o cualesquiera otras que pudiesen afectar sus derechos subjetivos. Es por ello que, como bien lo afirma el autor JOSÉ ARAUJO JUÁREZ “mediante el procedimiento administrativo se trata de conseguir, a modo de ecuación procedimental, dos finalidades que no excluyen ni colisionan: a) La garantía del interés público, concretada en la legalidad y en la oportunidad y conveniencia de la actividad administrativa; y b) la garantía de los derechos e intereses legítimos de los administrados”<sup>3</sup>.

Naturalmente que los procedimientos administrativos no solo obtienen su particular esencia por el hecho de referirse a la creación o producción de actos administrativos, o por ser llevados por los entes y órganos de la rama ejecutiva del poder público<sup>4</sup>. Conforme a lo que ha estudiado la doctrina venezolana<sup>5</sup>, son varios de los principios y características que distinguen a estos procedimientos de otros, muy especialmente con respecto al procedimiento jurisdiccional.

De entre esos caracteres, nos ocuparemos en esta oportunidad del llamado carácter o principio de flexibilidad, uno que más de las veces no es estudiado o analizado en profundidad, tal vez por el hecho de que quizás pueda desprenderse de otros más conocidos. Inclusive, pasa también que muchas veces resulta obviado por los funcionarios públicos, en el sentido de que tienden a subsumir la rigidez o formalidades propias de un

---

<sup>3</sup> Ibidem. p. 48.

<sup>4</sup> Aunque en Venezuela se encuentra muy extendida en la doctrina, la idea de que no solo los órganos y entes de la rama ejecutiva pueden dictar actos administrativos o ejercer la función administrativa; sino que también otros órganos y entes de las demás ramas también llegan a ejercer esta función. Al respecto véase: Miguel Ángel Torrealba Sánchez: “Sobre los conceptos de Derecho Administrativo y Administración Pública en Venezuela”, *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009 Tomo I*. UCV, FUNEDA. Caracas, 2011, pp. 867-870.

<sup>5</sup> Varios de esos principios que según la doctrina (BREWER-CARIÁS) informan o rigen el procedimiento administrativo en Venezuela son: el principio de celeridad, principio de buena fe, principio de eficacia, principio de sujeción a los planes, metas y objetivos y a la planificación centralizada, entre otros. Allan R. Brewer-Carías: “Introducción al Régimen de la Ley Orgánica” en *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y Legislación Complementaria*. 16° ed. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 57-64.

procedimiento como el jurisdiccional, en los procedimientos administrativos llevados por estos.

Mediante unas breves notas, nos proponemos entonces estudiar sucintamente lo que significa este carácter de flexibilidad del procedimiento administrativo entre nosotros. A la vez que verifiquemos su importancia, insistiremos sobre la necesidad de no obviar u olvidar este carácter o principio, cuando de procedimientos administrativos se trate; creemos que de no ser así estaríamos desdibujando el procedimiento administrativo, en la forma en que está llamado a cumplirse según nuestro ordenamiento jurídico. Importante es mencionar –o quizás reiterar– que esto no iría únicamente en contra de la tutela o garantía de los derechos subjetivos del particular, sino que también afectaría la eficacia y eficiencia de la Administración Pública.

Estas breves notas comprenderán en primer lugar una comparación entre las dos más importantes figuras o tipologías de procedimiento, el administrativo y el jurisdiccional. Seguidamente, nos adentraremos en lo que significa el ejercicio de la función administrativa, al socaire de los intereses que esta está llamada a cumplir; y de las particularidades en su conformación, de los órganos y entes que la ejercen. Todo lo cual, creemos que nos dará algunas luces en el entendimiento del carácter o principio de flexibilidad.

## I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO FRENTE AL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL

Quizás una de las formas más didácticas y sencillas de aprehender la esencia o naturaleza del procedimiento administrativo es mediante la comparación de éste con el procedimiento jurisdiccional que establece nuestro Código de Procedimiento Civil. Dicho procedimiento jurisdiccional tiene además el carácter de supletorio con respecto a toda la demás normativa adjetiva en ese ámbito.

Muchas de las veces esta comparación se ha entremezclado con la diferenciación entre el concepto de “proceso”<sup>6</sup> y “procedimiento”, siendo que

---

<sup>6</sup> No obstante, nuestra posición, de igual forma consideramos importante hacer mención de la utilidad didáctica de la distinción entre proceso y procedimiento, que parte de la doctrina estima útil a los efectos de entender el procedimiento administrativo. Así por el ejemplo el autor JOSÉ ARAUJO JUÁREZ nos dice que “podemos afirmar que ‘procedimiento’ es un concepto más amplio que ‘proceso’, que el procedimiento precede al proceso; que no todo procedimiento entraña proceso, pero que el proceso siempre supone un procedimiento”; y luego agrega que “En definitiva, cobra importancia la distinción para concluir que el procedimiento administrativo constituye el cauce formal de la función administrativa; por el contrario, el concepto de proceso resulta más técnico referirlo al cauce formal de la función

el primero de estos se considera generalmente como algo exclusivo del contexto jurisdiccional. No obstante, creemos que al final no resulta conveniente reducir el análisis comparativo al estudio de estos dos conceptos, puesto que es fácilmente observable que el término “procedimiento” es encontrado tanto en la normativa adjetiva jurisdiccional, como en la normativa relativa a procedimientos administrativos.

Pareciera que el concepto de “proceso” se refiere a algo más genérico, que con el tiempo ha venido siendo usado para la calificación de leyes de contenido adjetivo<sup>7</sup>, las cuales a su vez establecen o contienen concretamente procedimientos.

Dicho lo anterior, procedamos entonces a resaltar las características más esenciales encontradas en uno y otro tipo de procedimiento; para este propósito nos ocuparemos muy especialmente de aquellas que nos permitan despejar el carácter de flexibilidad relacionado a los procedimientos administrativos.

En primer lugar, es importante señalar la idea de “partes” en este análisis comparativo. Es bien conocido que en el procedimiento jurisdiccional se entiende que subyace un conflicto intersubjetivo entre dos particulares. En ese sentido, las partes se encuentran en contención, siendo que una de éstas acude a los órganos de justicia para exigir el cumplimiento de alguna obligación, o resarcimiento por la ocurrencia de un daño, frente a otra. Todo lo anterior, con base por supuesto a lo que la normativa sustantiva establezca al respecto.

Dentro de ese contexto, nuestra legislación adjetiva base implica que el procedimiento jurisdiccional ordinario se lleva bajo lo que se conoce como sistema o principio “dispositivo”, entendiéndose éste como aquel en el que “solo están en juego intereses privados, las partes son dueñas de la litis; solo a ella interesa el derecho subjetivo que es hecho valer en el proceso y sobre el cual una y otra pretenden ser titular o tener un derecho preferente o concurrente”<sup>8</sup>.

Ante este principio, el órgano jurisdiccional actúa como un tercero imparcial que decide únicamente con base “a lo alegado y probado en autos,

---

jurisdiccional.” José Araujo Juárez: *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal...* Ob. Cit. pp. 44-45.

<sup>7</sup> En efecto, la gran mayoría de los textos legislativos de contenido adjetivo incluyen el adjetivo “procesal” en sus denominaciones. Como ejemplo tenemos al Código Orgánico Procesal Penal, y a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

<sup>8</sup> Ricardo Henríquez La Roche: *Instituciones del Derecho Procesal*. 2º ed. ampliada. Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas, 2010, pp. 105-106.

sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados”<sup>9</sup>.

Lo anteriormente señalado, se entiende así en la lógica de que los derechos e intereses en contención llevados por este tipo de procedimientos, son del ámbito del derecho privado o civil únicamente. Solo en contadas excepciones podrá el juez alegar razones de orden público para limitar la autonomía de las partes en este ámbito; razones éstas que puedan provenir tanto de normas sustantivas de derecho público, como de otra índole especial que expresamente establezcan preceptos de orden público indisponibles por lo particulares. Así pasa por ejemplo cuando encontramos en la misma normativa procesal civil, normas que tienden a resguardar “el fin público del proceso como instrumento a través del cual actúa la administración de justicia”<sup>10</sup>.

Este principio dispositivo, y la lógica de que subyace un conflicto intersubjetivo en estos procedimientos –con verdadera contraposición de intereses– conduce al establecimiento de lapsos y términos de preclusivo cumplimiento; de igual forma conlleva al establecimiento del resto de formalidades encaminadas a garantizar la igualdad de condiciones entre los contendientes, y la plena o absoluta imparcialidad y objetividad del órgano jurisdiccional, es decir, la ausencia total de un interés en la obtención de determinado resultado.

Dicho en otras palabras, estos procedimientos jurisdiccionales están dispuestos única y exclusivamente para determinar lo que diga la ley para tales casos –únicamente conforme a lo efectivamente alegado y probado por las partes, y que conste autos– sin atender en ninguna forma a ningún otro interés, ni general directo, ni particular de ninguna índole.

Así pues, el formalismo estricto y de carácter preclusivo de los procedimientos jurisdiccionales, supone que de toda actuación que deba realizarse o perfeccionarse en determinado plazo o término, no podrá admitirse que ello sea así dentro de un plazo o término distinto al primero<sup>11</sup>. En ese mismo sentido, no es admisible en forma alguna que cualquiera de las

---

<sup>9</sup> Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil vigente, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.209 de fecha 18-09-1990.

<sup>10</sup> Ricardo Henríquez La Roche: *Instituciones del Derecho...* Ob. Cit., p. 106.

<sup>11</sup> Es lo que se entiende como el principio de preclusión, el cual –según señala el autor previamente citado RICARDO HENRÍQUEZ LA ROCHE– “conciene a la extinción de los derechos o posibilidades procesales por el transcurso del lapso concedido por la ley, sin que ese derecho se haya ejercido; o bien, por haberse utilizado un medio de ataque o de defensa incompatible con el que subsidiariamente pudo haber ejercido el interesado”. *Ibidem*, p. 103.

partes –en forma unilateral– solicite la prórroga de lapso alguno o la suspensión del procedimiento<sup>12</sup>; o que realice actuaciones –ya sea de ataque o defensa– que no correspondan con determinada fase en que se encuentre el procedimiento jurisdiccional.

Por su parte, y en lo que respecta al procedimiento administrativo, tenemos que en virtud de la ausencia de un proceso contencioso o conflicto intersubjetivo subyacente, resulta completamente válido que un particular pueda solicitar<sup>13</sup> la prórroga de un determinado lapso o fase procedimental, y que esto a su vez pueda ser concedido por la administración sin que ello implique un vicio en el acto administrativo que en definitiva se dicte.

En otro orden de ideas, y nuevamente en contraste con la rigidez del procedimiento jurisdiccional, es de destacar que los particulares (muy a diferencia de las partes en el proceso jurisdiccional), son libres de presentar cualquier tipo de alegaciones o consideraciones en cualquier fase del procedimiento administrativo. Además, cuentan los particulares en ese mismo ámbito con la posibilidad amplísima de utilizar cualquier medio legal de prueba, y en cualquier fase del procedimiento administrativo<sup>14</sup>. De ahí se concluye entonces que la administración siempre estará obligada a tomar en cuenta todos los hechos y elementos de prueba que se hubiesen efectivamente traído por el particular o por ésta misma, con independencia de la fase del procedimiento en la que esto se perfeccione.

Sobre la materia de pruebas en particular, debe tenerse en cuenta también el llamado principio de informalismo probatorio, por el cual se entiende que a las pruebas no debe exigírseles el más estricto formalismo, que generalmente sí deben cumplir en los procesos jurisdiccionales para contar con la mayor validez posible. Así, según comenta el Profesor JOSÉ IGNACIO

---

<sup>12</sup> Con la salvedad de que –con base al principio dispositivo– puedan acordar la suspensión del procedimiento. Lo cual se desprende del párrafo segundo del artículo 202 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>13</sup> Esto se sustenta al mismo tiempo en el llamado derecho (fundamental) de petición y consecuente obtención de una oportuna y adecuada respuesta establecido en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Para un estudio completo del referido derecho, véase: José Rafael Blandria García: *El Derecho de Petición en España y Venezuela*. FUNEDA. Caracas, 2013.

<sup>14</sup> Esto se desprende de los siguientes artículos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario de fecha 01-07-1981: Artículo 62: El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación. Artículo 68: Los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes.

HERNÁNDEZ, este principio se encuentra reivindicado por el vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos<sup>15</sup>, al establecer la preferencia de documentos privados sobre los públicos, y de copias simples frente a las copias certificadas<sup>16</sup>.

Entre otros caracteres diferenciadores que podemos mencionar se encuentra el del principio inquisitivo del procedimiento administrativo frente al dispositivo –ya mencionado– que rige los procedimientos jurisdiccionales. El carácter o principio inquisitivo se refiere –especialmente en sede administrativa– al hecho de que el órgano decisor pueda actuar de oficio y llevar a cabo todas las actuaciones posibles para determinar la verdad material del caso, sin la necesidad de atenerse con exclusividad a una instancia de parte o iniciación de interesado, ni de limitarse por lo solicitado, alegado y probado por las partes (en este caso solicitantes)<sup>17</sup>. Por otro lado, el principio dispositivo se refiere –reiteramos– a que las partes rigen el procedimiento, disponiendo de su iniciación, y hasta de suspensión o finalización mediante transacción; siempre y cuando ello no atente contra el orden público, o se encuentre prohibido expresamente por alguna excepción legal.

El principio o carácter inquisitivo se justifica en el procedimiento administrativo, por la razón de que a través de este la administración persigue como fin fundamental, la tutela directa del interés general, siendo consecuentemente necesaria la obtención de la verdad material en el caso que se trate. A tales efectos, cuenta con todas las potestades y correspondiente obligación de darle todo el debido impulso al procedimiento<sup>18</sup>, pudiendo en todo momento actuar de oficio, ya sea directamente o a través de cargas legales impuestas a los particulares, para alcanzar tales fines y aprehender la verdad material del caso.

Situación muy distinta se observa en el caso de los procedimientos jurisdiccionales donde opera el principio dispositivo. Si bien es cierto la ley

---

<sup>15</sup> Decreto N° 1.423 de fecha 17-11-2014, publicado en la Gaceta Oficial N° 40.549 de fecha 26-11-2014.

<sup>16</sup> José Ignacio Hernández: “Comentarios Prácticos a la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos” en *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y Legislación Complementaria*. 16° ed. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015. p. 168.

<sup>17</sup> Al respecto véase: Allan Brewer-Carías: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos Principios del Procedimiento Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010. pp. 257-261.

<sup>18</sup> Artículo 53 LOPA: La Administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites.

establece que el Juez es el rector del proceso<sup>19</sup>, no obstante, éste no puede en forma alguna actuar de oficio para probar o introducir nuevos alegatos a la causa. Muy por el contrario, ese aspecto queda totalmente relegado a las partes contendoras, lo que trae como consecuencia lógica lo que ya habíamos mencionado anteriormente, y el hecho de que el Juez –a diferencia de lo que sucede con el funcionario decisor en el ámbito de la función administrativa– solo puede decidir conforme a lo alegado y probado en autos. Por tanto, en absoluto puede él mismo de oficio traer nuevos elementos que puedan incorporarse para tomar la decisión definitiva.

Esta particularidad, se entiende en el hecho –muchas veces recientemente obviado<sup>20</sup>– de que el Juez debe ser un órgano absolutamente imparcial y objetivo con respecto a la ley, razón por la cual su tarea en los procedimientos jurisdiccionales debe limitarse únicamente a lo que traigan las partes y que conste en autos. De no ser así, y si existiese la posibilidad de que el juez pudiese de oficio traer alegatos nuevos o pruebas al juicio, se vería altamente afectada la imparcialidad, en vista de que así pudiera estarse favoreciendo el interés particular de alguna de las partes.

Sobre lo anterior, resulta conveniente resaltar que no solo no pudiese estarse garantizando la igualdad de las partes, y la justicia en esos supuestos, sino que además una intervención de ese tipo por parte de órganos jurisdiccionales pudiese significar la intromisión de un interés público o general, en asuntos en los que se debaten únicamente supuestos de hecho regulados por normas sustantivas de carácter privado. Bien es recordar que estas normas solo buscan tutelar derechos subjetivos, inequívoca y totalmente ajenos a la noción del interés general, por muy abstracta que esta pueda llegar a ser en su conceptualización<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Artículo 14 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>20</sup> Esto se ha visto recientemente en la jurisprudencia venezolana. Sobre ello, resulta muy interesante y revelador el artículo de autoría de IGOR VILLALÓN, y las sentencias venezolanas ahí citadas y comentadas. Sentencias N° 1005 de fecha 06-06-2008 de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 2012-0714 de fecha 23-04-2012 de ese mismo órgano jurisdiccional, y N° 135 del 12-03-2014 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Igor Villalón: “Reflexiones jurisprudenciales acerca del papel que está llamada a desempeñar la ponderación en el derecho” en *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela 2018*. Centro para la Integración y el Derecho Público, Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2018, pp. 12-30.

<sup>21</sup> Lo cual hace de este concepto uno perteneciente al grupo de los “conceptos jurídicos indeterminados”. MIGUEL ÁNGEL TORREALBA –en el ámbito del derecho administrativo– los define de la siguiente manera: “aquellas figuras jurídicas que regulan la actividad de la Administración, en los que la indeterminación de sus enunciados no se traduce en una

Así pues, puede claramente deducirse que, ante la ausencia de un principio preclusivo, de formalidades estrictas, y también de un principio dispositivo, tal y como lo hemos caracterizado, el principio a regir entonces el trámite de un procedimiento administrativo resulta en aquél de una flexibilidad<sup>22</sup> o informalismo. Por tanto, la omisión de ciertas formalidades no esenciales, o llevadas a cabo de la manera más estricta posible, no invalida en principio la tramitación de determinado procedimiento administrativo.

Dicho carácter de flexibilidad se refuerza por el principio inquisitivo implícito en las normas estableedoras –tanto generales como especiales– de procedimientos administrativos entre nosotros. Pero también por lo que comprende el ejercicio de la función administrativa en primer lugar, y, en segundo lugar –así lo creemos– por la muy especial conformación de los entes y órganos llamados a ejercerla, lo cual plantearemos de seguidas.

## II. EL CONTEXTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA CONFORMACIÓN DE SUS ENTES Y ÓRGANOS

Mucho se ha dicho sobre lo que debe entenderse como ejercicio de la función administrativa desde que se iniciaron los estudios de derecho administrativo<sup>23</sup>. Algunas de las principales posturas para definir a la función

---

indefinición de sus aplicaciones, pues solo se permite una unidad de solución justa”. Miguel Ángel Torrealba Sánchez: “Discrecionalidad Administrativa y Conceptos Jurídicos Indeterminados: ¿Nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 8. Caracas. Universidad Monteávila, 2016, p. 227.

<sup>22</sup> Señala JOSÉ ARAUJO JUÁREZ que “Con el mencionado principio del procedimiento administrativo, quiere hacerse alusión a la idea de un alejamiento respecto de todo ‘formulismo’, como del llamado ‘principio de informalidad administrativa’” y más adelante agrega que “Así, podemos concluir que: la LOPA termina con el ‘informalismo’. Pero tampoco puede pensarse en el procedimiento administrativo como una carrera de obstáculos que ha de salvar el particular para conseguir la resolución de un asunto (ROYO VILLANOVA). Es por ello que el mismo texto legal recoge el principio de la no formalidad estricta del procedimiento administrativo”. José Araujo Juárez: *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal...* Ob. cit. p. 102.

<sup>23</sup> En efecto, como lo fue la postura francesa del servicio público como concepto fundamental, frente a la de la doctrina italiana que posicionó al interés público como base definitoria de dicha función; y entre nosotros la visión subjetiva u orgánica original, que luego fue rechazada en su mayoría por la doctrina. Consúltense Allan Brewer-Carías: “Tratado de Derecho Administrativo Tomo I: El Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2013.

administrativa, fueron originalmente la orgánica o subjetiva, y la objetiva o substancial.

Así, la primera se refería a que la función administrativa era aquella ejercida exclusivamente por los órganos y entes pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público; mientras que la segunda postura –en una especie de superación de la primera– proponía que no solo los órganos de la rama ejecutiva ejercían función administrativa, sino que también los órganos de otras ramas del poder público ejercían esa función, abandonando así la óptica subjetiva, y postulando una objetiva-material.

Esta última visión guardó mucha similitud con el llamado pandectismo alemán<sup>24</sup>, teoría según la cual las distintas funciones estatales podían explicarse o diferenciarse según el grado o escalón que ocupasen dentro del proceso de creación del derecho. En ese sentido, la “función administrativa” sería toda aquella creación de derecho, bien sean de actos de efectos generales (normativos) o de efectos particulares, que no fuesen actos de gobierno de aplicación inmediata de la constitución, creación de leyes o sentencias, dictados estos dos últimos –en principio– por la rama legislativa y judicial, respectivamente. Dicha teoría definió entonces a la función administrativa y sus correspondientes actividades administrativas de manera residual y negativa, de tal manera que todo lo que no fuese una sentencia o creación de normas en aplicación inmediata de la constitución, correspondía al ámbito administrativo, y sería por ende parte del objeto de estudio del derecho administrativo.

En principio, pareciera que ninguna de las dos posturas llegó a alcanzar una plena aceptación dentro de la doctrina en general, aunque no es menos cierto que la visión objetiva-material o también llamada “formal-substancial”, apoyada por BREWER-CARÍAS fue la que más o menos aceptación tuvo entre la doctrina venezolana, sobre todo en lo que respecta a la enseñanza del derecho administrativo en nuestro país; claro está, como consecuencia lógica de la influencia del maestro BREWER-CARÍAS en las principales escuelas de derecho.

En el contexto planteado, de nuestra parte nos acogemos al criterio de la doctrina italiana clásica, que es aquel que propugna –como ya lo dijimos– que

---

<sup>24</sup> Doctrina que tuvo su auge en la escuela alemana a finales del siglo XIX y que –en el mismo sentido de la visión u óptica objetivo material de la administración pública– postuló que en los estados contemporáneos no podía afirmarse que existieran tres poderes separados e independientes, sino por el contrario, tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial.

la verdadera función administrativa es la que cumple con tutelar el interés público o general en forma *directa*<sup>25</sup>.

Esta última apreciación nuestra la sustentamos en el hecho de que la función administrativa está íntimamente relacionada a la llamada potestad de autotutela<sup>26</sup>. En efecto, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, solo los órganos que mediante procedimientos administrativos dictan los correspondientes actos, pueden ellos mismos ejecutarlos, sin la necesidad de requerir la declaratoria como ejecutables, ni su ejecución, de parte de los órganos jurisdiccionales. En cambio, el resto de las personas –ya sean físicas o morales– siempre van a requerir del auxilio judicial para no solamente darle validez legal (títulos ejecutables) a sus reclamos, sino también para hacerlos realidad en la práctica.

Así pues, vemos que la potestad de autotutela, la cual habilita a la administración pública para poder afectar la esfera jurídica de los particulares como ninguna otra persona puede hacerlo, no puede encontrar otra

---

<sup>25</sup> Esto en clara contraposición a lo que pudiera llamarse la tutela indirecta del interés general que por ejemplo cumple la función jurisdiccional. Es decir, se entiende que la función jurisdiccional ordinaria (civil) va encaminada a hacer valer derechos subjetivos particulares, pero no por ello deja de cumplir una función ulterior, que podría ser pensada como la de alcanzar la paz pública entre los ciudadanos, procurando la solución pacífica y a derecho de conflictos que de otra manera pudieran resolverse por medio de la fuerza, lo que a veces se conoce como “tomar la justicia por su propia mano”.

<sup>26</sup> En un principio muchos autores –incluido el maestro Brewer– redujeron el concepto de la potestad de autotutela al de la posibilidad de revocar o convalidar sus actuaciones. Al respecto véase Allan Brewer Carías: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos Principios...* Ob. cit. p. 66. Pero más recientemente este concepto ha sido ampliado al que nos referimos en este trabajo, tal y como lo señala el Profesor CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES de la siguiente manera: “esa auto protección como poder irremisible administrativo deviene de competencias expresas que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para producir actos con fuerza intrínseca propia, denominados títulos ejecutivos, que creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas de los particulares, mediante instrumentos que no requieran ser ratificados o refrendados para su validez por otros órganos del Poder Público, lo que sería identificado como ‘Autotutela Declarativa’, así como también el poder de implementarlos en la práctica por medios propios de ejecución que desprenden una fuerza externa que se impone irresistiblemente sobre los destinatarios del acto administrativo, inclusive mediante actuaciones coactivas ante la resistencia pasiva o activa del destinatario del acto administrativo que se niega a cumplir voluntariamente lo dispuesto, sin necesidad de acudir tampoco a solicitar el concurso participación de otro órgano del Poder Público, como sería usualmente un Tribunal, por cuanto detenta también una ‘Autotutela Ejecutiva’”. Carlos Luis Carrillo Artiles: “La Imbricación de la noción y contenido de la potestad de autotutela de la Administración en Venezuela” en *Derecho Administrativo Iberoamericano 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. Tomo II. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, p. 1020.

justificación –a nuestro parecer– que no sea la de tutelar en forma directa e inmediata el interés general<sup>27</sup>.

Esta necesidad o mandamiento de tutelar el interés general –insistimos– de forma indirecta e inmediata, hace que los procedimientos administrativos se rijan por principios y características en particular, muy distintas a las que se siguen en un procedimiento jurisdiccional, tal y cómo lo vimos anteriormente. Uno de esos principios es el de informalismo o flexibilidad.

De tal manera que no solo se debe tomar en cuenta el hecho de la ausencia de una contención o conflicto intersubjetivo, para la aprehensión de la esencia o naturaleza jurídica del procedimiento administrativo, sino también el contexto en el que se desenvuelve éste, el cual no es otro que la búsqueda de la verdad material en el caso concreto, para poder subsumir correctamente la situación de que se trate en el supuesto de hecho de la ley; todo ello en atención al interés general implícito encontrado tanto en la ley o norma que se esté aplicando, como en el ordenamiento jurídico en general.

Creemos que no sería admisible entonces que la tutela directa del interés general, lo cual se supone afecta a la generalidad de la población, o al menos a un sector más o menos determinado de ésta, sea obstaculizada por un procedimiento plagado de formalidades estrictas, de tal manera que la búsqueda de la verdad material pueda resultar sacrificada por esos aspectos.

Volvemos de nuevo aquí al resaltar el hecho de que no existe en estos casos una contraposición de intereses. Tratándose de la tutela directa del interés general, en la forma más eficiente y eficaz posible, no debe imponerse ningún formalismo, a no ser que sea uno cuya omisión comprenda un vicio de nulidad absoluto que no pueda ser objeto de convalidación alguna, lo cual generalmente implica la violación del derecho a la defensa de los particulares sujetos a esa relación de potestad frente a la administración.

Incluso en el supuesto de esos casos en los que se podría apreciar que el procedimiento administrativo en cuestión pareciera ir directamente en contra del interés del particular, como lo sería un procedimiento para la revocatoria de un derecho reconocido (autorización); o más gráfico aún, la realización de un procedimiento administrativo sancionatorio, no deja de apreciarse la búsqueda de esa verdad material encaminada a tutelar el interés general.

Consideramos que lo anterior es así, por cuanto el procedimiento administrativo es tanto una garantía para el particular, como una herramienta

---

<sup>27</sup> Interés general que más o menos puede concretarse, tomando en cuenta los fines constitucionalmente impuestos a la administración pública en nuestro ordenamiento jurídico.

útil para la administración en estos casos. Así, ambos sujetos van hacia un mismo camino, que es el de defender la vigencia y validez del ordenamiento jurídico; siendo que en esos casos donde el particular es objeto de una sanción, o de la posible revocatoria de un acto administrativo dictado en su favor, ejercerá su derecho a la defensa en todas las fases e instancias de dicho procedimiento, mientras que la administración deberá no solo darle impulso propio a éste, sino que también recabar y considerar todo lo que sea practicado por el particular, a los fines de ajustar lo mejor posible la decisión final con la legalidad vigente.

Vemos pues que no se trata de la imposición de un derecho subjetivo o interés de una de las partes sobre la otra<sup>28</sup>, más bien podría hablarse del trabajo o colaboración en conjunto de los dos sujetos –administración y particular– para subsumir correctamente los hechos en el supuesto de ley.

En pocas palabras, el interés, o ni siquiera el deber de la administración puede ser entendido como el de sancionar o revocar determinado acto; muy por el contrario está obligada –en virtud de la competencia que se le ha otorgado– a hacer valer la vigencia del ordenamiento jurídico en aspectos en lo que se inmiscuye la tutela directa del interés general, lo cual bien pudiera ser el reconocimiento de que –y gracias a las bondades de un procedimiento administrativo correctamente llevado– en determinado caso un sujeto no es objeto de sanción, que no opera la revocatoria de determinado acto, o bien que es procedente el reconocimiento de determinado derecho<sup>29</sup>.

En todo este contexto que hemos expuesto, iría contra la esencia y naturaleza de los procedimientos administrativos, el entendimiento de los lapsos y términos de estos de forma preclusiva, como si de una contraposición de intereses (en los que no debe favorecerse el uno y el otro) se tratara, cuando más bien solo existe un interés en juego, esto es, el interés general y la idea de que su afectación será una directa e inmediata.

De ahí que deba operar un cierto informalismo, o principio de flexibilidad encaminado a obviar o dejar a un lado todos esos formalismos propios de la

---

<sup>28</sup> Se habla a veces de que la administración pública hace del interés general, el suyo. Pero creemos que esto no debe enfocarse de esa manera. Simplemente la administración está obligada legalmente a tutelarlos, más no se puede entender como la única parte interesada en alcanzar dicho fin, corriendo el riesgo de particularizar algo –así sea en un poder público– que afecta siempre a la colectividad en general.

<sup>29</sup> Al respecto se habla de los distintos tipos de procedimiento conforme al fin perseguido, como lo serían el procedimiento autorizatorio, el sancionatorio y los de impugnación. Véase Allan R. Brewer-Carías: “Introducción al Régimen de la Ley Orgánica” en *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos...* Ob. cit., pp. 257-261.

figura de un procedimiento legalmente establecido, cuando se haya confirmado que la decisión en cuestión no está viciada de nulidad, y tomó todos los hechos y argumentos de relevancia en cuenta, tanto por la administración como por el particular<sup>30</sup>.

Es muy importante entonces entender que el ejercicio de la función administrativa va ineludiblemente acompañado de esa noción de tutelar el interés general como ninguna otra función pública puede hacerlo. En virtud de ello, se puede apreciar mejor entonces que las formas de actuación de la administración pública deben garantizar la mayor ventaja y apertura posible para la consecución de ese objeto. De ahí la importancia de la flexibilidad en el entendimiento y tramitación del procedimiento administrativo. Recordemos que su fin es uno que abarca a toda la generalidad, y no de un interés particular representado por un derecho subjetivo de carácter privado.

Abundando en lo expresado hasta este punto, una particularidad también a veces obviada, y que también guarda estricta relación con el ejercicio de la función administrativa, es aquella de la conformación de los entes y órganos de la administración pública. Esto es, acerca del origen de los funcionarios que en definitiva llevan a cabo las actuaciones y toma de las decisiones correspondientes, que se exteriorizan en lo que se conoce como actos administrativos.

Nunca obviando el hecho de que toda actuación de la administración pública se debe realizar con estricto apego a la ley, por cuanto es claro que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra establecido el principio de legalidad; debe señalarse también que los funcionarios de la administración –muy a diferencia de los operadores del sistema de justicia– toman en cuenta razones de oportunidad y conveniencia para dictar decisiones.

Estas razones, que pueden ser consideradas como elementos de discrecionalidad<sup>31</sup> en su actuación, no tienen otro fundamento que el origen esencialmente político y por medio del sufragio de los operadores de la rama ejecutiva del poder público. Adicionalmente, estos funcionarios se ciñen

---

<sup>30</sup> Sobre el derecho a la defensa en sede administrativa, véase: Alejandro Gallotti: *El Derecho a la Defensa en sede administrativa. Un estudio sobre los límites de la potestad administrativa en la salvaguarda de los derechos de los particulares*. FUNEDA. Caracas, 2013.

<sup>31</sup> Véase: Fernando Javier Delgado Rivas: “Breves consideraciones sobre las potestades discrecionales del Registrador Mercantil en cuanto al capital social de las sociedades anónimas” en *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela 2018*. Centro para la Integración y el Derecho Público, Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2018, p. 54.

también al principio de jerarquía que se desprende de la legislación que los regula. En consecuencia, sus actuaciones se encuentran relativamente determinadas también por los planes generales y políticas públicas que se hayan dictado desde la administración central. Nuevamente queremos insistir en que este hecho no configura en forma alguna un relajamiento del principio de legalidad, ni menos aún de la garantía de reserva legal<sup>32</sup>.

Como corolario de todo lo anterior, vuelve la noción de interés general como fundamento de las actuaciones de la administración pública. Este interés general puede encontrar su concreción no solo en normas de carácter constitucional, sino también en las mismas leyes de forma implícita. Piénsese por ejemplo en una ley de protección del ambiente, y dado el caso en que un funcionario deba llevar a cabo determinado procedimiento, este no actuará en un cumplimiento automático de la ley, cual exégeta absoluto; más bien lo hará con atención al interés general implícito en la ley (protección del ambiente), y tomando en cuenta las políticas públicas dictadas para el momento, que devienen generalmente en las clásicas razones de conveniencia y oportunidad.

Que el interés general –además en forma directa– se encuentre presente en el actuar de la administración pública, trae otra consecuencia en su proceder muy a tomarse en cuenta al momento de llevar procedimientos administrativos. Esa consecuencia es que la objetividad e imparcialidad de la administración no puede entenderse en la misma forma en que se hace con los procedimientos jurisdiccionales ordinarios.

Se dice entonces que la administración actúa con objetividad e imparcialidad, pero esta imparcialidad se refiere a una objetividad con respecto al interés general, y no sobre una y otra parte en los procedimientos. Tal y como lo señala el autor LUCIANO PAREJO ALFONSO, para quien:

...la Administración pública está en estrecho contacto con la vida social, se involucra en ella, adhiriéndose (por ser ésta su razón de ser y su legitimación) a uno de los intereses que se hacen presentes en dicha vida social, en tanto que la organiza políticamente: el interés general. De esta elemental comprobación se sigue que no es un sujeto neutral, ni siquiera políticamente (al estar bajo la dirección del correspondiente Gobierno) y desde luego no en el sentido que lo es

---

<sup>32</sup> Aunque es algo que sí ha sucedido de forma recurrente en los últimos tiempos, producto a veces de instrumentos legislativos que dan pie a la deslegalización. Consúltese igualmente la obra mencionada en la cita inmediata anterior.

un Juez (cuya independencia es la que posibilita la dependencia exclusiva de la Ley)<sup>33</sup>.

Hemos hecho toda esta explicación, para de esa forma señalar que la conformación de los entes y órganos de la administración pública entre nosotros, su origen político y su peculiar imparcialidad y objetividad, sirven también de argumento para sustentar que el camino a seguir para la exteriorización de su voluntad –el procedimiento administrativo– no puede entonces ceñirse a formalidades en demasía estrictas, que en alguna forma puedan entorpecer los objetivos planteados.

No puede sacrificarse la función administrativa, alegándose el incumplimiento de fases del procedimiento –así se encuentren establecidas en la ley– si el interés general implícito en el ordenamiento jurídico se alcanzó con determinado acto, y no se incurrió al mismo tiempo en ninguna violación de norma de orden público o derecho fundamental de particular alguno, como lo sería el derecho a la defensa.

Toda vez que la finalidad del acto administrativo es la de tutelar un bien común para toda la colectividad, que los funcionarios con atribución legal para ello deben atenerse a alcanzar ese fin, y que en ese sentido el jerarca los emplaza a tomar determinada postura (nunca fuera de la ley), debe permitírseles la mayor flexibilidad posible para ello. Lo mismo –y quizás con más énfasis aún– debe considerarse para los particulares, quienes como ya muchas veces hemos dicho, no deben considerárseles como personas con intereses contrapuestos al de la administración, sino más bien como colaboradores en la búsqueda de los fines que el legislador le ha impuesto a la administración.

Creemos que no cabe duda entonces del papel tan importante que juega la flexibilidad en los procedimientos administrativos que se lleven conforme a nuestro ordenamiento jurídico. No solamente de la ley se desprende esto,

---

<sup>33</sup> Sobre el mismo principio de objetividad, afirma el citado autor que: “no parece que pueda calificarse la Administración Pública, en efecto, de ‘desinteresada’ o ‘desapasionada’ (una de las acepciones que el Diccionario de la Real Academia da a la voz ‘objetivo’), en tanto que carente de interés o intereses propios. La Administración pública se define precisamente por el servicio al interés general, lo que significa su íntima vinculación a tal interés. Tiene, pues y por definición, ‘interés’ en la realización del mismo” y sobre el principio de imparcialidad que no es “carencia de todo interés, neutralidad propia del Juez, sino cabalmente exigencia de no infusión o contaminación por intereses particulares y, en todo caso, distintos al general” Luciano Parejo Alfonso: “La Objetividad y la Imparcialidad como Predicados de la Administración Pública en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías: La Relación Jurídico-Administrativa y el Procedimiento Administrativo*. Vol. II. FUNEDA, Caracas, 2006. pp. 576-578.

sino de la esencia o naturaleza de la función administrativa, y de los fines que esta se encuentra obligada a alcanzar en el contexto jurídico venezolano.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De las breves notas que hemos expuesto, creemos que no hay lugar a dudas de que el principio de flexibilidad o informalismo es uno que ineludiblemente debe ser tomado en cuenta por todos los actores que conforman esa muy particular relación jurídica que se da entre particular y administración, cuyo canal a seguir para la debida formalización de sus actos es el procedimiento administrativo.

Es de notar que este principio no se encuentra expresamente establecido en ningún instrumento normativo, pero de todas formas se deduce de varias disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículos 21, 23, 58, 60, 62 y 86), de lo que ha dicho la doctrina citada, y también de parte de la jurisprudencia<sup>34</sup>.

Pareciera entonces como algo que debería darse por sentado entre los operadores de la administración pública y particulares. Pero pasa que muchísimas veces vemos que en la práctica se obvia por completo, o se olvida a conveniencia de una intención de arbitrariedad.

Dejando a un lado el caso muy peculiar de los llamados “procedimientos cuasijurisdiccionales”<sup>35</sup>, en los que –lo cual consideramos del todo equivocado– muchos de los funcionarios decisores pretenden asumir el rol de un juez casi totalmente análogo al titular de un verdadero órgano jurisdiccional; muchas veces vemos que aun tratándose de una de las modalidades más frecuentes y clásicas de procedimiento administrativo, como lo son los del tipo autorizatorio, no solo los funcionarios parecen obviar este principio, sino que también –y más recientemente– la misma jurisprudencia ha actuado así, incluso de forma expresa.

Tal es el caso de la decisión N° 411 de fecha 04-07-2019, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. En esa oportunidad el tribunal de alzada declaró sin lugar una apelación ejercida contra la antigua Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró sin lugar una demanda de nulidad contra actos emitidos por la extinta

---

<sup>34</sup> Sentencias de fechas 11-08-1983, 06-06-1985, y 18-06-1987 todas de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Citadas por José Araujo Juárez: *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal...* Ob. cit. p. 102.

<sup>35</sup> Denominados así por la autora Hildergard Rondón de Sansó: *Los actos cuasijurisdiccionales*. Ediciones Centauro, Caracas, 1990.

Comisión de Administración de Divisas (CADIVI). Pasamos a citar un extracto de esa decisión:

Finalmente en cuanto a la aplicación del principio de flexibilidad de los lapsos en el ámbito del derecho administrativo, la Sala advierte que según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública los principios que rigen la actividad de la Administración Pública son economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.

Como puede observarse ninguno hace alusión a la flexibilidad indicada por la apelante. En este sentido, entiende la Sala que el acatamiento de los lapsos constituye una formalidad esencial que determinaba quienes cumplieran para el otorgamiento de las divisas, y que la opción que tenía la solicitante, era en todo caso, pedir una prórroga, lo cual tal como lo apreció el *a quo* no ocurrió en el caso bajo examen.

A nuestro parecer resulta preocupante que una decisión del más alto tribunal, a la ligera declara que como dicho principio alegado por la apelante –con independencia de si tenía un sustento fáctico para hacerlo o no– no aparece expresamente establecido en un instrumento normativo, pues simplemente no cuenta con la base suficiente para ser alegado, sin más. Así pues, el principio de flexibilidad es totalmente descartado, y a su vez la Sala estima “que el acatamiento de los lapsos constituye una formalidad esencial que *determinaba quienes cumplieran*” (destacado nuestro), lo cual creemos va definitivamente en contrario con lo que hemos expuesto y manifestado en estas notas.

El acatamiento de los plazos y fases en los procedimientos es por supuesto una formalidad a cumplir, solamente por el hecho de que la ley lo establece así; la lógica detrás de los plazos y fases es la de una eficacia técnica para la administración, como también para la garantía en su seguridad jurídica al particular, quien debe contar con la expectativa jurídica de conocer cuándo la administración debería estar decidiendo determinada solicitud que este haya incoado.

Pero si la administración llegara a contar con la posibilidad de emitir un acto, fuera de los lapsos establecidos, o inclusive si el propio particular interesado hubiese llegado a cumplir con determinada carga o actuación fuera de esos plazos, creemos que en modo alguno puede la administración atarse por el incumplimiento de esos plazos, y obviar dichas actuaciones a los efectos de tomar la decisión final. Por tanto, no creemos válido el que estos plazos

sean considerados como una “formalidad esencial” en el trámite de cualquier procedimiento administrativo. Ello simplemente equivaldría a decir que estos son de un carácter preclusivo, como si de otro procedimiento jurisdiccional se tratase; lo anterior se traduciría además en una completa difuminación entre los límites del ejercicio de la función administrativa y función jurisdiccional.

En modo alguno debe entenderse que las formas deben obviarse o relajarse a un extremo total en la tramitación de los procedimientos administrativos. Un pensamiento así acabaría por completo con el procedimiento administrativo como lo conocemos, no habría canalización correcta para exteriorizar la voluntad de la administración, ni tampoco garantía alguna para los particulares. Un escenario así nos llenaría de vías de hecho y hacia la total violación del principio de legalidad, viciando por completo el ejercicio de la función administrativa.

Esta última inquietud la resalta excelentemente el autor colombiano JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, cuando nos dice sobre la informalidad en los procedimientos administrativos que:

Sin embargo, esa clara tendencia no puede interpretarse de manera radical en el sentido de que nos aprestemos a ser testigos, o incluso eventualmente responsables, de la desaparición del formalismo. No. Se trata simplemente de un cambio de inclinación –sin duda un tanto brusco pero ciertamente necesario– respecto de la que traía desde mediados del siglo, a fin de que, a la luz del principio cardinal de razonabilidad, se logre establecer un armonioso equilibrio entre el formalismo y el informalismo, que permita volver a acompasar ese formalismo con la idea de libertad, de modo que uno y otra puedan continuar siendo, como corresponde, hermanos gemelos y enemigos jurados de la arbitrariedad<sup>36</sup>.

He ahí entonces una de las claves, que es la idea de un equilibrio que debe existir al momento de llevar los procedimientos administrativos. Formalismo e informalismo (flexibilidad), deben tender ambos al mismo tiempo, a garantizar la vigencia el ordenamiento jurídico, y a la defensa de los derechos y garantías de los particulares.

El principio de flexibilidad debe atenerse también –en lo que a defender o tutelar la vigencia del ordenamiento jurídico se refiere– a cumplir los fines de interés general que informan la actuación de los entes y órganos en ejercicio de la función administrativa. Por esa razón los actores de la administración no pueden atarse a formalidades tomadas como dogmas o solemnidades

---

<sup>36</sup> Juan Carlos Esguerra Portocarrero: “La formalidad y la informalidad en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas” en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías La Relación Jurídico-Administrativa y el Procedimiento Administrativo*. Volumen I. FUNEDA. Caracas, 1998, p. 133.

inquebrantables, si el acto administrativo que se llega a dictar alcanza efectivamente a cumplir esos fines que expresa o tácitamente se desprenden de nuestras leyes. De igual forma dijimos que por esa misma razón la administración no actúa como un autómatas cumplidor de la letra de la ley, sino que también persigue unos fines con cierto matiz político (encontrados en el mismo ordenamiento jurídico), totalmente vedados a otras ramas del poder público, como por ejemplo la jurisdiccional. Estos fines se supone no buscan proteger determinado derecho subjetivo particular privado, sino el de toda la colectividad, el llamado interés general.

Nuevamente destacamos entonces la esencia del procedimiento administrativo, en el que no existen intereses contrapuestos entre las partes que conforman esa relación jurídico administrativa. Más bien ambos sujetos están llamados a perseguir una misma meta desde posiciones distintas, uno desde la potestad de dictar los actos que le imponen las leyes, y la otra de instar a que esta actúe y de hacer uso de todas las herramientas jurídicas permitidas para coadyuvar en ese fin, desde la óptica de su interés y condición de particular; pero ambas posiciones se encuadran siempre en el mismo objetivo.

Nuestra posición –y recomendación– es entonces la de llamar la atención sobre las ocasiones en que este principio de flexibilidad es olvidado en la práctica; más aún cuando parte de la jurisprudencia ha decidido recientemente dejarlo de lado. Creemos que, a estos efectos, es muy importante recordar la esencia del ejercicio de la función administrativa, no desde una óptica filosófica o quizás un tanto metafísica, sino simplemente de lo que directamente se desprende de nuestros instrumentos normativos desde hace un buen tiempo.

Al olvidar los fines y objetivos de la administración pública, tendemos a mezclar sus funciones con la de los tribunales, vemos al Estado cómo un todo y obviamos la necesaria separación de las ramas del poder público. De esa forma descuidamos los caracteres tan definitorios y diferenciadores entre el procedimiento jurisdiccional y procedimiento administrativo.

No abandonemos entonces esa tarea de tener siempre presente los principios y particularidades que moldean la institución del procedimiento administrativo entre nosotros, de entre los cuales creemos que la flexibilidad ocupa un lugar importantísimo. De tal manera que el ejercicio formalizado de la administración pública permanezca siendo tanto una herramienta de eficacia y eficiencia para ésta, como también una garantía para el particular.

# RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL EN EL CASO DE LAS DENOMINADAS PRÓTESIS MAMARIAS MARCA “PIP” (POLY IMPLANT PROTHESE)

Marjorie Rocio Maceira Ortega<sup>1</sup>

**Resumen:** *Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, Venezuela tiene concebido un sistema de responsabilidad patrimonial estatal, que tiene por fundamento general garantizar la integridad patrimonial de quien ha visto menoscabado su patrimonio por la acción u omisión de la Administración en cualquiera de las funciones que la misma le corresponde realizar por mandato constitucional. Con este artículo se pretende analizar la llamada responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración por funcionamiento anormal en el caso de las denominadas prótesis mamarias marca “PIP” (Poly Implant Prothese), para ello se esbozarán sucintamente algunos aspectos relacionados con la responsabilidad patrimonial estatal en general como sistema, su definición, fundamento constitucional, caracteres, elementos, entre otros aspectos, que resulten relevantes para su incorporación en el estudio del caso, la jurisprudencia y un poco lo relativo a los aspectos procesales conforme a las disposiciones legales actualmente vigentes.*

**Palabras clave:** *Responsabilidad – Responsabilidad patrimonial estatal – Funcionamiento anormal*

**SUMARIO. Introducción. I.** La responsabilidad patrimonial estatal. **1.** Definición de la responsabilidad patrimonial estatal. **2.** Fundamentos constitucionales de la responsabilidad patrimonial estatal. **3.** El sistema de la responsabilidad patrimonial estatal. **A.** Sistema amplio e integral. **B.** Sistema directo. **C.** Sistema mixto. **D.** Sistema autónomo. **E.** Sistema a favor del ciudadano. **4.** Elementos de la responsabilidad patrimonial estatal. **II.** El régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal o por falta o falla del servicio. **III.** Caso de las denominadas prótesis mamarias marca “PIP” desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial estatal. **1.** La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 06-06-2012. **2.** La responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración por funcionamiento anormal en el caso de las denominadas prótesis mamarias marca “PIP” (Poly Implant Prothese) **IV.** Análisis jurisprudencial. **V.** Aspectos procesales para el caso. **Conclusión. Bibliografía.**

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2009).

## INTRODUCCIÓN

Con el paso del tiempo se ha hecho necesario desarrollar un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, ello básicamente desde el mismo momento en que éste dejó de percibirse como un ente extraño a los particulares y en virtud de su intervención cada vez en mayor medida en todas aquellas situaciones del acontecer diario de las personas. El establecimiento del régimen de responsabilidad estatal, como indica la doctrina en algunos países ocurrió por la vía legislativa (caso anglosajón), mientras que en otros (caso francés) todo lo relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado, se originó y además se desarrolló por vía jurisprudencial.

En Venezuela, no podría afirmarse que el régimen de responsabilidad patrimonial estatal encontrara su nacimiento con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999<sup>2</sup>, ya con la Constitución de la República de Venezuela de 1961<sup>3</sup>, se podía hablar de la existencia de un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado completo y efectivo.

En la actualidad, nos encontramos ante un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado concebido como un sistema *amplio*, ello por cuanto no sólo abarca las actividades administrativas, sino porque el mismo de igual manera abarca el ejercicio de cualquiera de las actividades públicas desarrolladas por el Estado, vale decir, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso privados y, que viene dado además este sistema como el producto de la existencia de diversos aspectos o elementos que lo conforman, esto es, elementos de carácter normativo, jurisprudencial, doctrinario, entre otros. Debiendo destacarse que el fundamento general de este sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, no es más que la *Integridad Patrimonial*, es decir, el de servir como medio de reparación de los particulares que han sufrido una alteración patrimonial y en algunos casos agravios morales.

Este sistema de responsabilidad patrimonial del Estado así concebido, junto con el principio de legalidad, el de separación de poderes, la protección real y efectiva de los derechos consagrados en la norma suprema, darían fuerza a la concepción de Venezuela como un estado democrático, social de Derecho y Justicia.

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

<sup>3</sup> Gaceta Oficial N° 662 Extraordinario del 23-01-1961.

A la luz de lo explanado en los párrafos siguientes, se pretende analizar la posible responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración por funcionamiento anormal, en el caso de las denominadas prótesis mamarias marca PIP (Poly Implant Prothese).

Para lograr este objetivo, se realizará un sucinto análisis de la responsabilidad patrimonial estatal en general como sistema, desde su definición, fundamento constitucional, caracteres, elementos, haciendo una especial referencia al sistema de responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración por funcionamiento anormal, entre otros aspectos que resulten relevantes para su incorporación en el estudio del caso en concreto, mencionando de forma breve el tratamiento de la jurisprudencia venezolana a este régimen en dos bloques, el primero conforme al texto constitucional venezolano de 1961 y, el segundo de acuerdo al texto constitucional de 1999 aún vigente. Finalmente se abordará el tema de los aspectos procesales, específicamente sobre el antejuicio administrativo consagrado en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y en cuanto a la acción correspondiente consagrada en los artículos 56 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

## I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTATAL

### 1. Definición de la responsabilidad patrimonial estatal

Etimológicamente responsabilidad viene de *responsus*, participio pasado del verbo *respondere* cuyo significado sería “constituirse en garante”, esta definición la aporta el autor SAAVEDRA<sup>4</sup> en el marco de la explicación que realiza a la noción general de la responsabilidad y ya desde la concepción jurídica de la misma.

Para ORTIZ<sup>5</sup>, la responsabilidad patrimonial del Estado debe entenderse como un principio general del derecho y como uno de los valores superiores inherentes a todo Estado de derecho, conforme a lo cual se constituiría igualmente en un derecho inherente a la persona humana de cualquier sociedad democrática y así expresamente lo señala el autor: “la

---

<sup>4</sup> Ramiro Saavedra Becerra. *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 2004, p. 29.

<sup>5</sup> Luis Ortiz Álvarez. *La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999*. Revista de Derecho Constitucional. Editorial Sherwood. Caracas, septiembre 1999.

responsabilidad patrimonial del Estado es, ante todo, un 'principio general del Derecho' e igualmente uno de esos 'valores superiores' inherentes a todo Estado de Derecho y, por tanto, un derecho inherente a la persona humana integrante de cualquier sociedad democrática y de justicia".

Por su parte, TORREALBA<sup>6</sup> conforme al texto íntegro de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, conceptualiza a la responsabilidad patrimonial estatal como "una categoría de orden multívoco, es decir, que la misma responde a diversas acepciones en términos de análisis y aplicación respectiva por lo que bien puede considerarse como una *garantía*; un *derecho*; un *valor* y un *medio de control u ordenador de la actividad estatal*".

Conforme a lo anterior, puede afirmarse que lo realmente importante con respecto a las definiciones atribuidas a la responsabilidad patrimonial estatal de manera general, esto es, como la obligación de reparar el daño causado, es el de constituirse como uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico y, de allí que la misma puede alcanzar un rango supraconstitucional, con lo que determinaría la exigencia de estar dispuesta a nivel constitucional de un modo extensivo y no limitativo, por tratarse de un derecho que se configura como un elemento nuclear de la propia concepción de Estado que se tenga, y que asegure preponderantemente el elenco de derechos por él reconocido. Así las cosas, de seguidas se analizará de una forma breve el basamento constitucional de la responsabilidad patrimonial estatal.

## 2. Fundamentos constitucionales de la responsabilidad patrimonial estatal

Entendiendo la responsabilidad patrimonial estatal, como un derecho de carácter medular de la visión de Estado que se tenga y que por consiguiente demanda la necesidad de estar previsto en el propio texto fundamental, se habla entonces del denominado *bloque de la constitucionalidad* que junto con otras normas constitucionales sumadas a las que de seguidas se enunciaran y que regulen la actividad del Estado con los particulares, proporcionan mayores herramientas para un análisis lo suficientemente vasto de la misma.

Ahora bien, tal y como fuere advertido, la responsabilidad patrimonial estatal, se constituye en uno de los principios esenciales de la noción de Estado predominante, en el caso de la República Bolivariana de Venezuela, la misma se entiende como un Estado democrático y social de Derecho y Justicia, que defiende como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su

---

<sup>6</sup> José Miguel Torrealba Santiago. *La Cláusula Constitucional de Responsabilidad Patrimonial del Estado en Venezuela*. Revista Tachirense de Derecho N° 25, 2014, p. 204.

actuación entre otros, el de la responsabilidad social y el de la supremacía de los derechos humanos, como se observa en el contenido del artículo 2 de la Constitución venezolana de 1999 que señala: “Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

En ese mismo orden de ideas, en el marco de la Constitución de 1999, se estableció como fines esenciales del Estado venezolano la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, así como la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes que se encuentran reconocidos y consagrados en la Constitución, disponiendo el artículo 3 constitucional lo siguiente:

Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar dichos fines.

En esta línea, la Constitución venezolana actualmente vigente con respecto a la actividad de la Administración Pública, establece que la misma está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas, bajo el fundamento de unos principios, como el de la responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, conforme a lo dispuesto en artículo 141 del texto constitucional que reza: “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”.

No obstante, debe señalarse que el asiento principal o la norma matriz sobre el cual se soporta la regulación directa y general de la responsabilidad patrimonial estatal se halla contenido en el artículo 140 de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde de manera expresa se observa la obligación para el Estado de responder patrimonialmente por los daños que padezcan los particulares bien sea en sus bienes y/o en sus derechos, siempre y cuando la lesión infringida sea atribuible al funcionamiento de la administración. En efecto en el artículo 140 se prevé: “Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares

en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”.

Pero para poder lograr de manera indefectible esa reparación por la alteración patrimonial del particular, la misma constitución venezolana, establece en su artículo 259 el mandato obligatorio que tienen los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, de ordenar la indemnización de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de la actividad de la Administración.

Con lo indicado en el párrafo que antecede y bajo el amparo de la configuración de la forma de Estado prevista en el texto de la Constitución venezolana, se garantizará pues el derecho fundamental de acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva, conforme a los cuales toda persona podrá acceder a los órganos de administración de justicia para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, incluidos los colectivos o difusos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, bajo el resguardo claro está de todas las garantías indispensables para lograrla, conforme a las normas contenidas en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que señalan:

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

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

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

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

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Se estima, que el elenco de las normas constitucionales antes explicadas, constituyen el cimiento esencial para el respeto al derecho de los ciudadanos a su integridad patrimonial, a través claro está de todo un sistema que les proporcione la posibilidad real y efectiva de reparar cualquier daño que sufran en sus bienes o derechos con ocasión al funcionamiento del aparato estatal, que se procederá de inmediato analizar.

### **3. El sistema de la responsabilidad patrimonial estatal**

Enunciado como fue que para garantizar la integridad patrimonial de las personas se requiere de un sistema que les ofrezca la facultad cierta, objetiva de poder resarcir el daño que haya sufrido en virtud de una actividad del Estado, este sistema de responsabilidad patrimonial estatal de acuerdo a la Constitución venezolana de 1999 y siguiendo las líneas esbozadas sucintamente por TORREALBA<sup>7</sup>, es el resultado conforme lo advierte el autor de “aspectos de carácter normativos, histórico-políticos, institucionales, técnicos, doctrinarios y jurisprudenciales que convergen, cada uno con su peso específico, en el ordenamiento jurídico y la propia regulación otorgada al dispositivo en los diversos textos constitucionales, hasta llegar a la redacción del artículo 140 de la Constitución venezolana vigente”, al cual ya

---

<sup>7</sup> José Miguel Torrealba Santiago. Ob. cit.

se hizo mención. Sistema que reúne una serie de características que se deben considera.

### **A. Sistema amplio e integral**

El sistema de responsabilidad patrimonial estatal ha sido pensado desde una concepción *amplia e integral*, en el sentido que no se pueden oponer zonas de funcionamiento del aparato estatal que puedan estar libres de reconocimiento, para determinar la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado, o cómo bien señala ORTIZ<sup>8</sup> que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado no permite reductos de *inmunidad patrimonial*, por lo cual el mismo debe ser aplicado al ejercicio de todas las funciones que ejerce el Poder Público, en cualquiera de sus niveles, hasta aquellas personas jurídicas privadas, realizando actividades correspondientes a las funciones de servicio público o de interés general, de allí radica esa concepción *amplia* del sistema.

Por su parte, la *integralidad* del sistema de responsabilidad patrimonial estatal, se refiere a la imposición que tiene el Estado de resarcir en su totalidad los daños antijurídicos que haya causado, materiales y morales, siempre que los mismos sean el producto de la relación de causalidad y la imputación correspondiente por la actividad de la administración.

### **B. Sistema directo**

En el sistema de responsabilidad patrimonial estatal, es el Estado el que tiene la responsabilidad frente al particular que ha sufrido una alteración en su patrimonio de resarcir el daño que ha sido causado. No obstante, queda a salvo la facultad de que el Estado en caso de falta personal de los funcionarios pueda repetir contra estos, así mismo queda igualmente abierta la posibilidad que el particular decida demandar directamente al funcionario a título personal, pero en cualquier caso, puede subrayarse, que el particular siempre podrá demandar al Estado para que le resarza el daño producido.

### **C. Sistema mixto**

Buscando entre los caracteres del sistema de responsabilidad estatal, debe advertirse que se trata de un sistema *mixto*, que como destaca ORTIZ<sup>9</sup> para ser completo y efectivo y para responder a la naturaleza real de la responsabilidad administrativa, debe ser entendido como un sistema

---

<sup>8</sup> Luis Ortiz Álvarez. Ob. cit.

<sup>9</sup> *Ibid.*

indemnizatorio que se divide en dos regímenes coexistentes y complementarios como son, por una parte, el régimen de *responsabilidad patrimonial por sacrificio particular o sin falta* y un régimen de *responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal o por falta de servicio*, los cuales por separado tendrá fundamentos particulares y diferentes<sup>10</sup>.

Bajo esa óptica, el citado autor, sostiene que, en el primero de los regímenes, el criterio específico y decisivo para la responsabilidad es la imputación a la actividad administrativa de un daño anormal y especial, en el entran las llamadas actividades lícitas o que son producto del funcionamiento normal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general. El fundamento principal se halla recogido en el principio de igualdad ante las cargas públicas, y en ciertos casos se apoyará en la llamada doctrina del riesgo.

En cambio, en el régimen de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal o por falta de servicio el criterio específico o decisivo para determinar la responsabilidad es ese funcionamiento anormal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general, el cual será desarrollado en otro punto de este artículo.

En cualquier caso, se estima importante referir que el fundamento general del sistema de responsabilidad patrimonial estatal, es la integridad patrimonial. Con relación a esta última como fundamento general del sistema de responsabilidad estatal, la doctrina y la jurisprudencia patria<sup>11</sup>, indican que la integridad patrimonial se encuentra referida a que la lesión antijurídica debe ser entendida como el derecho que tiene el particular a no soportar sin indemnización el daño sufrido, no resultando relevante que el autor de la lesión haya actuado en forma lícita o ilícita, sino que la víctima que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla.

#### **D. Sistema autónomo**

El sistema de responsabilidad patrimonial estatal responde a la característica de ser reconocido como un sistema *autónomo*, lo cual no cabe la menor duda que se ha ido logrando a través del establecimiento de un conjunto de normas de Derecho Público, que contienen como refiere TORREALBA<sup>12</sup> la fuerza vinculante y el valor de supremacía que otorga la interpretación constitucionalizante del instituto *in commento*. Bajo esa

---

<sup>10</sup> Luis Ortiz Álvarez. Ob. cit., p. 165.

<sup>11</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, 15-06-2000. Caso: Germán Aviles Peña vs. Eleoriente.

<sup>12</sup> José Miguel Torrealba Santiago. Ob. cit., p. 207.

concepción, hoy en día es posible que las situaciones producidas en el marco de las actividades desplegadas por el Estado cuando realiza las distintas funciones encomendadas por mandato del texto constitucional, los daños y perjuicios que se puedan producir, ya no sean tratados desde la perspectiva del Derecho Civil, sino antes bien, desde la perspectiva del Derecho Público, sin que con ello pueda desconocerse la presencia de algunos elementos típicos y propios del Derecho Civil, como lo sería el tema relativo a las eximentes y atenuantes de la responsabilidad.

## E. Sistema a favor del ciudadano

Para finalizar lo referente atinente a los caracteres del sistema de responsabilidad patrimonial estatal, conviene señalar que este debe analizarse bajo una perspectiva amplia a favor del ciudadano y no de una manera restrictiva en beneficio de la administración. En palabras sencillas, la responsabilidad debe ser una garantía del particular, que reviste un sentido pedagógico, funciona además como una suerte de seguro para los ciudadanos ante los excesos u omisiones de la administración y que finalmente sirve como un medio de control.

### 4. Elementos de la responsabilidad patrimonial estatal

Para poder hablar de que existe responsabilidad patrimonial estatal, es porque de manera concomitante se configuran unas condiciones o elementos que resultan necesarios para determinar la misma, a saber: el *daño o perjuicio*, la *relación de causalidad* y la imputación.

El *daño o perjuicio*, viene determinado por la disminución o alteración en el patrimonio del particular de manera *antijurídica*. Con respecto a este punto IRIBARREN<sup>13</sup> destaca que la Administración Pública sólo responde por haber ocasionado un daño que comporte las siguientes características: que sea un *daño directo, cierto, especial, anormal* y que *incida sobre una situación jurídicamente protegida*.

Que el *daño* sea *directo*, alude al hecho que este emanará de la intervención inmediata materialmente, y por acción, omisión o retardo, de la propia administración. Que sea *cierto*, es que haya efectivamente ocurrido y que el mismo sea actual aun cuando pudiera ser futuro si su realización parece inevitable. Que sea *especial*, es particular a la víctima o las víctimas, y no común al conjunto de miembros de una colectividad, podría afirmarse que el

---

<sup>13</sup> Enrique Iribarren Monteverde. *La responsabilidad administrativa extracontractual*. Revista de la Facultad de Derecho. N° 44. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1992.

mismo es igualmente individualizado. El daño debe exceder los inconvenientes inherentes al funcionamiento de un servicio público, y las limitaciones que le impone la vida colectiva, en este caso se señala que el daño es *anormal*. Finalmente, el daño debe *incidir sobre una situación jurídicamente protegida*, con lo cual se excluye el derecho a reparación a las personas que se encuentren en una situación ilegal o no reconocida ni siquiera por la propia jurisprudencia.

La *relación de causalidad o nexo causal* es lo que va permitir vincular ese daño con la actuación de la administración, para finalmente encontramos con la denominada *imputación del daño* a la administración, esto es, como la posibilidad cierta de poder atribuir el daño antijurídico ocasionado por la actuación de la administración a esta. En cualquier caso, resulta importante resaltar que la relación de causalidad podrá ser desvirtuable a través de cuatro figuras también denominadas elementos atenuantes y/o eximentes de la responsabilidad, esto es: *la falta de la víctima, la fuerza mayor, caso fortuito* y el *hecho del tercero*.

## II. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL O POR FALTA O FALLA DEL SERVICIO

Cuando nos referíamos a las características del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, se habló de un sistema mixto e indemnizatorio, que se divide en dos regímenes coexistentes y complementarios, con fundamentos particulares y diferentes el uno del otro, a saber: el régimen de *responsabilidad patrimonial por sacrificio particular o sin falta* y el régimen de *responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal o por falta de servicio*.

Para este artículo resulta oportuno referirnos a uno de los regímenes o subsistemas de la responsabilidad estatal, esto es el régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal o por falta o falla del servicio.

Señala SAAVEDRA<sup>14</sup> que la responsabilidad por falta o falla de servicio, hoy entendida como responsabilidad por funcionamiento anormal, o también como *inactividad de la administración*, ha sido el más antiguo y utilizado fundamento de la responsabilidad administrativa.

En este régimen la antijuridicidad o insoportabilidad del daño viene dada por la presencia de daños de cualquier naturaleza (inclusive suaves o de cualquier intensidad) causados por actividades administrativas o servicios

---

<sup>14</sup> Ramiro Saavedra Becerra. Ob. cit., p. 231.

públicos en funcionamiento anormal o ilícito, esto es, en situaciones de irrespeto o violación a las obligaciones del Estado, como lo indica ORTIZ<sup>15</sup>.

El fundamento de este subsistema, no es más que la infracción del derecho al funcionamiento adecuado, normal y eficaz de los servicios públicos (entendidos estos en parte como la actividad esencial de la administración para algunos o bien como el servicio prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública), de cualquier actividad estatal o de interés general, o su actuación culposa, o como señala BREWER<sup>16</sup> que el servicio público se encuentra “referido a las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares no tienen derecho a desarrollarlas “libremente”.

De este concepto tal y como lo sostiene el mismo autor puede afirmarse lo siguiente: (i) Se trata de una actividad prestacional, pero no de cualquier prestación sino de una que es de interés de todos, público o colectivo, destinadas por tanto al público en general; (ii) Es una actividad que le corresponde obligatoriamente al Estado cumplirla, porque así lo establece bien la Constitución o la Ley; (iii) A los particulares les asiste el derecho constitucional o legal a recibir la prestación, el cual, como todo derecho, debe ser esencialmente justiciable y protegible; (iv) Configurándose como una actividad de servicio público a cargo del Estado, queda sustraída por tanto de las actividades que pueden desarrollar libremente los particulares. Sin embargo, esto no significa que la actividad queda excluida del ámbito de la libertad económica de los particulares, sino que, en relación con ella, ésta no puede desarrollarse libremente.

En ese sentido, surge entonces una relación jurídica, en cuyo otro extremo está como correlativo a la obligación, un derecho de los administrados a percibir la prestación de tales servicios públicos; y, por otra parte, que la presencia del Estado como prestador de servicios públicos restringe, a la vez, la libertad económica de los administrados.

En cualquier caso, señala la doctrina que, para comprometer la responsabilidad administrativa por la ejecución de servicios públicos, considerados particularmente difíciles y de una importancia primordial, se exige la comisión de una *falta grave*.

---

<sup>15</sup> Luis Ortiz Álvarez. Ob. cit.

<sup>16</sup> Allan R. Brewer-Carías. *El Régimen Constitucional de los servicios públicos en Venezuela*. Ponencia presentada en el IV Congreso da Associação de Direito Publico do Mercosul, Curitiba, Brasil, 22, 23 y 24 mayo 2002.

También, entendiendo que los agentes son los que materializan las actividades en nombre del servicio, pudiendo tomar decisiones en nombre de la legalidad o no, debe determinarse la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, siendo entonces una ficción jurídica necesaria trasladar las faltas cometidas por los funcionarios públicos al Estado o Administración Pública, con el fin de proteger al afectado por los daños que se le causen, tal y como lo señala ARAUJO<sup>17</sup>.

Esto último vendría a constituir lo que la doctrina ha denominado la llamada *falta personal impura*, que no es más que una responsabilidad solidaria entre la administración y el funcionario público, que ocurre cuando la falta personal del funcionario está vinculada con el servicio.

### III. CASO DE LAS DENOMINADAS PRÓTESIS MAMARIAS MARCA "PIP" DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTATAL

#### 1. La Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 06-06-2012

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el día 06-06-012<sup>18</sup>, en el expediente 12-0526 de la nomenclatura llevada por la Sala dictó sentencia pronunciándose con respecto a las medidas cautelares innominadas solicitadas en el caso relativo a las prótesis mamarias marca (PIP) fabricadas por la empresa francesa Poly Implant Prothese.

Del texto del fallo *in commento*, se observa entre otros aspectos lo siguiente:

En primer lugar, que el día 03-05-2012, la Defensoría del Pueblo actuando conforme a las competencias que le atribuye la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela así como la Ley Orgánica que regula dicho Órgano<sup>19</sup> interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia una demanda de protección de derechos e intereses colectivos, conjuntamente con solicitud de medidas cautelares innominadas, a favor de todas aquellas personas naturales, habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, que tengan implantadas las prótesis mamarias marca "PIP" fabricadas por la sociedad mercantil francesa Poly Implant Prothese (PIP) contra Galaxia Medica, C.A.; Multi Industrias Médicas Multimed, C.A., Farmacia Locatel,

---

<sup>17</sup> José Araujo Juárez. *Derecho Administrativo, Parte General*. Ediciones Paredes, Caracas, 2007.

<sup>18</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 06-06-2012. Caso: Defensoría del Pueblo vs. Galaxia Médica, C.A. y otros.

<sup>19</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.995 del 05-08-2004.

C.A.; Locatel Franquicias, en su condición de únicos y exclusivos importadores y distribuidores autorizados en Venezuela de las referidas prótesis mamarias, la sociedad civil sin fines de lucro Sociedad Venezolana de Cirugía Plástica Reconstructiva, Estética y Maxilofacial (SVCPRM), en su condición de agrupación de los cirujanos plásticos de Venezuela y la Asociación Venezolana de Clínicas y Hospitales (AVCH), en su condición de agrupación de las instituciones privadas prestadoras de servicios de salud en Venezuela, todo en razón de que las prótesis mamarias antes identificadas, afectan la salud y amenazan la vida de todas aquellas personas que las tengan colocadas en sus cuerpos.

Conforme al fallo objeto de análisis, la acción en referencia según indica la Defensoría del Pueblo en sus argumentos se inicia previo a una investigación de oficio formulada por dicho órgano, dada una denuncia realizada por unas 500 usuarias de las prótesis mamarias marca "PIP", donde solicitaban al Estado que tomara las medidas que les garantizara su derecho a la vida.

Argumentó la Defensoría del Pueblo que de la averiguación por ella llevada, se detalla entre otros aspectos, que, en el 2010, la Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria de los productos de la Salud (AFSSAPS), comenzó a investigar a la sociedad mercantil francesa Poly Implant Prothèse (PIP), encargada de producir y comercializar las referidas prótesis, dado el elevado número de denuncias en contra de dicha compañía por la rotura prematura de los implantes, de lo cual se evidenció que la empresa no empleó en su confección la silicona quirúrgica aprobada, lo cual condujo a que la autoridad francesa emitiera una resolución en la que se dispuso el *retiro del mercado, cese de distribución y exportación y uso de los implantes mamarios PIP*.

Igualmente destacó la Defensoría del Pueblo que, en el año 2012, la Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria de Productos de la Salud (AFSSAPS), presentó al Ministerio del Trabajo, Empleo y Salud de la República Francesa un informe sobre los perjuicios que dichos implantes causan en la salud de quienes los portan, concluyendo expresamente que: "Por lo tanto, el incumplimiento, la falta de calidad, la variabilidad de un lote a otro y el poder irritantes son cuatro elementos que justifican por sí solos, como medida de precaución, la explantación de prótesis y el seguimiento de las mujeres implantadas".

Como inciso aparte, destacó la Defensoría del Pueblo en sus alegatos que en el 2007, la Sociedad Mercantil Galaxia Médica, C.A., solicitó los permisos de importación necesarios para distribuir en la República las prótesis *in comento*, consignando una serie de documentos de los cuales se desprendía que cumplían con los requisitos de buena práctica industrial; pero, no

obstante, el Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Salud, extremando las garantías de salud pública, ordenó la realización de otras pruebas. En ese mismo año, el permiso fue otorgado, y revocado posteriormente en el año 2010 luego de la resolución emitida por la autoridad francesa.

Ante la situación descrita manifestó la Defensoría del Pueblo, que las portadoras de los implantes mamarios marca PIP se encontraban altamente afectadas ante la posibilidad que los mismos se desgarran con mayor facilidad, y que la silicona no autorizada se esparza por su cuerpo, desconociendo las consecuencias toxicológicas de esta situación, sirviendo esto como argumento de la Defensoría del Pueblo para denunciar la violación al derecho humano a la salud y una amenaza del derecho a la vida.

Así las cosas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante el fallo proferido el día 06/06/2012, para garantizar la operatividad de los derechos contenidos en los artículos 43 y 83 de la Constitución acordó las medidas cautelares innominadas solicitadas por la Defensoría del Pueblo, luego de la ponderación de los derechos e intereses colectivos que se señalaron como afectados por la situación de hecho que fundamentó la solicitud, destacando que habían elementos que hacían presumir un menoscabo de los derechos de las personas que tienen los implantes mamarios marca PIP.

En ese sentido, la Sala declaró entre otras medidas: la problemática como un tema de salud pública, prohibió la colocación de los implantes PIP así como cualquier otro implante no autorizado por el Ministerio de Salud, ordenó el retiro y reemplazo de las prótesis, a costa de la empresa demandada y del grupo económico del cual forma parte esta, de los cirujanos y las clínicas privadas (solo en aquellos casos en los que se determine que no se puede esperar para su extracción la sentencia), estableciendo la obligación a estos últimos de practicar gratuitamente los chequeos y exámenes que fueran necesarios.

## **2. La responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración por funcionamiento anormal en el caso de las denominadas prótesis mamarias marca "PIP" (Poly Implant Prothese)**

Luego de un pequeño esbozo de lo que fue la sentencia proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2012, en la que se acordaron las medidas cautelares innominadas solicitadas por la Defensoría del Pueblo en el caso de las denominadas prótesis mamarias marca

“PIP” (Poly Implant Prothese), se pretende de una forma general analizar la posible responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración por funcionamiento anormal para el caso en concreto.

Tal y como se hubiere señalado al inicio de este artículo, la responsabilidad patrimonial estatal se trata de un derecho inseparable de las personas que forman parte de una sociedad, pero no de cualquier sociedad sino de una que se caracterice por ser democrática y además de justicia. En el marco de la concepción amplia que se tiene de este concepto, el mismo llega a alcanzar un rango supraconstitucional al tratarse claro está de un derecho concebido incluso como un principio fundamental de la noción de Estado, en el caso venezolano un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que debe garantizar la preeminencia de los derechos humanos, como el derecho a la vida.

Así mismo, como se destacó inicialmente existe todo un bloque de la constitucionalidad que sirve de fundamento para el respeto de la integridad patrimonial de los ciudadanos, pero que la norma esencial de la regulación directa y general de la responsabilidad patrimonial estatal no es más que el artículo 140 de la Constitución venezolana vigente, la cual además remite al precepto imperativo que tienen los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa de ordenar la indemnización de los daños sufridos por los ciudadanos como consecuencia de la actividad de la administración, bajo las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Este bloque de la constitucionalidad con el fin de que proporcione un mejor mecanismo para el análisis de la responsabilidad patrimonial estatal en este caso, debe ser revisado con otras normas constitucionales.

Para el caso de las denominadas prótesis mamarias marca PIP, se puede claramente asentar con vista a los informes referidos por la propia Defensoría del Pueblo en sus argumentos, que se vio afectado el *derecho a la salud* de quienes portaban las prótesis mamarias en referencia, ocasionando una serie de perjuicios, por la falta de calidad, por el poder irritante de las mismas, con lo cual se estaría afectando por vía de consecuencia el *derecho a la vida*.

En este sentido, valiéndonos de los propios alegatos de la Defensoría del Pueblo en esta acción, debe afirmarse que el derecho a la vida y el derecho a la salud se encuentran reconocidos como derechos humanos no sólo para la

Constitución venezolana vigente en sus artículos 43<sup>20</sup> y 83<sup>21</sup>, sino también por diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que señalan que el derecho a la salud comprende un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, con lo cual el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr, constituiría uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.

Para garantizar el derecho a la salud, el Estado conforme al artículo 83 ya citado de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al quedar el mismo incluido dentro de los servicios públicos sociales, referidos a obligaciones públicas en materia de salud, derivadas justamente del derecho consagrado en dicha norma constitucional, el Estado tiene la obligación de ejercer la rectoría y gestión del sistema público nacional de salud, sistema sustentado en los principios de *gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad*; detenta la competencia de regular las instituciones públicas y privadas de salud según el artículo 85<sup>22</sup> de la Carta Fundamental, con lo cual además no puede haber la menor duda que este derecho requerirá por parte del Estado de un control exhaustivo de la actividad profesional tanto pública como privada.

Asimismo, atañe al Estado la obligación fundamental e indeclinable de garantizar el derecho a la vida a todas las personas como derecho íntimamente ligado al derecho a la salud, constituyéndose en un valor superior del ordenamiento jurídico y un derecho humano reconocido.

---

<sup>20</sup> Artículo 43. El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma.

<sup>21</sup> Artículo 83. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República (subrayado propio).

<sup>22</sup> Artículo 85. El financiamiento del sistema público nacional de salud es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria. En coordinación con las universidades y los centros de investigación, se promoverá y desarrollará una política nacional de formación de profesionales, técnicos y técnicas y una industria nacional de producción de insumos para la salud. El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud (subrayado propio).

Este reconocimiento del derecho a la vida como derecho humano genera para el Estado la obligación de respetarlo de acuerdo al artículo 19 constitucional que prevé:

Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

La obligación de respetar el derecho a la vida, se formula bajo dos premisas bien importantes, la primera de ellas tiene que ver con la obligación del Estado de abstenerse de adoptar medidas o acciones que menoscaben el derecho y, la segunda versa sobre la obligación de ese mismo Estado de garantizar el ejercicio del derecho, para lo cual tiene que adoptar todas las medidas que estén a su alcance, con inclusión de la prevención y la sanción de las afectaciones o amenazas de ese derecho por parte de particulares. Tiene igualmente el Estado la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas por las violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, incluido el pago de daños y perjuicios en atención al contenido del artículo 30 constitucional.

Ahora bien, al amparo de un Estado social de Derecho y de Justicia, regido entre otros principios por el solidaridad y corresponsabilidad, como instrumentos que posibilitan garantizar la protección de las personas, tiene el Estado la facultad de regular, vigilar, inspeccionar y fiscalizar las actividades que despliegan los particulares en la prestación de servicio con la finalidad de que los mismos no subviertan el orden de los propósitos, con lo cual asiste a las personas el derecho de disponer de bienes y servicios de calidad, así como una información adecuada y no engañosa sobre el contenido de los productos y de los servicios, en atención a la norma constitucional contenida en el artículo 117 que establece:

Artículo 117. Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.

Finalmente, haciendo uso de lo que constituyeron los alegatos de la Defensoría del Pueblo, la Constitución en su artículo 110 dispone que: “El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que

deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica". En ese sentido, de acuerdo con nuestra legislación sólo sería permitido la comercialización y el uso en los seres humanos de aquellos productos que hayan sido autorizados para ellos, por las autoridades de salud respectiva.

En este caso, se puede afirmar que se configuran las condiciones o elementos necesarios para determinar la responsabilidad estatal, a saber: el *daño o perjuicio*, la *relación de causalidad* y la imputación, en los términos siguientes:

Con respecto al *daño o perjuicio*, claramente se desprende que la lesión se produce contra el derecho a la salud y por consecuencia contra el derecho a la vida, que al ser considerados como derechos humanos fundamentales en el orden jurídico interno y desde la consagración de los mismos como tales derechos a través de instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado venezolano, su vulneración debe ser entendido como la comisión de una *falta grave* por la Administración.

Aunado a lo anterior, este daño en particular reúne los caracteres a los que hace alusión la doctrina, es decir, estamos por un lado frente a un *daño directo*, afirmación que se deduce de los argumentos empleados por la Defensoría del Pueblo en la demanda intentada y citados por la Sala Constitucional en el fallo del 06-06-2012, en los términos siguientes:

La Sociedad Mercantil **GALAXIA MÉDICA, C.A.**, en el año 2007, solicitó los permisos de importación necesarios para distribuir en la República Bolivariana de Venezuela las prótesis mamarias fabricadas por la compañía francesa '**POLY IMPLANT PROTHÈSE (PIP)**', marca **PIP**, en tres presentaciones.

Para ello, la Sociedad Mercantil **GALAXIA MÉDICA, C.A.** presentó ante el Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria (SACS) adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Salud de nuestro país los documentos pertinentes, entre los cuales se encontraban pruebas analíticas y de calidad del país de origen, elaborados por la misma compañía "**POLY IMPLANT PROTHÈSE, (PIP)**", certificado de libre venta para la exportación hacia los estados no miembros de la CE/Productos sanitarios contenidos en la directiva No. 93/42/CEE, expedidos por la Agencia Francesa de Seguridad de Productos de la Salud (AFSPS), Certificado de Aseguramiento de Calidad de los implantes mamarios, marca **PIP**, declaración de conformidad, del 15 de diciembre de 2006, emitido por la compañía francesa "**POLY IMPLANT PROTHÈSE (PIP)**", mediante la cual declara y garantiza que los implantes mamarios marca **PIP** cumplen con las disposiciones de la Directiva Europea 93/42/CEE, entre otros, de la cual se desprendía que cumplían con los requisitos de buena práctica industrial.

“No obstante, el Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria (SACS) adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Salud, extremando las garantías de salud pública, ordenó la realización de otras pruebas...” (Subrayado propio)

Así, el 29 de junio de 2007, se otorgó el Registro Sanitario correspondiente para la importación y distribución de los implantes mamarios pre-relleno con gel de alta cohesividad, de superficie micro texturada, perfiles ultra alto; de superficie lisa, perfil alto y de superficie texturada, perfil alto.

De lo anterior, no cabría duda que el daño emana de la acción desplegada por la Administración, al no haber desarrollado una actividad más acuciosa o un control más exhaustivo en la actividad profesional tanto pública como privada, así como en la realización de las pruebas necesarias para determinar la calidad de los materiales que fueron empleados para la confección de las prótesis mamarias marca PIP, pareciendo que más bien quedó limitado el órgano encargado del tema por parte del Ministerio con competencia en Salud para el otorgamiento de los permisos correspondientes para la importación, distribución, comercialización, vigilancia y supervisión en territorio venezolano de las prótesis mamarias en referencia a la documentación que fue presentada por la empresa. Podemos incluso hablar de un daño directo por el incumplimiento a la obligación constitucional impuesta al Estado en relativa a la supervisión y fiscalización de las actividades en general de los centros de salud públicos y privados.

Igualmente, se puede afirmar la existencia de un *daño cierto, individualizado y efectivo*, esto tomando en consideración que realmente se produjo un daño en un sector de la población, basado específicamente en la denuncia recibida por la Defensoría del Pueblo y que sirvió de soporte para la demanda de protección de derechos e intereses colectivos interpuesta por ese Órgano, donde un grupo de mujeres quienes por razones médicas o incluso estéticas que tenían implantadas las prótesis mamarias marca PIP, manifestaron su preocupación ante los padecimientos en su salud correspondientes al uso de las mismas, y por lo que solicitaban del Estado las actuaciones necesarias para que se les garantizara el derecho a la vida, hubo una alteración efectiva en la integridad patrimonial de las denunciantes.

Sobre la *relación de causalidad* y la *imputación del daño* a la administración, se manifestó suficientemente en este opúsculo que el Estado tiene la obligación fundamental e insoslayable de garantizar los derechos a la vida y a la salud, como derechos humanos fundamentales, debiendo inhibirse de adoptar medidas o acciones que los menoscaben o disminuyan, así mismo, el Estado debe asumir todas las acciones que estén a su alcance como un buen padre de familia para garantizarlos y protegerlos, a través de acciones de prevención e incluso de sanción a las afectaciones o amenazas de esos

derechos por parte de los particulares. Además, es obligación para el Estado ejercer un poder vicarial con respecto a la gestión del sistema público nacional de salud y regular las instituciones públicas y privadas en esta materia.

Como resultado de lo indicado, se reitera que el Estado no cumplió con las obligaciones constitucionales antes enunciadas, que se le imponen para garantizar y preservar como un buen padre de familia los derechos a la salud y a la vida denunciados, causándose daños de alta intensidad por las afecciones a la salud y por vía de consecuencia a la vida de las denunciantes, por las actividades administrativas en un funcionamiento anormal, bajo un total irrespeto o contravención a las obligaciones que se le imponen como Estado, con lo cual se puede sostener que estamos en presencia de una *responsabilidad patrimonial extracontractual por funcionamiento anormal de la administración* y ante una *falta personal impura*, considerando que son los funcionarios quienes en nombre del servicio materializan las actividades y que a su vez no sólo pueden sino deben proceder a la toma de decisiones en nombre de la legalidad, con lo cual tal y como fuere sostenido en líneas anteriores se requiere trasladar las faltas de estos al Estado, a fin de preservar a las denunciantes por los daños que se le han causado, tratándose de lo que ha denominado la doctrina de una responsabilidad solidaria entre la administración y el funcionario.

#### IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Por lo que se refiere al tratamiento que la jurisprudencia le ha dado a la institución de la responsabilidad patrimonial estatal y aplicable al caso objeto de estudio, es importante analizarlo a partir de dos bloques. El primero de ellos, en el marco de las decisiones adoptadas por los tribunales de la República encontrándose vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961 y, el segundo, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

En el año 1994 la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el caso Promociones Terra Cardón<sup>23</sup>, reiteró el criterio según el cual la responsabilidad del Estado, debe analizarse a partir de sus fundamentos constitucionales, en los cuales se observa el deber de indemnizar por parte de la Administración derivados de su responsabilidad en general, o bien por la actuación de sus funcionarios competentes, desprendiéndose en consecuencia la obligación del Estado de indemnizar los daños causados a los

---

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, 27-01-1994. Caso Promociones Terra Cardón C.A. Médanos de Coro.

particulares, aun por sus actos lícitos, reafirmandose con ello la naturaleza mixta del sistema de responsabilidad estatal.

Para el año 1996 la misma Sala Político Administrativa, en la demanda intentada contra el Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado<sup>24</sup>, haciendo énfasis con respecto a la naturaleza mixta del sistema de responsabilidad estatal, indicó que el fundamento para exigir una indemnización patrimonial al Estado varia si se trata de llamada responsabilidad con falta o si se trata de la llamada responsabilidad sin falta. En este último caso, se está frente a un caso de responsabilidad por acto lícito, acto respecto del cual la exigencia de indemnización viene dada por el principio de la igualdad ante las cargas públicas. En cambio, en el caso de la llamada responsabilidad con culpa, de lo que se trata es de una exigencia de indemnización derivada de una actuación ilícita del Estado productora de daños.

Finalmente, para el año 1998 la Corte Suprema de Justicia en demanda presentada por Franz Weibezahn contra la Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV)<sup>25</sup> reitera que la responsabilidad del Estado puede darse tanto por falta o funcionamiento anormal como sin falta o por sacrificio particular, la sentencia utiliza las nociones de integridad patrimonial, de sacrificio particular y de daño anormal y especial proveniente de actividades de servicio público, incluso las realizadas por un contratista, empresa o persona privada.

En lo que respecta a las decisiones proferidas posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Político Administrativa del Tribunal de Supremo en el año 2000 en la acción contra Eleoriente<sup>26</sup>, manifestó que el fundamento de la responsabilidad administrativa es la integridad patrimonial, es decir, la lesión antijurídica entendida como el derecho que tiene el particular a no soportar sin indemnización el daño sufrido. En este sentido, señaló la Sala que no resulta relevante que el autor de la lesión haya actuado en forma lícita o ilícita, sino que la víctima que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla.

En el año 2002, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso *Asodeviprilara*<sup>27</sup>, enunció la facultad que tiene el Estado para regular, vigilar, inspeccionar y fiscalizar la actividad que despliegan los

---

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, 25-01-1996. Caso *Sermes Figueroa vs. Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado*.

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, 2910-1998. Caso: *Franz Weibezahn vs. CANTV y Oficina Técnica Dina*.

<sup>26</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, 15-06-2000. Caso: *Germán Aviles Peña vs. Eleoriente*.

<sup>27</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 24-01-2002. Caso *Asodeviprilara*.

particulares en la prestación del servicio a objeto de procurar que estos no subviertan el orden de los propósitos, colocando por sobre el interés público y social el enriquecimiento a costa de los usuarios.

## V. ASPECTOS PROCESALES PARA EL CASO

Desde el punto de los aspectos procesales, básicamente en cuanto al antejuicio administrativo previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República<sup>28</sup>, como procedimiento previo de reclamación, regulado y desarrollado a través de los artículos 68 y siguientes de ese Decreto, tal y como lo señala ARAUJO<sup>29</sup> el mismo se configura para asegurar la garantía patrimonial.

El mismo autor citando a BELANDRIA<sup>30</sup> argumenta que se trata de un procedimiento administrativo de naturaleza especial, dirigido a obtener de la Administración Pública el reconocimiento pacífico de un derecho o de una situación unilateral para eludir un proceso. Se trata pues, de un procedimiento que va a preceder a un proceso jurisdiccional, y, por tanto, se requeriría como elementos característicos entre otros el hecho que se trata de un procedimiento cuyo agotamiento sea condición *sine qua non* de la admisibilidad de la demanda y cuyo objeto de pretensión que constituye la acción afecte en forma directa un interés de la administración pública.

El hecho que este procedimiento opere como un presupuesto del proceso futuro, quiere decir, que, sin su previa celebración, el nacimiento de ese proceso no sería admisible, es sin duda un acto privilegiado igualmente para la administración para conocer el alcance de las pretensiones que podrían ser deducidas en la vía jurisdiccional.

El Decreto en referencia no señala ningún plazo para la interposición de la solicitud de antejuicio administrativo, tomando en consideración que esta materia está precedida por las reglas del derecho material con respecto a la prescripción de las acciones de cuyo ejercicio se trate, debiendo en cualquier caso ser promovido antes que prescriba la acción correspondiente.

En ese orden de ideas, tomando en consideración que en el caso en concreto se trata del establecimiento de una responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por funcionamiento anormal de la administración, en el que se encuentra inmerso el derecho a la salud

---

<sup>28</sup> Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 6.220 Extraordinario del 15-03-2016.

<sup>29</sup> José Araujo-Juárez. *Derecho Administrativo General, Procedimiento y Recurso Administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010.

<sup>30</sup> José Rafael Belandria García. *El procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República*. FUNEDA, Caracas, 2008.

íntimamente ligado al derecho a la vida consagrados ambos como derechos humanos fundamentales, no existe un lapso de prescripción para la reclamación patrimonial contra el Estado, al tratarse de derechos concebidos como una de las grandes conquistas del hombre durante el siglo XX, en su búsqueda de hitos fundamentales para regular la convivencia nacional e internacional, plasmados en la Declaración Universal de 1948, declaración esta de la que se desprende la obligación jurídica, y no sólo moral y política de los Estados, de asegurar el respeto de los derechos humanos a partir del reconocimiento de la dignidad de la persona.

Una vez ejercido el antejuicio administrativo, independientemente de las resultas del mismo, esto es, que la respuesta no sea satisfactoria o que haya operado el silencio administrativo, se entiende que podría acudir ya a la vía contencioso administrativo a ejercer la acción correspondiente consagrada en los artículos 56 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>31</sup> debiendo destacarse igualmente que ante una falta personal impura el afectado puede elegir demandar a un sujeto u otro, siendo que por lo general por un tema de solvencia económica que generalmente acompaña a la administración, es esta la que usualmente es demandada, sin perjuicio de que posteriormente esta demanda al funcionario público mediante la acción de regreso.

## CONCLUSIÓN

Finalizado el análisis realizado en este artículo relativo a la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración por funcionamiento anormal en el caso de las denominadas prótesis mamarias marca "PIP" (Poly Implant Prothese), se puede concluir, por una parte, que efectivamente tanto a nivel constitucional, doctrinario e incluso jurisprudencial se ha construido todo un sistema para que la responsabilidad patrimonial del Estado pueda ser dilucidada a la luz del Derecho Público.

Así mismo, se debe afirmar que a pesar que en los actuales momentos vivimos tiempos de impunidad y anarquía en todo el aparato estatal, no es menos cierto que se cuenta con todo un sistema de responsabilidad patrimonial estatal consagrado constitucionalmente que permitiría a los particulares ser resarcidos si sufren algún daño por parte de la Administración que perjudique incluso gravemente sus derechos fundamentales, con lo cual se daría fuerza a la concepción de Estado en que se erige Venezuela, esto es, un Estado democrático y social de Derecho y

---

<sup>31</sup> Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 39.447 del 16-06-2010.

Justicia en atención al artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sistema además concebido de manera amplia e integral, donde todas las actividades que despliegue la administración serán susceptibles de establecer responsabilidad ante la vulneración de los derechos y bienes de las personas y que funge como una verdadera garantía para los ciudadanos frente a las actuaciones anormales e ilícitas de la Administración y de sus funcionarios.



# ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES AUTÓNOMAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Jesús A. Azuaje T.<sup>1</sup>

**Resumen:** *El artículo estudia las potestades cautelares del juez contencioso administrativo de acuerdo con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la legislación especial en la materia con particular énfasis en el caso de las llamadas medidas cautelares autónomas y sus diferencias con la tutela anticipada y la tutela autosatisfactoria.*

**Palabras clave:** *Medida cautelar – Contencioso administrativo – Expropiación.*

**SUMARIO. Introducción. I.** La tutela judicial efectiva. **II.** La tutela diferenciada. **1.** Modos de manifestación. **A.** Tutela cautelar. **B.** Tutela anticipada. **C.** Medidas autosatisfactorias. **III.** Antecedentes legislativos. **1.** Materia tributaria. **2.** Materia agraria. **A.** La sentencia N° 956/2006. **B.** La sentencia N° 368/2012. **C.** La sentencia N° 1031/2013. **D.** La sentencia N° 420/2014. **IV.** La tutela cautelar en el contencioso administrativo. **1.** Los artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. **2.** De la tutela cautelar en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública y social. **3.** Jurisprudencia sobre las medidas ¿cautelares? ¿autónomas? adoptadas en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública o social. **A.** Caso: Sociedad Mercantil Venepal, C.A. **B.** Caso: Complejo Industrial Sideroca Proacero. **C.** Caso: Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A. **D.** Caso: Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A. (oposición a la medida). **4.** Jurisprudencia sobre las medidas ¿cautelares? ¿autónomas? adoptadas en el contencioso administrativo general. **A.** Caso: Constructora Norberto Odebrecht S.A. **B.** Caso: Consolidada De Ferrys, C.A. (Conferry). **C.** Medidas ¿cautelares? ¿autónomas? innominadas dictadas con fundamento en medidas administrativas de ocupación temporal. **Conclusiones.**

## INTRODUCCIÓN

La tutela judicial efectiva se erige como derecho fundamental en la mayoría de los estados modernos, en virtud del cual, en términos generales, se garantiza el acceso de los justiciables a los órganos de la administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses frente a actuaciones de terceros o situaciones que pudieran ser adversas a los mismos. El carácter vanguardista del constituyente del 99, lo impulsó a la ampliación del derecho en cuestión, anteriormente previsto en el artículo 68 de la Constitución de

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello.

1961; con el objeto de dejar expresamente establecida dicha garantía Constitucional, señalando en el artículo 26 que “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluidos los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y obtener con prontitud la decisión correspondiente a los mismos”.

En la práctica la añoranza de prontitud y celeridad en la obtención de la justicia encuentra como limitante otra garantía de rango constitucional como lo es la relativa al Derecho a la Defensa y al Debido Proceso consagrada en el artículo 49 de la vigente Carta Magna, contenido de las garantías procesales mínimas que tiene toda persona en el ámbito de cualquier procedimiento administrativo o proceso judicial.

En realidad, más allá de considerar que se trata de derechos contrapuestos, la doctrina y la jurisprudencia unánimemente han dejado claramente establecido que ambas garantías se encuentran intrínsecamente relacionadas, señalando al respecto la Sala Constitucional del máximo tribunal de la República que:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución. (Vid Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia N° 576 del 27/04/2001).

De ahí que el proceso jurisdiccional, como instrumento fundamental para la realización de la justicia, debe inexorablemente ser tramitado respetando el tiempo necesario a fin de que las partes intervinientes en el mismo puedan ejercer cabalmente su defensa en los términos previstos en el mencionado artículo 49, correspondiéndole a los jueces, como directores del proceso, velar por su irrestricto cumplimiento so pena de que la tutela solicitada, más allá de ser efectiva, derive en inefectiva y por ende contraria a los principios y postulados de nuestra Carta Magna.

El tiempo, necesario e imprescindible de duración de determinado proceso judicial podría constituirse en una herramienta útil y poderosísima de obstaculización de la justicia mediante el despliegue de conductas que tiendan a amenazar el derecho cuyo reconocimiento se solicita causando una pérdida o perjuicio irreparable al justiciable, y consecuentemente haciendo inejecutable el fallo o decisión de fondo; en detrimento de la verdadera justicia.

Precisamente para evitar que la justicia pierda su eficacia durante la sustanciación de determinado proceso judicial (principal), emergen las medidas cautelares cuyo fin primigenio no es otro más que el de asegurar provisionalmente la situación jurídica, el derecho o interés de que se trate, para que la sentencia que habrá de dictarse pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, lográndose plenamente de esta forma la plenitud del derecho a la tutela judicial efectiva.

En Venezuela el régimen general de las medidas cautelares se encuentra regulado en los artículos 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, conforme a los cuales el Tribunal de la causa puede decretar cualquiera de las medidas cautelares, típicas o nominadas (embargo de bienes muebles, secuestro y prohibición de enajenar o gravar bienes inmuebles), siempre y cuando concurren los siguientes presupuestos procesales a saber: (i) Que exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo o como bien procesalmente se le denomina "*Periculum in Mora*" y (ii) la presunción de buen derecho o "*Fumus Boni Iuris*". Adicionalmente, pueden dictarse las denominadas medidas cautelares atípicas o innominadas que el Juez considere adecuadas cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la contraparte, presupuesto éste doctrinalmente conocido como "*Periculum y Damni*".

Por su parte, en lo que concierne a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el resto de las Jurisdicciones Especiales, la regulación del tema cautelar no es muy disímil a la regulación adjetiva de carácter general referida precedentemente. En efecto, la vigente Ley que regula la materia consagra en su artículo 104 el poder cautelar del Juez Contencioso Administrativo facultándole para dictar cualquier medida cautelar que estime pertinente para resguardar la apariencia del buen derecho (*Fumus Boni Iuris*) y garantizar las resultas del juicio (*Periculum in Mora*), enfatizando el legislador el carácter amplio de dicho poder para la protección de la Administración Pública y los ciudadanos en *pro* de garantizar una verdadera tutela judicial efectiva. De igual forma el artículo 4 de la Ley en comento señala que el Juez Contencioso Administrativo se encuentra investido de las más amplias potestades cautelares, facultándole, inclusive, para dictar las medidas preventivas que considere adecuadas a la situación fáctica concreta.

De lo anterior se colige entonces que tanto la normativa adjetiva general consagrada en el Código de Procedimiento Civil, como aquella prevista en la Ley especial que regula a la Jurisdicción Contencioso Administrativa establecen un régimen cautelar en virtud del cual el Juez competente puede adoptar ciertas medidas que obedecen a fines específicos, generalmente, el

asegurar la ejecución de una futura decisión judicial que habrá de dictarse y, en otros casos, como aquellos enmarcados en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la protección de intereses públicos entre otros, no existiendo entonces dudas, al menos por los momentos, de que el ejercicio del poder cautelar (tanto en el ámbito general como en el Contencioso Administrativo) está indefectiblemente circunscrito al ámbito de un proceso judicial de carácter principal; atavismo este que nos conduce al carácter instrumental característico y esencial de las medidas cautelares.

De ahí entonces que, en principio, la noción “cautelar” debe ser empleada únicamente para referirse a medidas dictadas en el marco de procesos judiciales principales cuya resolución definitiva se encuentra pendiente (*Pendente Litis*), ya que de lo contrario no estaríamos en presencia de una medida cautelar propiamente dicha, sino de cualquier otra figura procesal que, a falta de conexión o dependencia de un proceso principal, mal podría ser susceptible de ser calificada como cautelar.

No obstante, algunos órganos que conforman la Jurisdicción Contencioso Administrativa, particularmente las Cortes de lo Contencioso Administrativo, han dictado, con fundamento en el poder cautelar general establecido en los artículos 4 y 104 de la Ley de la materia, un tipo especial de medidas catalogadas como “*cautelares autónomas*” caracterizadas por no estar asociadas o vinculadas a un proceso principal lo que de ser aceptado implicaría un quebrantamiento al tradicional esquema normativo que ha caracterizado por años al sistema cautelar venezolano tanto general como especial; siendo entonces que el objetivo fundamental del presente trabajo es determinar el alcance de las amplias potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo, y el análisis de las medidas que con fundamento en dichas potestades han sido dictadas con miras a determinar, en la medida de lo posible, su verdadera naturaleza jurídica y demás particularidades.

Para ello inicialmente retomaremos el concepto de tutela judicial efectiva, realizando particularmente algunas consideraciones sobre su contenido y alcance, para posteriormente abordar el concepto de la tutela diferenciada y sus formas de manifestación a saber: la tutela cautelar y dentro de esta una especial referencia a los conceptos de instrumentalidad mediata e inmediata, la tutela anticipada y finalmente las medidas autosatisfactivas, éstas últimas de análisis obligatorio fundamentalmente porque: (i) el término “autosatisfactivo” ha sido empleado por parte de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa e, inclusive, algunas Jurisdicciones especiales como la Agraria y la Constitucional en la concesión de ciertas medidas de protección que les son requeridas y (ii) una vez conocido el origen y la naturaleza de las medidas autosatisfactivas, ello nos facilitará determinar

si las hoy denominadas “medidas cautelares autónomas” dictadas en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son susceptibles de ser calificadas como medidas autosatisfactivas o si éstas responden a un carácter netamente cautelar o, por el contrario, al no resultar subsumibles en ninguna de las dos categorías anteriores, determinar si se trata de una figura procesal con naturaleza propia.

Debe acotarse la importancia que tiene el somero estudio de la tutela diferenciada y sus formas de manifestación, en particular los conceptos de tutela cautelar y tutela anticipada, toda vez que ello coadyuvará significativamente en el abordaje de las diferentes sentencias a ser analizadas facilitando la comprensión y el significado correcto de los conceptos y términos empleados por los Juzgadores, particularmente cuando se hace referencia a medidas cautelares con instrumentalidad eventual, medidas anticipadas o anticipativas.

Posteriormente, procederemos a analizar como antecedentes legislativos algunas disposiciones establecidas en el derogado Código Orgánico Tributario del año 1994 y la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario cuyos textos normativos establecen la posibilidad de dictar un tipo especial de medidas de supuesto y pretendido carácter cautelar y autónomo, siendo que, para una mejor comprensión de la aplicación de tales normas, indefectiblemente se analizarán los principales criterios jurisprudenciales de cada materia.

Así, una vez claro los antecedentes legislativos, procederemos a abordar el tema de las potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo y la forma como en la práctica se han venido ejerciendo dichas potestades en materia de expropiación por causa de utilidad pública y social, así como en la materia contencioso administrativa general, propiamente dicha, con especial referencia al caso de la empresa brasileña Constructora Norberto Odebrecht S.A.

## I. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En la parte introductoria del presente trabajo se hizo referencia al derecho a la tutela judicial previsto en el artículo 26 del Texto Constitucional, y su estrecha vinculación con el derecho consagrado en el artículo 49 *eiusdem*, señalándose que el debido proceso será aquel que, en definitiva, reúna las garantías indispensables para que exista una verdadera tutela judicial efectiva. En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) mediante decisión N° 708 del 10-05-2001, expresamente señaló:

El derecho a la tutela judicial efectiva, **de amplísimo contenido**, comprende el **derecho a ser oído** por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, **no sólo el derecho de acceso** sino también el derecho a que, **cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas**, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, **mediante una decisión dictada en derecho**, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257) (negritas agregadas).

Así, del extracto jurisprudencial parcialmente transcrito *ut supra*, resultan destacables los siguientes particulares:

En primer lugar se hace referencia al amplio contenido del derecho en comento, siendo que tal amplitud, *per se* de carácter inmensurable, debe ser entendida, en primer término, como a la necesaria efectividad que debe caracterizar al ejercicio de la función jurisdiccional, en el sentido, de que el mismo debe estar orientado por el cumplimiento de los principios establecidos en el artículo 26 del Texto Constitucional.

En segundo término, se hace referencia al derecho a ser oído, lo que en definitiva debe entenderse como la posibilidad de defenderse no solo ante cualquier proceso judicial, sino también ante cualquier procedimiento administrativo. Tan es así que dicho derecho se encuentra literalmente establecido en el artículo 49, numeral 3° del Texto Constitucional.

En tercer lugar, debe destacarse el hecho de que el derecho en comento no se agota con el simple acceso a la jurisdicción, siendo que el mismo, a su vez, comprende el derecho a que mediante la sustanciación de los actos procesales que secuencialmente conforman el proceso se llegue a la fase final con el dictamen de la respectiva decisión en la que se resuelva el asunto objeto del debate.

Nótese que, del análisis en conjunto de las aseveraciones anteriores, clara y meridianamente se evidencia y se reafirma la estrecha vinculación entre ambos derechos constitucionales a saber, el de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, lo cual resulta lógico puesto que sería prácticamente imposible concebir la existencia de una verdadera tutela judicial efectiva cuando un proceso es sustanciado al margen de las normas procesales en detrimento del derecho a la defensa de alguna de las partes.

No obstante lo anteriormente expuesto, resulta pertinente señalar que algunos autores, entre ellos, HUMBERTO E. T BELLO y DORGI D. JIMENEZ RAMOS<sup>2</sup> señalan que en relación a lo que debe entenderse por tutela judicial efectiva existen dos corrientes a saber: una que considera que la tutela judicial efectiva es la suma de todos los derechos constitucionales procesales plasmados en el artículo 49 Constitucional; en tanto que la segunda corriente considera que la tutela judicial efectiva es algo diferente a la suma de los derechos y garantías procesales, siendo que realmente dicho derecho comprende el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, el derecho a obtener una sentencia fundada, motivada, razonable o razonada y que no sea errónea o errática; el derecho a recurrir de la decisión o sentencia; y el derecho a ejecutar la decisión o sentencia; siendo que, en criterio de quien suscribe y respetando las diferentes posturas, la aplicación conjunta de ambos derechos previstos en los artículos 26 y 49 de la Carta Magna, se traducirá en la práctica en el suministro de una verdadera y efectiva tutela judicial, todo ello en perfecta consonancia con los criterios jurisprudenciales del máximo Tribunal de la República.

Ahora bien, según ya lo hemos afirmado, intrínsecamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra el derecho a que la parte vencedora o ganadora en determinado proceso, puede ejecutar la decisión que le favorece, una vez la misma adquiere firmeza, siendo precisamente las medidas cautelares los medios que garantizan la posibilidad de ejecución del futuro fallo, evitando su infructuosidad o ilusoriedad, no existiendo duda al respecto de que el régimen general de las medidas cautelares no es más que una expresión o manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva de todo ciudadano<sup>3</sup>.

Dicho régimen de medidas cautelares resulta, en principio, suficientemente eficaz cuando la naturaleza de los derechos controvertidos es de carácter patrimonial. Sin embargo, tal efectividad pareciera ser cuestionada cuando se trata de situaciones que involucran derechos infungibles que no se satisfacen con reparaciones de índole patrimonial, sino con la eliminación o neutralización de la frustración que pudiera producir la secuela de determinado proceso<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Humberto E. T. Bello Tabares, Dorgi D. Jimenez Ramos: *Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales*. Ediciones Paredes. Caracas. 2004, p. 22 y ss.

<sup>3</sup> Tradicionalmente en Venezuela, inclusive antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se había asimilado la idea de obtener protección cautelar en el contencioso administrativo, e inclusive en otras materias, como manifestación de la tutela judicial efectiva, fundamentándose para ello en una interpretación conjunta de los artículos 68 y 206 de la derogada Constitución de 1961.

<sup>4</sup> Román J. Duque Corredor: *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. Ediciones Legis S.A. Bogotá. 2008, p. 375 y ss.

Precisamente para la salvaguarda de derechos no susceptibles de ser valorados económicamente, o como fueron antes denominados, derechos infungibles, la Doctrina, en particular el foro Procesal Civil, ha venido delineando un nuevo concepto de tutela conocido como “Tutela Diferenciada”, el cual según se analizará en breve, es empleado para referirse a procesos jurisdiccionales que deben ser tramitados con carácter de urgencia en *pro* de la efectiva protección del derecho que se señala como conculcado o vulnerado; incluyéndose, en el novísimo concepto, además de las medidas cautelares o la tutela cautelar, a las denominadas medidas anticipadas o tutela anticipada y medidas autosatisfactivas, cuyo análisis resulta de vital importancia para la comprensión de los conceptos y diferentes criterios jurisprudenciales que serán analizados a lo largo del presente trabajo; siendo esta la razón por la cual, sin mayores dilaciones, se pasa a analizar en siguiente acápite el concepto de la tutela diferenciada, el cual desde ya, es susceptible de ser considerado como una manifestación del derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

## II. LA TUTELA DIFERENCIADA

La expresión de “Tutela diferenciada” es poco empleada en el foro venezolano, siendo que en el ámbito del Derecho Procesal, en general, se atribuye la autoría de tal expresión al italiano PROTO PISANI, quien señala que la misma implica que frente a determinados conflictos, en los cuales se afecten derechos esenciales de la persona, es necesario recurrir a tipos especiales de procedimientos que difieren de los procesos ordinarios de cognición plena, por cuanto los mismos se muestran insuficientes para la atención especializada que se requiere.

Así, podríamos señalar que la expresión tutela diferenciada, en principio, puede y debe ser empleada para referirse a todas aquellas acciones judiciales a disposición de los justiciables que le permiten acceder a la jurisdicción a fin de obtener rápida y expedita protección ante una situación o hecho que ha vulnerado o amenaza con vulnerar algún derecho o situación particular en la cual se encuentre, siendo que, ante la inminencia de un hecho lesivo, se requiere la urgente intervención y/o actuación del Órgano Jurisdiccional competente a fin de detener o impedir la violación del derecho o situación de la cual se trate, configurándose entonces la *urgencia* como carácter diferenciador del concepto “Tutela Diferenciada”.

En el ámbito del Derecho Procesal Latinoamericano la Doctrina ha abordado el tema de la tutela diferenciada, siendo el foro argentino pionero

en la materia. En este sentido, RAFAEL ORTIZ ORTIZ<sup>5</sup> refiriéndose al procesalista Argentino JORGE WALTER PEYRANO, señala que:

...habrá tutela diferenciada cuando – excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama– se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del Servicio de Justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos y notoriamente, de las matrices vigentes clásicas.

En tal sentido ORTIZ ORTIZ, influenciado por el mencionado autor argentino, señala que estamos en presencia de la tutela diferenciada “ cuando se invoca la tutela jurisdiccional frente a situaciones apremiantes, de urgencia y celeridad, con vista a particulares circunstancias de prueba del derecho material invocado, y que puede manifestarse a través de procedimientos sumarios, autosatisfactivos o preventivos, con fase de cognición concentrada, en procura de una tutela inmediata y efectiva”; de lo que podemos afirmar que el concepto en cuestión podría ser fácilmente empleado para referirse a todos aquellos procesos judiciales, autónomos, sumarios y cautelares, cuya tramitación es de carácter urgente e indispensable para precaver un daño, independientemente de que la solución o pronunciamiento judicial obtenido sea de carácter provisional o definitivo.

En criterio de quien suscribe la noción de tutela diferenciada resulta novedosa como concepto que engloba a los procesos de *carácter urgente* que buscan proporcionar protección jurisdiccional rápida y expedita ante determinada situación de daño o peligro inminente de daño, alegada por los peticionantes, siendo que tal urgencia en la solución del conflicto planteado resulta impostergable, ya que el discurrir del tiempo podría acarrear daños irreversibles e irreparables.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentran diversos ejemplos de acciones que podrían ser subsumibles en el concepto en cuestión como o la acción de amparo constitucional, en sus modalidades preventiva y restablecedora, los interdictos de amparo, despojo, obra nueva y daño temido regulados en los artículos 782, 783, 785 y 786 del Código Civil, el retardo perjudicial previsto en los artículos 813 y siguientes del Código de

---

<sup>5</sup> Rafael Ortiz Ortiz: El tiempo y el proceso entre el conflicto axiológico de la efectividad de la justicia. *Libro-Homenaje a Adán Febres Cordero*. Caracas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Católica Andrés Bello. 2013, p. 83.

Procedimiento Civil cuya base consiste en el temor fundado de que desaparezca una prueba,, entre otros ejemplos.

Ahora bien, lo realmente novedoso del concepto de tutela diferenciada es que en el mismo se ha incluido como forma de manifestación a las denominadas medidas autosatisfactivas o medidas de satisfacción inmediata a través de las cuales se obtiene una solución jurisdiccional inmediata a la pretensión planteada por el actor, siempre que se cumplan con ciertas condiciones o presupuestos procesales, figura esta cuyo análisis, como bien se señaló en la parte introductoria del presente trabajo, resulta de vital importancia ya que ello nos facilitará el estudio a través del método comparativo de: (i) las hoy denominadas medidas cautelares autónomas dictadas en el Contencioso Administrativo General y (ii) de las denominadas medidas autosatisfactivas dictadas en otras jurisdicciones especiales, como la agraria.

## 1. Modos de manifestación

Algunos autores<sup>6</sup> consideran que la tutela diferenciada abarca las siguientes manifestaciones a saber: (i) la tutela cautelar, (ii) la tutela anticipada, y (iii) las medidas autosatisfactivas. Sin embargo, ha de advertirse que dicho concepto, según fue dicho anteriormente, debería englobar a cualquier medida dictada por órganos del Poder Judicial, en el marco de procesos judiciales, autónomos, sumarios y cautelares, cuya tramitación sea de carácter urgente e indispensable para precaver un daño, independientemente de que la solución o pronunciamiento judicial obtenido sea de carácter provisional o definitivo, correspondiéndonos entonces analizar a continuación cada una de las mencionadas formas de manifestación:

### A. Tutela cautelar

Ya en la parte introductoria del presente trabajo, aunque de forma somera, se analizó la naturaleza instrumental de las medidas cautelares en virtud de la cual es necesaria e imprescindible su vinculación a un proceso principal, su fin y los presupuestos procesales para su otorgamiento, siendo

---

<sup>6</sup> Mariolga Quintero Tirado: Breves notas sobre la Tutela Anticipatoria. *Revista Estudiantes de Derecho*. Caracas. Universidad Monteávila. p. 266. Véase también Gustavo Ruiz: *La Tutela Anticipativa y las Medidas de Satisfacción Inmediata*. <http://revistas.unilibre.edu.com/index.php/academia/article/view/2449> Juan Francisco Rosario Domínguez: *Aproximaciones al Estudio de la Tutela Anticipada*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18430>

que en general el tema de las medidas cautelares ha sido ampliamente estudiado por la doctrina, tanto nacional como extranjera, y por ello, con el ánimo de no ser reiterativos en el tema consideramos innecesario el abordaje del mismo en su totalidad, lo que nos permitirá el estudio de un punto, que a los efectos del presente trabajo, consideramos particularmente importante como lo es el relacionado con los tipos de instrumentalidad, mediata o inmediata, en función de la oportunidad en la cual pueden solicitarse y decretarse medidas de naturaleza cautelar.

Así se tiene que en Venezuela la regla general es que las medidas cautelares pueden ser concedidas, a petición de parte, en cualquier estado y grado de un proceso en curso, siendo que en la práctica generalmente las mismas son solicitadas con la demanda interpuesta, esto es, una vez iniciado formalmente un proceso de carácter principal cuya decisión final se busca preservar con el otorgamiento de la medida solicitada.

Como excepción a la regla general existen las denominadas medidas cautelares con instrumentalidad eventual, las cuales, en palabras de RICARDO HENRÍQUEZ LA ROCHE<sup>7</sup> son aquellas providencias que aseguran el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenados sus efectos; presentan una anticipación mucho mayor a lo que de por sí le es propia a toda medida cautelar, llegando a decretarse antes de que exista el juicio en virtud de una disposición legal especial.

En este mismo sentido, el profesor RAFAEL ORTIZ ORTIZ<sup>8</sup> señala que la regla general, según la cual las medidas preventivas o cautelares sólo pueden decretarse con vista a un proceso judicial en curso, se conoce doctrinariamente como instrumentalidad inmediata, que, en palabras del mencionado profesor es definida como “ aquella situación mediante la cual las partes pueden solicitar una medida cautelar en orden a preservar la ejecución del fallo que ha de dictarse en un proceso actual en el cual al menos se haya presentado el libelo de demanda y aun cuando la parte afectada no estuviere citada (*inaudita altera pars*)”.

En contraposición a la instrumentalidad inmediata, y como forma de excepción a ésta, se tiene la denominada instrumentalidad mediata la cual, en palabras del referido profesor<sup>9</sup>, no es más que:

---

<sup>7</sup> Ricardo Henríquez La Roche: *Medidas cautelares según el Código de Procedimiento Civil*. Ediciones Liber. Caracas. 2000. p. 58.

<sup>8</sup> Rafael Ortiz Ortiz: Las medidas cautelares, instrumentalidad y la constitución de la Litis (A propósito del criterio de la Sala Política Administrativa sobre la noción de parte). *Revista Fundación Procuraduría*, N° 16. Caracas. 1996. p. 140.

<sup>9</sup> Rafael Ortiz Ortiz: *Las medidas cautelares, instrumentalidad...* ob. cit., p. 133.

...aquella característica mediante la cual las partes pueden solicitar una medida cautelar en orden a preservar la ejecución del fallo que ha dictarse en un proceso que debe ser iniciado en un plazo que establecerá la propia Ley atendiendo a la finalidad del derecho del cual se trate, o que el Juez fije en cada caso concreto, y con autorización expresa de la Ley.

Nótese que siendo la instrumentalidad mediata de carácter excepcional, resultaría necesario que la posibilidad de decretar medidas que respondan a tal carácter esté establecida legalmente, pues de lo contrario, en principio, le estaría vedado al Juez proceder con su otorgamiento.

Es de hacer notar que VÍCTOR HERNÁNDEZ-MENDIBLE<sup>10</sup> haciendo referencia a la propuestas de AYALA CORAO, redactor del Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, advertía sobre la necesidad de que se facultase a la Corte (entiéndase la antigua Corte Suprema de Justicia y la Corte Primera de la Contencioso Administrativo) para la adopción de medidas cautelares aun antes de la admisión del recurso, propuesta esta que en criterio de HERNÁNDEZ podría ser más amplia si “se admitiera la procedencia de las medidas cautelares antes de interponer formalmente el recurso correspondiente, siendo necesario ratificar en el escrito la solicitud de medidas cautelares so pena de que dichas medidas perdiesen su eficacia *ope legis*, en virtud de la falta de impulso procesal”.

En este mismo sentido, LUIS ORTIZ ÁLVAREZ<sup>11</sup>, analizando la medida de suspensión de efectos característica del proceso contencioso administrativo señala que “son imaginables casos en los cuales se requiera una protección cautelar anticipada, debiendo permitirse la suspensión de efectos aun antes de presentada la demanda principal contencioso administrativa o aun antes de ser admitida”, haciendo posteriormente referencia a legislaciones extranjeras como la francesa y la española las cuales, en algunas materias, prevén tal posibilidad, para luego concluir señalando que “también en el contencioso administrativo las medidas cautelares, tanto la suspensión como las medidas innominadas, en casos de extrema urgencia, deben ser susceptibles de ser decretadas ante causa, esto es, aun antes de presentado el recurso”.

Ahora bien, el tema cautelar en el ámbito del contencioso administrativo será abordado detalladamente en otro acápite del presente trabajo, siendo que hasta el momento lo que interesa destacar es la importancia de tener claro los conceptos de instrumentalidad mediata e inmediata, toda vez que las hoy

---

<sup>10</sup> Víctor Hernández-Mendible: *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*. Vadell Hermanos Editores, Valencia y Caracas. 1998. p. 136.

<sup>11</sup> Luis Ortiz Álvarez: *La protección cautelar en el contencioso administrativo*. Editorial Sherwood. Caracas. 2001. p. 310 y ss.

denominadas “medidas cautelares autónomas” dictadas por los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al ser otorgadas en la mayoría de los casos, sin estar vinculadas a un proceso principal, o al margen de proceso principal alguno, podrían responder y gozar de este carácter de instrumentalidad mediata, lo que necesariamente nos llevará, en su momento, a determinar si la Ley de la materia atribuye expresas facultades al Juez Contencioso Administrativo para el dictamen de medidas de tal naturaleza.

Por otro lado, resulta oportuno aclarar que, en la práctica, generalmente las denominadas “*medidas con instrumentalidad mediata*” suelen ser denominadas como “*medidas [cautelares] anticipadas o anticipativas*” fundamentalmente por ser otorgadas antes del inicio formal de determinado proceso judicial, es decir, de forma adelantada o anticipada al momento en el cual tradicionalmente se acuerdan las medidas cautelares, esto es posteriormente a la introducción de la respectiva demanda o recurso, según sea el caso.

Sin embargo, el uso indiferenciado de las expresiones ha generado confusiones, fundamentalmente porque la noción de “*medida cautelar anticipada*” también es empleada para referirse a uno de los modos de manifestación de las tutelas diferenciadas que estudiaremos a continuación, totalmente distinto al concepto de medidas con instrumentalidad mediata ya analizado, diferenciación conceptual está que estará más clara una vez abordado el siguiente punto del presente trabajo.

Finalmente, resulta pertinente hacer referencia a algunas leyes especiales que consagran la posibilidad de que sean otorgadas medidas cautelares con instrumentalidad mediata, tales como lo son: (i) Ley Sobre Derechos de Autor<sup>12</sup>, artículo 112, en el cual se establece la posibilidad de que se dicten las medidas previstas en el artículo 111 (secuestro y embargo), a pesar de no haber litigio entre las partes, siendo que la vigencia de tales medidas queda supeditada a la iniciación del juicio principal en un plazo de treinta días continuos contados desde la fecha de su ejecución; (ii) Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>13</sup> cuyo artículo 466, parágrafo segundo, consagra la posibilidad de solicitar medidas preventivas, de forma previa al proceso, supuesto este en el cual la parte solicitante de la medida deberá presentar la demanda respectiva en el plazo de un mes contado a partir de la fecha de otorgamiento de la medida, so pena de su revocación; (iii) Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia<sup>14</sup> cuyo artículo 75 impone a los órganos receptores de denuncias, entre ellos,

---

<sup>12</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 4.638 Extraordinario del 01-10-1993.

<sup>13</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.185 Extraordinario del 08-06-2015.

<sup>14</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 40.551 del 28-11-2014.

cualquier Tribunal de Municipio, el deber de imponer las medidas de protección y seguridad pertinentes, las cuales, a tenor de lo preceptuado en el artículo 91 de dicha ley, se mantendrán vigentes hasta tanto sean sustituidas, modificadas, confirmadas o revocadas por el Órgano Jurisdiccional Competente; y (iv) Ley Orgánica de Aduana<sup>15</sup> (varias veces reformada) en su artículo 87<sup>16</sup> establecía el deber de las autoridades aduaneras de impedir el *desaduanamiento* de bienes, previa solicitud del órgano con competencia en materia de propiedad intelectual, cuando dichos bienes presuntamente violasen derechos de propiedad intelectual obtenidos en el país.

Es de hacer notar que de la sola lectura del referido artículo 87 no se desprendía claramente cuál era el órgano con competencia para solicitar a las autoridades aduaneras el dictamen de una medida de prohibición de *desaduanamiento* y tampoco la verdadera naturaleza jurídica de tan especial medida, siendo que tal punto fue expresamente aclarado por la Sala Constitucional en su sentencia N° 4223 de fecha 09-12-2005, en la cual señaló textualmente que:

En consecuencia, en el ordenamiento venezolano la competencia respecto de la solución de conflictos que se funden en infracciones a la propiedad intelectual **corresponde, por antonomasia, a los órganos del Poder Judicial** y no a las autoridades administrativas, a las que, en principio, corresponden las competencias de registro y supervisión en los términos en que lo establezcan las respectivas leyes.

Por tanto, la medida a la que se refiere el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas ha de entenderse como una medida de colaboración administrativa, que ejecuta la autoridad aduanera, **en acatamiento de la orden del órgano judicial competente que la acuerde, de carácter anticipada y dependiente del proceso posterior que ha de iniciarse perentoriamente, bajo pena de que decaiga tal**

---

<sup>15</sup> Decreto Ley N° 2.990, del 04-11-1998, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.575, del 05-11-1998, posteriormente reformado mediante Decreto Ley N° 150, del 25-05-1999, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.353 Extraordinario del 17-06-1999, posteriormente reformada mediante Decreto N° 5.879 publicado en la Gaceta Oficial N° 38.875 del 21-02-2008 posteriormente reformado mediante Decreto N° 1.416 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.155 del 19-11-2014.

<sup>16</sup> El artículo 87 establecía expresamente que “Las autoridades aduaneras deberán a solicitud del órgano competente en materia de propiedad intelectual, impedir el desaduanamiento de bienes que presuntamente violen derechos de propiedad intelectual obtenidos en el país o derivados de acuerdos internacionales de los que la República sea parte. El órgano competente en materia de propiedad intelectual podrá solicitar a la autoridad aduanera, mediante acto motivado, el desaduanamiento de la mercancía en cualquier momento, previa presentación de garantía suficiente para proteger al titular del derecho en cualquier caso de infracción, la cual deberá ser fijada por el órgano competente. Las autoridades aduaneras notificarán al propietario, importador o consignatario de la mercancía cuestionada, la retención de la misma”. Actualmente el citado artículo se mantiene plenamente vigente, pero con el número 123 de la última reforma acordada en el año 2014.

**medida**, proceso posterior que será, bien la acción por infracción respecto de derechos de propiedad industrial, bien la acción por violación al derecho de explotación de una obra a que se refiere la Ley sobre el Derecho de Autor.

En consecuencia, la medida que establece el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas **se encuadra dentro del conjunto de medidas cautelares –específicamente medidas anticipadas–** que recoge el marco legal de protección judicial derechos de propiedad intelectual, dependiente, según se dijo ya, bien de la acción por infracción respecto de derechos de propiedad industrial, bien de la acción por violación al derecho de explotación de una obra a que se refiere la Ley sobre el Derecho de Autor. De allí que a esa medida de la Ley Orgánica de Aduanas han de aplicársele los mismos principios y preceptos que al resto de las medidas que están reguladas en las normativas de propiedad intelectual, específicamente **las normas comprendidas en los artículos 111 y 112 de la Ley sobre el Derecho de Autor** y los artículos 245 y siguientes de la Decisión 486, que anteriormente se transcribieron y analizaron; **fundamentalmente, el principio relativo al decaimiento de la medida si la acción judicial no se propone oportunamente, según los lapsos que establecen una y otra ley.** (Negrillas Agregadas).

Del análisis del criterio jurisprudencial parcialmente transcrito *ut supra* se desprende que la Sala Constitucional de forma expresa aclaró cuál era la verdadera naturaleza jurídica de la medida especial prevista en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas vigente *ratio temporis*, señalando que se trataba de una medida cautelar anticipada que debía ser otorgada por los órganos jurisdiccionales competentes dependiente de un proceso judicial futuro que debía iniciar en corto plazo, so pena del decaimiento de la medida; todo ello en perfecta consonancia con el concepto de medida cautelar con instrumentalidad mediata antes analizado.

## B. Tutela anticipada

La segunda forma de manifestación de la tutela diferenciada corresponde a la denominada “tutela anticipada” expresión generalmente utilizada para referirse a la posibilidad de conceder u otorgar medidas cautelares susceptibles de adelantar, total o parcialmente, los efectos de una futura sentencia, con la finalidad de evitar la frustración del derecho que se pretende hacer valer en el juicio<sup>17</sup> impidiendo así que una de las partes en el proceso sufra un gravamen irreparable.

---

<sup>17</sup> Mariolga Quintero Tirado: *Breves notas sobre la tutela anticipatoria...* ob. cit., p. 266.

Vale acotar que el procesalista italiano PIERO CALAMANDREI referido por RICARDO HENRÍQUEZ LA RONCHE<sup>18</sup> concebía la posibilidad del juez para decretar –efectivamente– todo tipo de mandamientos, entre los cuales hacía referencia a las medidas anticipativas, las cuales, a diferencia de las medidas conservativas –tendientes a garantizar un estado de hechos incólumes para que sea posible la ejecución del fallo principal–, tienen su utilidad en adelantar o anticipar los efectos de la sentencia de fondo.

De lo anterior deben resaltarse tres hechos fundamentales a saber: (i) este tipo de medidas, al igual que las clásicas medidas cautelares, son de carácter instrumental, toda vez que deben ser dictadas en el marco o con ocasión a un proceso judicial principal, (ii) lógicamente, al ser instrumentales, gozan del resto de las características propias de las medidas cautelares, y (iii) su dictamen implica la satisfacción de la pretensión, total o parcial, en un momento que tradicionalmente no es el que procesalmente correspondería, dado que lo normal es que sea la sentencia definitiva la que establezca el grado de satisfacción de la pretensión contenida en la demanda.

Precisamente, por su carácter instrumental, en la práctica suelen confundirse los conceptos de tutela anticipada y tutela cautelar, sin embargo, siguiendo a MARIOLGA QUINTERO TIRADO<sup>19</sup> la diferencia fundamental entre ambas figuras radica en el fin perseguido por las mismas, siendo que las medidas cautelares están dirigidas a garantizar la efectividad del fallo (las resultas del proceso), en tanto que las medidas anticipadas, como ya se indicó, se dirigen a anticipar total o parcialmente el objeto pretendido, en virtud del peligro de frustración del derecho reclamado; evitándose entonces que una de las partes, por acción de la parte contraria, sufra un perjuicio irreparable o de difícil reparación en el curso del proceso

Ahora bien, en Venezuela RAFAEL ORTIZ ORTIZ<sup>20</sup> ha abordado el tema desde una perspectiva constitucional señalando que la misma consiste en “la posibilidad jurídico constitucional por medio de la cual los órganos jurisdiccionales pueden, de oficio o a solicitud de parte, anticipar legítimamente, total o parcialmente, los efectos de la sentencia de mérito en el marco de un proceso judicial, cuando tal anticipación sea indispensable para

---

<sup>18</sup> Ricardo Henríquez La Roche: *Medidas cautelares según el nuevo Código de Procedimiento Civil*. 3<sup>o</sup> ed. Maracaibo. Centro de Estudios Jurídicos Universidad del Zulia. 1988. pp. 53-54.

<sup>19</sup> Mariolga Quintero Tirado: *Breves notas sobre la tutela anticipatoria...* ob. cit., pp. 266-267.

<sup>20</sup> Rafael Ortiz Ortíz: *La tutela constitucional preventiva y anticipativa. Análisis de la nueva Constitución venezolana y la evolución jurisprudencial*. Editorial Fronesis. Caracas. 2001, p. 201.

evitar daños a situaciones constitucionales tutelables”<sup>21</sup>, siendo entonces el objeto de esta tutela, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del Texto Constitucional<sup>22</sup>, el resguardo y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la presencia de una lesión inminente, existiendo múltiples casos en los cuales se ha hecho uso de la misma en *pro* de la protección de derechos constitucionales<sup>23</sup>.

Más allá de la justificación constitucional de la tutela anticipada, se advierte que el cuerpo normativo del Código de Procedimiento Civil venezolano expresamente no consagra la posibilidad de este tipo especial de tutela, sin embargo, la misma podría encontrar sustento normativo en el poder cautelar general del Juez previsto en el referido Código<sup>24</sup>.

En efecto, el artículo 588, parágrafo primero de nuestro Código de Procedimiento Civil, consagra un poder cautelar general que corresponde a todos los jueces de la República, en virtud del cual estos pueden decretar cualquier medida que consideren adecuada para: (i) evitar un daño respecto del cual debe existir un fundado temor o fuerte probabilidad de ocurrencia y (ii) hacer cesar la continuidad de la lesión, si es que esta ya se ha materializado; que una de las partes pudiera sufrir durante el curso del proceso por acción de la parte contraria, siendo el “*periculum in damni*” o peligro de daño, el

---

<sup>21</sup> Según el Profesor ORTIZ ORTIZ, el fin de las medidas anticipadas conlleva a que las mismas no tengan carácter cautelar por no perseguir la eficacia de la futura sentencia. Sin embargo, en la práctica tal distinción no tiene mayor importancia o significación, pues comúnmente las medidas anticipadas son catalogadas como cautelares, tal y como se depende de la definición efectuada por R. HENRÍQUEZ.

<sup>22</sup> “Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen”.

<sup>23</sup> Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 309 del 27-04-2000, caso: Unidad Educativa Colegio Batalla de la Victoria vs. Zona Educativa del Estado Aragua. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 431 del 11-05-2000, caso: LINACA vs. Intendente Nacional de Aduanas del SENIAT.

<sup>24</sup> Algunas legislaciones latinoamericanas como la brasileña, en el Código de Procedimiento Civil de este país (según reforma por Ley 8952/94) prevén el instituto denominado “Anticipación de la Tutela” específicamente en su artículo 273. En este mismo sentido, el Código Procesal Civil del Perú del año 1993, recoge la figura de la medida anticipada en sus artículos 618 (medida anticipada) y 674 (medida temporal). De igual forma, el proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, en su artículo 65 regulaba la figura en comento, sin embargo, se desconoce si tal propuesta legislativa llegó a materializarse y convertirse en Ley formal.

principal presupuesto procesal para el dictamen de este tipo de medidas conjuntamente con los clásicos “*fumus boni iuris*” y “*periculum in mora*”<sup>25</sup>.

Precisamente, si la esencia de la tutela en comento radica en la posibilidad de anticipar (adelantar), total o parcialmente, los efectos de la futura sentencia, parece no existir impedimento alguno para que los Jueces Ordinarios acuerden medidas de esta naturaleza, cuando ello sea imprescindible y realmente necesario para evitar un daño irreparable o difícil reparación para una de las partes, siendo que además, en *pro* de garantizar una verdadera tutela judicial efectiva, tendrían la inexorable obligación de brindar la protección solicitada.

La diferencia entre ambos tipos de tutela, esto es, la tutela constitucional anticipada propuesta por el profesor ORTIZ ORTIZ, y la posibilidad de tutela anticipada ordinaria, por denominarla de alguna forma, sustentable en el poder cautelar general del Juez, radicaría únicamente en la naturaleza de los derechos tutelados, siendo que en el caso de la primera estaríamos en presencia de un derecho de rango constitucional; en tanto que en el supuesto de la segunda, estaríamos en presencia de un derecho que no ostenta tal rango. Sin embargo, no se desconoce el hecho de que la mayoría de los casos de aplicación de la tutela anticipada involucra derechos de rango constitucional.

En la práctica suele considerarse que el otorgamiento de una medida cautelar anticipada a través de la cual se adelanten los efectos de la futura sentencia, implica un adelantamiento de opinión o especie de prejuzgamiento que vacía de contenido la futura sentencia que habrá de dictarse; criterio que no se comparte del todo, ya que ciertamente el otorgamiento de determinada medida cautelar anticipada podría consistir en un prejuzgamiento realizado con base en las pruebas existentes en un momento determinado, pero que, una vez sustanciado completamente el proceso cautelar, e inclusive durante el curso del proceso principal, podría revocarse la medida en virtud de su carácter provisional o temporal y no definitivo.

En efecto, según ALEJANDRO CANÓNICO<sup>26</sup> lo realmente determinante es que la sentencia definitiva pueda dictarse con libertad, incluso en contra de lo

---

<sup>25</sup> Desde luego, la situación ideal sería que la figura de la tutela anticipada contase con su propia regulación y fundamento legal, erigiéndose como figura procesal autónoma y diferente de las clásicas medidas cautelares lo cual indubitadamente deberá ser considerado en una futura reforma del Código de Procedimiento Civil.

<sup>26</sup> Alejandro Canónico Sarabia: Nueva regulación y tratamiento jurisprudencial sobre la tutela cautelar en el contencioso administrativo. *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros*

planteado preliminarmente en el dispositivo cautelar, y que en consecuencia sea posible la reversión de los efectos de la cautela; siendo que precisamente el carácter de reversibilidad de toda medida cautelar es lo que debe garantizarse al momento de otorgar una medida cautelar anticipada.

Es de hacer notar que, en lo que respecta a la tutela anticipada, la Sala Político Administrativa en diversas sentencias<sup>27</sup> ha dejado sentada tal posibilidad, siempre que el adelantamiento, total o parcial, de los efectos de determinada sentencia sea de carácter reversible y temporal, ya que lo contrario implicaría sobrepasar el límite natural de toda medida cautelar haciéndola irreversible y vaciándose de contenido la futura sentencia que habrá de resolver el fondo del asunto.

De manera pues que una vez claro el concepto de la tutela anticipada, cobra relevancia el comentario ya formulado en la parte final del acápite anterior al momento de abordar el estudio de la tutela cautelar y los tipos de instrumentalidad (mediata o inmediata), pues cierto es que tanto las “medidas cautelares con instrumentalidad mediata” como las “medidas [cautelares] anticipadas”, ostentan carácter de anticipativo, pues las primeras son dictadas de forma anticipada (adelantada) al inicio de un determinado proceso judicial el cual deberá incoarse en un lapso legalmente determinado, en tanto que las segundas anticipan (adelantan) total o parcialmente, en un momento que no es tradicional, los efectos de la futura sentencia que habrá de dictarse en el marco de un proceso judicial, generalmente, ya iniciado. Sin embargo, en la práctica como veremos más adelante y según se ha venido advirtiendo, dichos conceptos suelen ser confundidos y utilizados de forma indistinta generando enorme confusión, y de ahí la insistencia e importancia de tener claridad sobre el alcance de los mismos.

### C. Medidas autosatisfactivas

Habiendo abordado los conceptos de tutela cautelar y tutela anticipada, nos corresponde ahora centrar nuestra atención en las medidas

---

*Mecanismos de Control del Poder Público. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo.* Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2013, p. 597

<sup>27</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia N° 451 del 11-05-2004, Exp. N° 2002-0864, caso: Inspectoría General de Tribunales vs. Comisión de Financiamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Sala Político Administrativa, sentencia N° 1716 del 02-12-2009, Exp. N° CS-2009-0098, caso: Estado Mérida vs. COYSERCA. Sala Político Administrativa, sentencia N° 476 del 13-04-2011, Exp. N° 2010-0392, caso: Hidroven vs. Seguros Nuevo Mundo S.A.

autosatisfactivas, como tercera forma de manifestación de la tutela diferenciada.

En tal sentido, RAFAEL ORTIZ ORTIZ<sup>28</sup>, siguiendo al procesalista argentino JORGE WALTER PEYRANO, las define como “un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”.

En este mismo sentido, MABEL DE LOS SANTOS<sup>29</sup> siguiendo al mencionado autor argentino define las medidas autosatisfactivas como “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables ‘*inaudita et altera pars*’ y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles”, señalando luego la autora en comentario que “las mismas importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes, motivo por el cual se sostienen que son autónomas, no dependiendo su vigencia y mantenimiento de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal”<sup>30</sup>.

De la definición anterior se desprende claramente que las medidas en comentario generan un proceso autónomo, que dada la urgencia alegada es y debe ser de carácter expedito, cuyas resultas no están ligadas al resultado de un proceso principal que no existe, agotando el conflicto y resolviéndolo de forma definitiva, siendo entonces que la esencia de este tipo de medidas radica en: (i) la autonomía e independencia del proceso a través del cual se tramitan, no ostentando el carácter de instrumentalidad y provisionalidad propio de las medidas cautelares, y (ii) la solución definitiva de la controversia existente de forma expedita en virtud de la urgencia planteada.

La procedencia o dictamen de este tipo de medidas, además de la concurrencia de una situación de urgencia, requiere, en palabras de MABEL DE LOS SANTOS de una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no la simple verosimilitud, esto es, un tipo de “*fumus boni iuris cualificado*” del cual se desprenda la inequívoca convicción de que efectivamente lo requerido es jurídicamente atendible.

---

<sup>28</sup> Rafael Ortiz Ortiz: *El tiempo y el proceso entre el conflicto...* ob. cit., pp. 101-102.

<sup>29</sup> Mabel de los Santos: Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales). *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*. N° 53. Caracas. 1998. p. 277.

<sup>30</sup> Tal definición fue recogida en las conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad argentina de Corrientes durante el mes de agosto de 1997, y parece ser el seguido por la mayoría de los doctrinarios foráneos.

Es de hacer notar que según la definición anteriormente citada existe la posibilidad de que este tipo de medidas sean dictadas *inaudita alteram partem*, sin embargo, al menos desde la óptica constitucional venezolana, debe necesariamente disentirse de tal posición fundamentalmente porque siendo tales de medidas acciones a través de las cuales se puede resolver de forma definitiva el asunto o controversia planteada, resulta imprescindible garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso de la persona contra quien se pretenda imponer la medida; independientemente de que el peticionante pruebe la existencia de un "*fumus boni iuris*" cualificado.

En el caso de la legislación venezolana las medidas autosatisfactivas no cuentan con sustento normativo propiamente dicho, aunque ciertas acciones extraordinarias, como por ejemplo, la de amparo constitucional, e inclusive algunos de los interdictos posesorios, pudieran ser catalogadas como tal, en tanto y cuanto, son acciones que de forma rápida y expedita resuelven el asunto planteado, pero con el matiz de que en dichos casos, debe imperativamente respetarse el derecho a la defensa y al debido proceso.

Se advierte que, a los efectos del presente trabajo, resulta de vital importancia tener claro el concepto de lo que la Doctrina ha entendido como "medida autosatisfactiva", fundamentalmente porque el mismo ha sido empleado en algunas sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para referirse a las mal denominadas "medidas cautelares autónomas", cuestión que a todas luces resulta contradictoria fundamentalmente, porque según ya ha analizado el fenómeno cautelar, e inclusive el anticipativo, está estrictamente vinculado a un proceso principal (*pendente Litis*) no siendo posible la existencia de medidas cautelares que no estén enmarcadas en un juicio iniciado o por iniciar, en tanto que las verdaderas medidas autosatisfactivas, según se ha analizado, carecen de la instrumentalidad y provisionalidad propias de las medidas cautelares, erigiéndose como un mecanismo idóneo que, *per se*, es susceptible de ser empleado para resolver de forma rápida y definitiva la controversia planteada.

De ahí la necesidad de tener precaución en el uso, tanto teórico como práctico, de la terminología y los conceptos y por ello todo el esbozo planteado hasta este momento, fundamentalmente porque ello nos facilitará cumplir uno de los objetivos del presente trabajo como lo es el estudio de las hoy denominadas "medidas cautelares autónomas" dictadas en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y si su dictamen puede y debe ser sustentado en las amplias potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo.

### III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

#### 1. Materia tributaria

Como primer antecedente legislativo quisiera hacer referencia al Código Orgánico Tributario<sup>31</sup> (derogado) en el cual se estableció la posibilidad de decretar medidas cautelares con miras a la tutela *urgente* de un derecho, específicamente en el artículo 211 el cual es del tenor siguiente:

Artículo 211. Cuando exista riesgo para la percepción de los créditos por tributos, intereses o recargos, determinados o no, no exigibles por causa de plazo pendiente o por haberse impuesto algún recurso, la Administración tributaria podrá pedir al Tribunal Competente para conocer el Recurso Contencioso Tributario que decreta medidas cautelares suficientes las cuales podrán ser:

Embargo Preventivo de bienes muebles;

Secuestro o retención de bienes muebles;

Prohibición de enajenar o gravar bienes inmuebles.

Las medidas procederán también en caso de multas cuando estas hubieren sido confirmadas mediante Resolución dictada en el Recurso Jerárquico o en la sentencia de primera instancia del Recurso Contencioso Tributario.

Del análisis del artículo transcrito precedentemente se desprende la competencia que tenía la Administración Tributaria para solicitar a los Órganos Jurisdiccionales competentes el dictamen de medidas de embargo, secuestro y prohibición de enajenar o gravar, cuando existiere riesgo (comprobado) de no percepción de créditos por tributos, independientemente de que estuvieren o no determinados, inclusive, aunque no fueren exigibles por encontrarse pendiente la resolución de algún recurso o no hubiere vencido el plazo para el pago respectivo; medidas estas que de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 213 *eiusdem* no podían exceder de un plazo de 90 días, prorrogables por igual término.

Ahora bien, trayendo a colación los tipos de instrumentalidad [mediata e inmediata] ya analizados en el presente trabajo, la particularidad de las medidas que hubieren sido dictadas con fundamento en el citado artículo radica en el hecho de que, independientemente de su calificación de cautelares, la mismas no eran susceptibles de ser catalogadas como medidas con instrumentalidad inmediata, por cuanto no se dictaban en el marco de un proceso contencioso tributario iniciado. Por el contrario, según ya se

---

<sup>31</sup> Gaceta Oficial N° 4.727 Extraordinario del 27-05-1994. Similar disposición fue recogida en el artículo 296 del Código Orgánico Tributario publicado en la Gaceta Oficial N° 37.305 del 17-10-2001.

mencionó, su dictamen podía ser anterior al vencimiento del plazo para el cumplimiento de la obligación tributaria, e inclusive, antes de que dicha obligación estuviere debidamente determinada.

De igual forma resulta imposible catalogarla como una medida con instrumentalidad mediata, toda vez que su vigencia no se encontraba supeditada a la interposición de una acción ulterior o posterior, teniéndose únicamente en cuenta, en cuanto a sus efectos en el tiempo, que la misma podía tener una duración máxima de 180 días, plazo este que una vez fenecido podía conllevar a que se solicitase la suspensión de la misma por parte del contribuyente afectado.

Según FRAGA PITTALUGA<sup>32</sup> la petición, sustanciación, decreto, oposición y ratificación o revocatoria de estas medidas, se producía en un proceso autónomo, sumario y contradictorio, por cuya virtud el Juez Contencioso Tributario tenía la extraordinaria posibilidad de acordar en forma breve y sumaria, providencias cautelares no vinculadas a proceso alguno, lo que en criterio del mencionado autor hacia nugatorio el clásico requisito de toda medida cautelar relativo a la existencia de un proceso principal en curso o pendiente (*pendente lite*); señalando en tal sentido que “la instrumentalidad entendida como vinculación a un proceso principal en el cual se debate la existencia de un derecho, no existe en las providencias cautelares que estudiamos, pues (...) no depende de un juicio principal en el cual se discuta el derecho del Fisco a percibir el crédito fiscal”.

Para el autor en referencia parece claro, o al menos así lo deja ver, de que tales medidas son de carácter cautelar, a pesar de estar consciente del hecho de que las mismas son dictadas al margen de cualquier proceso judicial no ostentando la característica de la instrumentalidad propia de toda medida cautelar. Sin embargo, independientemente de ello, y de que el propio Legislador las halla contextualizado en el Título V (Procedimientos Contenciosos), Capítulo III (Medidas Cautelares) del Código Orgánico Tributario vigente *ratio temporis*, debe considerarse que tales medidas no ostentan naturaleza cautelar fundamentalmente por no estar al servicio de proceso judicial alguno respecto del cual persigan garantizar la futura decisión judicial; tratándose entonces de una figura o acción procesal (autónoma y sumaria) en favor de la Administración para asegurar la ejecución de futuros créditos tributarios, pero no de medidas cautelares

---

<sup>32</sup> Luis Fraga Pittaluga: *Los recursos tributarios, el efecto suspensivo y las medidas cautelares*. FUNEDA. Caracas. 1997, p. 73.

propiamente dicha, independientemente de la coincidencia de tales medidas con las reguladas en el Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, debe señalarse que el vigente Código Orgánico Tributario<sup>33</sup>, Título VI, Capítulo III, artículos 303 y siguientes regula el tema cautelar extrayéndolo del ámbito de la Jurisdicción Contencioso Tributaria; atribuyendo la competencia expresa para el dictamen de medidas cautelares a la Administración Tributaria.

## 2. Materia agraria

La vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario<sup>34</sup> tiene como objetivo el establecimiento de las bases para el desarrollo rural integral y sustentable de la nación, entendido este como el medio fundamental para el desarrollo humano y crecimiento económico del sector agrario, sustentado en los principios de justa distribución de la riqueza y planificación estratégica en *pro* de asegurar la biodiversidad, la seguridad alimentaria, y la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de las generaciones presentes y futuras.

Dicha Ley regula las particularidades atinentes a la materia agraria, esto es, lo relativo al uso y redistribución de las tierras, un régimen tributario de carácter especial, la creación y organización de los entes descentralizados con competencia agraria, y además, al igual que los instrumentos normativos precedentes en la materia, específicamente en el Título V, regula la existencia de una Jurisdicción Especial Agraria atribuyéndole competencia, según lo dispuesto en el artículo 152 capítulo I relativo a “Disposiciones Fundamentales”, para el conocimiento de: (i) las acciones agrarias (entre particulares), (ii) las demandas patrimoniales contra los entes estatales con competencia en materia agraria y (iii) los recursos contenciosos administrativos de nulidad contra los actos administrativos dictados por las autoridades agrarias.

En este sentido, los capítulos II al V del referido título regulan los procedimientos para el trámite de las demandas de contenido patrimonial y los recursos contencioso administrativos de nulidad respectivamente; dejando para los capítulo VI y siguientes lo relativo a la regulación adjetiva concerniente al procedimiento agrario ordinario.

Ahora bien, son varias las particularidades de los procesos agrarios regulados en dicha Ley, las cuales no nos corresponden abordar en el presente

---

<sup>33</sup> Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18-11-2014.

<sup>34</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29-07-2010.

trabajo, sin embargo, hay una que merece especial atención como lo es el amplio, por no decir, amplísimo poder del cual se ha investido al Juez Agrario para dictar de oficio cierto tipo de *medidas* ante determinadas circunstancias.

En efecto, en primer lugar se observa que en el mencionado artículo 152, luego de establecer las competencias del Juez Agrario y los deberes que debe cumplir, en cualquier estado y grado del proceso, se le exhorta en el primer párrafo a dictar: “de oficio las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta y conforme al supuesto de hecho de la norma que le sirva de fundamento contenida en la presente Ley, imponiendo órdenes de hacer o no hacer a los particulares y a los entes estatales agrarios según corresponda” (destacado agregado).

Por su parte, en el Capítulo VI relativo al “Procedimiento Agrario Ordinario”, el artículo 196 dispone expresamente que:

Artículo 196. El juez o jueza agrario debe velar por el mantenimiento de la seguridad agroalimentaria de la Nación y el aseguramiento de la biodiversidad y la protección ambiental. En tal sentido, el juez o jueza agrario, exista o no juicio, deberá dictar oficiosamente las medidas pertinentes a objeto de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, haciendo cesar cualquier amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción. Dichas medidas serán vinculantes para todas las autoridades públicas, en acatamiento del principio constitucional de seguridad y soberanía nacional (destacado agregado).

Del análisis concatenado de las normas transcritas precedentemente se desprende claramente la facultad que tiene el Juez Agrario para dictar medidas de forma oficiosa, siendo que en el caso del primer artículo se hace referencia a las mismas como *preventivas*, en tanto que en el artículo 196 se hace referencia a ellas como medidas *pertinentes*.

En este mismo sentido, de la sola lectura del artículo 196 se desprende: (i) el deber del Juez Agrario de dictar las medidas pertinentes a fin de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la protección del medio ambiente y los supuestos ante los cuales podrían adoptarse tales medidas, (ii) el cumplimiento de tal obligación de forma oficiosa, esto es, sin la necesidad de que medie una solicitud previa y, finalmente, la característica más importante, (iii) la posibilidad de que el Juez dé cumplimiento a la obligación en cuestión, independientemente de que exista o no un proceso judicial en curso.

Indubitablemente que los Jueces Agrarios, con fundamento en el artículo en comento, puedan dictar “medidas pertinentes” “exista o no juicio” constituye un hecho notable y de suma importancia, toda vez que si tales medidas son adoptadas fuera del marco de un proceso principal, o dicho de

otra forma, si su dictamen en modo alguno se encuentra supeditado a la existencia de un proceso en curso (*pendente Litis*); en principio, no estaríamos en presencia de una medida cautelar propiamente dicha, según los términos y conceptos ya analizados, pudiendo entonces tratarse de una figura procesal autónoma; en tanto que si tal facultad oficiosa es ejercida en el marco de un proceso judicial en curso no debería existir duda sobre la naturaleza cautelar de la medida que fuere dictada.

Vale destacar que realmente la posibilidad de dictar este tipo de medidas especiales de forma oficiosa no es nueva, toda vez que el artículo 8 de la derogada Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios<sup>35</sup> facultaba al Juez Agrario para dictar de oficio las medidas necesarias para asegurar y proteger la producción agraria y los recursos naturales renovables, cuando estuvieren amenazados de desmejoramiento, ruina o destrucción. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en el citado artículo 196 de la vigente Ley, dicho facultad oficiosa debía ser ejercida en el marco de un determinado proceso judicial, lo que en principio, pareciera imprimirle carácter cautelar o preventivo a las medidas que se hubieren dictado con fundamento en el referido artículo 8 de la derogada Ley<sup>36</sup>.

De manera pues que resulta válido entonces la existencia de dudas respecto a la naturaleza de aquellas medidas que pudieran ser adoptadas oficiosamente por parte de los Jueces Agrarios, al margen de cualquier proceso judicial, siendo que esta suerte de autonomía podría conllevar a considerar que se trata de una figura procesal autónoma con características propias.

Ahora bien, con el ánimo de arribar a una conclusión sobre la naturaleza de este tipo especial de medidas dictadas oficiosamente por el Juez Agrario con fundamento en el citado artículo 196 de la vigente Ley, indefectiblemente debemos proceder al análisis de algunas de las principales sentencias de la materia (todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), sin perjuicio de la existencia de otros criterios jurisprudenciales al respecto, entre las cuales se tienen las siguientes: (i) Sentencia N° 956 del 09-05-2006, caso:

---

<sup>35</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 3.015 Extraordinario del 13-09-1982.

<sup>36</sup> Se destaca que el vigente Código de Procedimiento Civil en su artículo 11, fundamento del principio dispositivo en el proceso civil ordinario, consagra una facultad del Juez Civil, muy similar a la prevista en la derogada Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, en virtud de la cual puede dictar oficio alguna providencia legal cuando la Ley lo autorice o sea necesario para el resguardo del orden público o de las buenas costumbres, aunque tal providencia no sea solicitada expresamente por las partes. Sin embargo, en criterio de quien suscribe tal facultad debería ser ejercida en el marco de un proceso judicial en curso pues así se infiere de la sola lectura del artículo cuando se hace referencia al concepto de parte, todo lo cual *per se*, imprimiría a la medida que fuere dictada carácter cautelar o preventivo.

Cervecería Polar y Otros; (ii) Sentencia N° 368 del 29-03-2012, caso: Fundo “Las Guacharacas”, (iii) Sentencia N° 1031 del 29-07-2013, caso: Fundo “Santa Inés” y (iv) Sentencia N° 420 del 14 de-05-2014, con ocasión al recurso de revisión constitucional interpuesto contra la decisión N° 468 dictada el 23-05-2012, por la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, las cuales se pasan a analizar a continuación:

#### **A. La sentencia N° 956/2006**

Dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 09-05-2006, con ocasión al recurso de nulidad conjuntamente con solicitud de declaratoria de mero derecho y de medida cautelar innominada contra el artículo 211 del Decreto N° 1.546 con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario<sup>37</sup> (hoy artículo 196), interpuesto por la representación judicial de las Sociedad Mercantil Cervecerías Polar Los Cortijos C.A. y otras.

En dicho caso la representación judicial de las empresas accionantes, entre otros argumentos, alegó que la facultad del Juez Contencioso Administrativo Agrario para dictar medidas de forma oficiosa no enmarcadas en un proceso principal en curso: (i) atentaba contra el principio de la separación de los poderes alterando la esencia de la función jurisdiccional como lo es la de dirimir controversias en el marco de un proceso judicial iniciado a instancia de parte, suprimiéndose además el carácter jurisdiccional de los Jueces Contencioso Administrativos Agrarios al insertarlos en el ámbito de actuación de otros órganos del Poder Público pertenecientes al Poder Ejecutivo y al Poder Ciudadano; (ii) violaba el principio de interdicción de la arbitrariedad del Poder Público por ser una norma abierta que permitía una actuación excesiva, desproporcionada, ilimitada y arbitraria por parte de los Jueces Contencioso Administrativos Agrarios, y (iii) que el artículo cuya nulidad se pretendía resultaba lesivo del derecho a la defensa y al debido proceso, sobre la base de que permitía una actuación jurisdiccional sin juicio.

Ahora bien, la sentencia en comentario analizó y desestimó los alegatos expuestos por los recurrentes señalando, en relación a la naturaleza de tales medidas, expresamente que:

Así, el control de la medida preventiva analizada, resultará perfectamente realizable mediante la exteriorización de las causas que dieron lugar al proveimiento judicial (...) lo cual significa que el Juez debe exponer las razones de hecho y de derecho por las cuales considera que procede o no una determinada medida...

---

<sup>37</sup> Publicado en la Gaceta Oficial N° 37.323 del 13-11-2001.

Por tanto, siendo que la competencia contenida en el artículo 211 del Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, solamente puede ser ejercida por el juez agrario con fundamento en la salvaguarda de la seguridad agroalimentaria de la Nación y el aseguramiento de la biodiversidad y la protección ambiental, lo cual presenta su justificación constitucional en los artículos 305 y 306 del Texto Fundamental y que del mismo modo, dicho artículo resulta aplicable únicamente con dos objetivos específicos a saber, evitar la interrupción de la producción agraria y garantizar la preservación de los recursos naturales renovables y finalmente, que la medida preventiva sólo podrá tomarse cuando estos fines se encuentren amenazados de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción, debe concluir esta Sala que, la actuación analizada, se encuentra ciertamente delimitada por un entorno normativo.

En consecuencia de lo anterior, la norma circunscribe el poder preventivo a la adopción de medidas en cuatro supuestos específicos, para obtener dos resultados perfectamente delimitados...

...en el presente caso estamos ante una medida preventiva conducente a la salvaguarda de la continuidad de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales, de adopción oficiosa, con lo cual encuentra esta Sala que dicha medida procede inaudita parte, situación ésta que en modo alguno supone la inexistencia de un procedimiento en el cual se tome el proveimiento jurisdiccional. (Destacado agregado).

Del análisis de los fragmentos transcritos *ut supra*, se depende que la Sala, para ese momento y caso en particular, estimó que las medidas que pudieran ser dictadas por los jueces agrarios de forma oficiosa, no enmarcadas en un proceso judicial en curso, tienen naturaleza preventiva, siendo que su fin principal es la protección de la producción agraria y de la biodiversidad, debiendo decretarse cuando se configuran los supuestos normativos taxativamente establecidos en el entonces vigente artículo 211 (actualmente 196), esto es, ante la existencia de amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción.

El criterio anterior parece ser acertado, toda vez que tan especial competencia podría enmarcarse en el ámbito de la función preventiva que corresponde a todos los órganos del Poder Público, entendida esta, en sentido general, como la posibilidad legal de “evitar la ocurrencia de eventos lesivos al estatuto jurídico vigente, y en consecuencia los derechos subjetivos de los administrados”<sup>38</sup>.

Se aclara que, a excepción de los análisis efectuados con ocasión a los dos votos salvados que tuvo la sentencia, la parte motiva de la misma no hace referencia al término “autosatisfactivo” o de “medida cautelar autónoma”,

---

<sup>38</sup> Rafael Ortiz Ortiz: *La tutela constitucional preventiva...* ob. cit., p. 249.

todo lo cual nos lleva a considerar que, al menos para ese momento, existía un criterio mayoritario entre los magistrados de la Sala Constitucional sobre la naturaleza preventiva de las medidas en cuestión; posición mayoritaria esta que luce como la más acertada dado que, según lo conceptos y tipos de tutelas ya analizados, resultaría forzoso imprimir carácter cautelar a tales medidas, pues las mismas no gozan de la característica y fines propios de las medidas cautelares.

Vale destacar que, en cuanto al procedimiento o *iter* para el trámite de las medidas dictadas de forma oficiosa por los Jueces Agrarios no enmarcadas en un proceso judicial en curso, la Sala estableció expresamente que debía aplicarse “el procedimiento pautado en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; ello ante la ausencia de un iter indicado expresamente por la Ley, conforme a la previsión contenida en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.

Por lo demás, debe señalarse que dicha sentencia contó con dos votos salvados de los entonces Magistrados Jesús Eduardo Cabrera Romero y Pedro Rondón Haaz. En tal sentido, el primero de los Magistrados consideró que existían dudas sobre la naturaleza de las medidas dictadas por el Juez Agrario fuera de juicio, señalando que de tratarse de medidas cautelares, la Sala debía señalar el término para demandar, así como los efectos de no hacerlo<sup>39</sup>, siendo que al callar al respecto el artículo se convertía en inconstitucional por violar el derecho de defensa y el debido proceso del perjudicado por la medida; en tanto que la otra opción respecto a la naturaleza de tales medidas sería considerarlas como una especie de acción autónoma (de oficio) exclusiva del juez agrario, por lo que estaríamos ante una nueva figura procesal con raíz constitucional.

Por su parte, el segundo de los mencionados Magistrados consideró que el problema de constitucionalidad, no era que el juez contencioso agrario actuase de oficio ni que iniciase procedimientos cautelares sin que mediara solicitud de parte, sino que la potestad cautelar que preceptuaba el artículo 211 del derogado Decreto N° 1.546 con fuerza de la Ley de Tierras (ahora artículo 196) debía traducirse en una medida cautelar que dependiera siempre de un proceso judicial que se estuviere sustanciando o que estuviere pronto a iniciarse bajo pena de decaimiento de la medida<sup>40</sup>, pues de lo contrario la norma sería inconstitucional, toda vez que se trataría de medidas autosatisfactivas o autónomas dictadas inaudita parte, sin la posibilidad para

---

<sup>39</sup> Nótese que el criterio del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero está en perfecta consonancia con el concepto de instrumentalidad mediata desarrollado en el presente trabajo.

<sup>40</sup> De igual forma el criterio del Dr. Pedro Rondón Haaz, está en consonancia con los conceptos de instrumentalidad inmediata y mediata desarrollados en el presente trabajo.

los afectados por ella de defenderse, porque en su criterio, no habría juicio principal.

De los dos votos salvado que tuvo la sentencia en comento resultan destacables dos hechos fundamentales a saber: el primero relacionado con la intención de los Magistrados disidentes de *cautelarizar* u otorgar carácter cautelar a las medidas en cuestión supeditando su existencia a la preexistencia de un juicio futuro que necesariamente debía iniciar, en tanto que el segundo tiene que ver con el segundo voto salvado del Dr. Pedro Rondón Haaz, quién señala que en caso de no interponerse la acción principal respectiva, se estaría en presencia de una medida “*autosatisfactiva*”, siendo que en la materia este es el primer precedente jurisprudencial que hace referencia tan especial tipo de medida, ya analizada en el presente trabajo como una de las formas de manifestación de la tutela diferenciada.

### **B. La sentencia N° 368/2012**

Dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 29-03-2012, con ocasión al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 27-01-2011, por el Juzgado Superior Quinto Agrario y Civil, Bienes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región Sur Oriental, mediante la cual declaró sin lugar la acción de amparo constitucional interpuesta contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia de Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Monagas el 15-12-2010, mediante la cual se decretó medida de protección agroalimentaria a favor del ciudadano José Jesús Coronado, sobre un lote de terreno constante de 237 hectáreas con 161 metros cuadrados, denominado fundo “Las Guacharacas”, con el objeto de proteger la actividad agropecuaria (cría y levante de ganado) sobre el referido lote de terreno fundamentada en los artículos 152, 196 y 243 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

En dicho caso la Sala declaró con lugar la apelación interpuesta, señalando que lo correcto hubiera sido que el Juzgado Superior Quinto Agrario y Civil Bienes de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, con Competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región Sur Oriental declarara inadmisibile la acción de amparo propuesta de conformidad con lo previsto en el artículo 6 numeral 5° de la Ley Orgánica de Amparos sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y no sin lugar como en efecto lo hizo, en virtud de que los accionantes en amparo tenían la posibilidad de ejercer la correspondiente oposición a la medida agraria decretada una vez practicada y notificada la misma, de conformidad con el procedimiento pautado en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, según lo

expuesto en el criterio establecido en la sentencia del 09-05-2006, (caso Cervecería Polar Los Cortijos C.A.) analizada precedentemente, ratificado por la sentencia en comento.

Las particularidades de la sentencia, en cuanto a la naturaleza de las medidas agrarias, radican en que la Sala expresamente consideró que:

Por lo que concluye esta Sala, que dichas medidas especiales agrarias fueron instituidas por el legislador como soluciones jurisdiccionales de carácter urgente y por ende "autosatisfactivas", ya que están llamadas a resolver de manera suficiente los requerimientos de los postulantes o de la acción oficiosa del juez, motivo por el cual resultan verdaderamente medidas autónomas que en principio no penden de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal, como si requieren las medidas cautelares clásicas para que no quede ilusoria la ejecución de la sentencia de mérito.

No obstante lo anterior y dado su eminente carácter excepcional, resulta fundamental dejar sentado, que la medida autosatisfactiva agraria tendente a evitar la interrupción, ruina, desmejoramiento o destrucción de la producción agraria en su sentido amplio, así como del ambiente, no puede ser entendida como un medio sustitutivo de aquellas vías ordinarias previstas en la legislación especial (Ley de Tierras y Desarrollo Agrario), por lo que necesariamente se debe indicar el tiempo de su vigencia partiendo de aquellos aspectos técnicos en especial del ciclo biológico, y su necesaria conexión con la producción primaria de alimentos y la biodiversidad, previniendo, de resultar imperioso, el eventual proceso jurisdiccional donde de manera definitiva se dirima la controversia planteada. (Destacado agregado).

Del análisis de los fragmentos transcritos *ut supra* resulta evidente el cambio de criterio por parte de la Sala Constitucional, aunque no expresamente, pasando a catalogar las medidas especiales agrarias dictadas fuera de un proceso judicial como medidas autosatisfactivas, apartándose del criterio establecido al respecto (medidas de naturaleza preventiva) en la sentencia del 09-05-2006 (caso Cervecería Polar Los Cortijos C.A.), ya referida anteriormente, curiosamente ratificado.

Nótese el análisis efectuado por la Sala sobre las medidas autosatisfactivas cuyas características resaltadas coinciden con los principales aspectos contenidos en la definición propuesta por JORGE WALTER PEYRANO, ya analizada en el presente trabajo cuando abordamos las formas de manifestación de la Tutela Diferenciada.

Sin embargo, la propia sentencia en comento establece una razón de peso por la cual dichas medidas no podrían catalogarse como verdaderas medidas autosatisfactivas, como lo es la necesidad de que tales medidas previniesen el proceso jurisdiccional en el cual se resolviese de manera definitiva la

controversia; lo cual atenta contra la naturaleza y fines de las medidas autosatisfactivas (resolución definitiva de la controversia), y que por el contrario se asemeja a la figura de las medidas cautelares con instrumentalidad mediata ya estudiadas en el presente trabajo.

### C. La sentencia N° 1031/2013

Dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 29-07-2013, con ocasión al recurso de apelación interpuesto contra la decisión del 22-05-2013, dictada por el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia y con competencia en el Estado Falcón, mediante la cual declaró parcialmente con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta contra la decisión del Tribunal Agrario de Primera Instancia de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia del 09-07-2012, mediante la cual se decretó medida autónoma de protección a la actividad pecuaria, a la biodiversidad y al ambiente; sobre un fundo denominado “Santa Inés” ordenando el desalojo de las personas ocupantes de los ranchos ubicados en el lindero norte del referido fundo; estableciendo un lapso de vigencia de dos años, contados a partir de la publicación de dicha providencia autónoma, ordenando la notificación de los beneficiarios y las autoridades.

Así, en cuanto a la naturaleza de las medidas agrarias, se tiene que en esta oportunidad la Sala consideró expresamente que:

... para la procedencia de tales medidas lo fundamental es el aseguramiento de la producción agrícola y la preservación de los recursos naturales, más allá que puedan contrariar el contenido de tales actos administrativos, los cuales podrán ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso agraria por parte de los afectados por el referido acto -carga procesal, durante la vigencia de la medida cautelar autónoma de protección por lo que los jueces de primera instancia deberán advertir a los beneficiarios de la medida cautelar de tal circunstancia, dada la naturaleza temporal de tales decisiones jurisdiccionales.

... esta Sala advierte de oficio que tal elemento constituye un punto cardinal en la motivación para la procedencia de las medidas cautelares autónomas de protección reguladas en el artículo 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y que permiten determinar los fundamentos que sustentan la temporalidad de la cautela. Siendo ello así, en el caso bajo examen, la Sala advierte que el Juzgado Primero de Primera Instancia Agraria de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, no formuló consideración alguna en torno al ciclo biológico productivo (pecuario) en la unidad de producción, que permitiera conocer los fundamentos del lapso de dos años de vigencia de la medida acordada. (Destacado agregado).

Finalmente la sentencia, considerando que no se abrió el procedimiento legal para la oposición a la medida, declaró con lugar la apelación interpuesta

y la acción de amparo constitucional, ordenando al Tribunal Agrario de Primera Instancia emitir un nuevo pronunciamiento sobre los términos de la medida considerando el criterio establecido en la sentencia N° 368/12 ratificando el fallo del 09-05-2006 (caso: Cervecería Polar Los Cortijos y otros), imponiendo, además, a la Sociedad Mercantil Agropecuaria Gabrielle C.A., la carga de interponer las acciones judiciales contra el “acto administrativo contentivo de CARTA AGRARIA dictado por el Instituto Nacional de Tierras, en reunión 24-03, de fecha dos (02) de octubre de 2003, sobre un lote de terreno denominado ‘SANTA INÉS’ con una superficie de novecientos ochenta y seis hectáreas (986 HAS)”.

De todo lo anterior se evidencia que en esta oportunidad nuevamente hubo un cambio de criterio por parte de la Sala Constitucional pasando a catalogar las medidas especiales agrarias como “medidas cautelares autónomas de protección” en contraposición al criterio sentando en la Sentencia N° 368, precedentemente analizada, en el cual consideró que se trataba de “medidas autosatisfactivas”.

Indubitablemente la Sala asume un criterio desacertado, toda vez que, como bien se dejó claramente establecido en el presente trabajo, el fenómeno cautelar está circunscrito, necesaria e indefectiblemente, al ámbito de un proceso judicial en curso o por iniciar y de ahí la imposibilidad de que una medida cautelar sea “autónoma” pues su naturaleza instrumental le impide gozar de tal autonomía; siendo que además en el caso de las medidas especiales agrarias dictadas por el Juez Agrario de oficio, no enmarcadas en juicio alguno, tal instrumentalidad es inexistente.

Ahora bien, más allá del anterior error, la lectura exhaustiva de la decisión en comento evidencia que la verdadera intención de la Sala no era otra más que la de instrumentalizar la medida dictada fundamentalmente porque impuso a los beneficiarios iniciales de la misma la carga de interponer el respectivo contencioso administrativo de nulidad contra el acto administrativo (carta agraria) que afectó el lote de terreno de su propiedad en el cual se desempeñaba la actividad agraria eventualmente afectada.

De ahí que, siendo cónsonos con los conceptos ya analizados en la parte inicial del presente trabajo, puede afirmarse que en este caso en particular, estamos en presencia de una medida cautelar con instrumentalidad mediata.

#### **D. La sentencia N° 420/2014**

La cuarta y última sentencia que nos corresponde analizar, en relación al tema de las medidas especiales agrarias, es la dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 14-05-2014, con ocasión al

recurso de revisión constitucional interpuesto contra la decisión N° 468 dictada el 23-05-2012, de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual revocó la medida cautelar innominada oficiosa dictada el 11-01-2008, por el Juzgado Superior Primero Agrario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y de los Estados Miranda, Vargas, Guárico y Amazonas, a fin de que el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente difiriera las actividades destinadas a la discusión, difusión, implementación y posterior sometimiento para su promulgación del Proyecto de Decreto del Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso de la denominada Reserva Forestal del Caura.

En dicho caso, en primer lugar se advierte que la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social, alzada natural para conocer de la apelación interpuesta en casos de recursos de nulidad y demandas contenido patrimonial, según lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley de Tierra y Desarrollo Agrario, no analizó en su sentencia (N° 468 del 23-05-2012), expresamente la naturaleza de las medidas especiales agrarias, sin embargo, en algunos extractos de la misma deja entrever el criterio, que para ese momento, tenía al respecto particularmente cuando señala:

Relacionando el contenido de las normas ut supra expuestas, se observa de forma diáfana que el juez agrario tiene potestades cautelares tendentes a la protección de la producción agraria y protección ambiental. Sin embargo, tal facultad requiere de un hecho cierto y determinado que coloque en riesgo a esos factores ya señalados, ya que lo contrario, es decir, dictar una medida cautelar con sustento en los artículos 152 y 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sobre la base de un hecho inexistente daría lugar a la nulidad de ese fallo, por evidente inobservancia al contenido de las normas previamente señaladas.

Así pues, evidencia esta Sala que el sentenciador que acuerda la medida objeto de impugnación, incurrió en una evidente infracción de los artículos 152 y 196 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, al aplicar falsamente dichos preceptos normativos, por cuanto acordó de oficio una medida cautelar, sobre la base de un hecho futuro e incierto, ya que la normativa que éste considera perjudicial para el ambiente, concretamente a la Reserva Forestal del Caura, no tiene vigencia alguna, sólo es un proyecto sin eficacia normativa. Así se decide.

(...)

Por lo tanto, deberá declararse con lugar la apelación propuesta, anulando el contenido íntegro de la sentencia apelada. (Destacado agregado).

Por su parte la Sala Constitucional, en el marco del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la decisión N° 468 dictada el 23-05-2012, transcrita precedentemente, en relación a la naturaleza de las medidas agrarias en cuestión señaló que:

En este contexto, surgen las denominadas medidas anticipadas de protección o prevención previstas en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, específicamente en su artículo 196, como aquellas acciones destinadas a evitar la ocurrencia, producción o generación de impactos negativos sobre el ambiente causados por el desarrollo de una actividad, obra o proyecto producidos directa o indirectamente por la actividad humana. (Vid sentencia de esta Sala N° 368 del 29 de marzo de 2012).

En este sentido, estamos ante una normativa que contiene, una medida preventiva conducente a la salvaguarda y la preservación de los recursos naturales, de adopción oficiosa, que procede inaudita parte, ya que el legislador al referirse a la posibilidad de la adopción de la medida “exista o no juicio”, se refiere a que el juez no se encuentra sujeto a la pendencia de un procedimiento previo, siguiendo a tal efecto, el procedimiento pautado en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil...

Referente a lo anteriormente expuesto, esta Sala concluye que si bien no se debió dictar una medida cautelar para suspender las discusiones sobre un proyecto de Decreto...

...siendo que en el caso venezolano y más especialmente la legislación agraria-ambiental, dispone de las medidas cautelares para evitar que se produzca el daño ambiental y detener sus impactos...

...la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria de este Alto Tribunal en la sentencia recurrida, evidentemente desatendió, no sólo los criterios preestablecidos sobre la protección del ambiente desde el punto de vista adjetivo, respecto de las competencias de los jueces agrarios para la tutela de los derechos ambientales mediante medidas cautelares “autosatisfactivas”.

Asimismo, considera imperioso esta Sala Constitucional (...) decretar de manera oficiosa las siguientes medidas cautelares. (Destacado agregado).

Los fragmentos transcritos *ut supra* resultan sorprendentes por cuanto los mismos reflejan la poca claridad de la Sala sobre la naturaleza jurídica de las medidas especiales agrarias, cuando estas no se encuentran enmarcadas en un juicio principal, y la ligereza con la cual hace referencia a las mismas, siendo que en ciertas oportunidades las cataloga como “medidas anticipadas de protección o prevención”, en tanto que en otros extractos de la sentencia las denomina, indistintamente, como “medida preventiva”, “medidas cautelares” y “medidas cautelares autosatisfactivas”; curiosa y muy probablemente de forma inadvertida recopilando los criterios sentados sobre el particular en sus decisiones N° 956, 368 y 1031 ya analizadas en el presente trabajo.

Las diversas calificaciones por parte de la Sala Constitucional de tan especiales medidas, en el caso en concreto, en criterio de quien suscribe son erróneas fundamentalmente porque: (i) no son medidas cautelares, a menos

que sean dictadas en el marco de un proceso lo cual es perfectamente posible a la luz de lo dispuesto en el citado artículo 196, (ii) no son medidas anticipadas, toda vez que al no ser dictadas en el marco de un proceso en curso, mal pueden anticipar, total o parcialmente, los efectos derivados de la decisión de fondo, y (iii) no son medidas cautelares autosatisfactivas, pues o bien se trata de una medida cautelar, enmarcada en un proceso judicial, o bien se trata de una medida autosatisfactiva que resuelve de forma definitiva y rápida el asunto planteado, sin la necesidad de estar enmarcada en un proceso iniciado o por iniciar; todo ello según los conceptos de tutela diferenciada analizados en el presente trabajo.

En conclusión, el análisis conjunto de las sentencias comentadas precedentemente, nos lleva indefectiblemente a considerar que no existe un criterio reiterado y sostenido en el tiempo sobre la naturaleza de las medidas especiales agrarias que pueden adoptarse, sin la necesidad de estar enmarcadas en un proceso en curso, pues la primera decisión (N° 956) las calificó como “medidas preventivas”, en tanto que la segunda decisión (8N° 368) se refiere a ellas como “medidas autosatisfactivas”; mientras que la tercera decisión (N° 1031) las cataloga como “medidas cautelares autónomas de protección”, en tanto que la última decisión (N° 420) recoge todas las calificaciones de las sentencias anteriores.

No obstante, resulta posible afirmar que existe, al menos, criterio unánime sobre la vigencia temporal de los efectos de tales medidas, su carácter excepcional, y posiblemente, la necesidad de que las mismas se anticipen al proceso principal que deberá incoarse para la solución definitiva del conflicto.

Quizás, en la cotidianidad, lo realmente relevante son los fines perseguidos por tales medidas, y de ahí la diversidad de criterios sobre su naturaleza, sin embargo, no deja ser un punto de rico interés la inexistencia de un criterio unísono sobre la misma, evitando confusiones, e inclusive, el uso inadecuado de terminologías y conceptos en otras jurisdicciones, como en efecto, según se verá más adelante, ha ocurrido en la Jurisdicción Contencioso Administrativa; siendo que por lo demás, en criterio de quien suscribe, la verdadera naturaleza jurídica de tales medidas es preventiva, según fue indicado al momento del análisis de la primera decisión comentada sobre el particular en el presente trabajo, siempre que no prevengan la necesidad de que se instaure un juicio posterior, pues en este último caso se tratará, sin duda alguna, de una medida cautelar con instrumentalidad mediata.

#### IV. LA TUTELA CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En la parte inicial del presente trabajo analizamos el concepto de la tutela diferenciada y sus formas de manifestación, para posteriormente en función de los conceptos y figuras previamente estudiados, analizar como antecedentes legislativos lo dispuesto en el artículo 211 del derogado Código Orgánico Tributario, así como también el artículo 196 de la vigente Ley de Tierra y Desarrollo Agrario, cuyas normas prevén la posibilidad de que se dicten un tipo especial de medidas autónomas, catalogadas legal y jurisprudencialmente, en la mayoría de los casos, como cautelares a pesar de no estar enmarcadas en proceso judicial alguno, y por ello carentes del carácter de instrumentalidad propio y esencial de toda medida cautelar.

Ahora bien, en el contencioso administrativo la Ley de la materia no regula la figura de medidas autónomas de supuesto carácter cautelar, sin embargo, en la práctica se ha observado la marcada tendencia jurisprudencial de dictar medidas de este tipo, razón por la cual se hace necesario proceder al análisis de las disposiciones normativas regulatorias de las potestades cautelares de los Jueces de la materia, en *pro* de conocer sus límites y alcances y determinar, si en definitiva, estos se encuentran debidamente facultados para el dictamen de medidas de tal naturaleza; lo cual será objeto de análisis en el siguiente punto.

##### 1. Los artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

La derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia<sup>41</sup> organizó “transitoriamente” la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mientras se dictaba la Ley especial que regulara tal jurisdicción. En este sentido, dicha Ley en su artículo 136 establecía como única medida cautelar la suspensión de efectos de los actos administrativos de efectos particulares, siendo que en todos los demás casos en los cuales no procedía tal medida, debían aplicarse las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en virtud de la remisión que efectuaba el artículo 88 de la derogada Ley en comento.

Posteriormente, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es derogada por la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo

---

<sup>41</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 1.893 Extraordinario del 30-07-1976.

de Justicia<sup>42</sup> cuyo texto normativo en su artículo 21 párrafo 22° mantuvo la posibilidad de suspensión de efectos, en lo que concierne a actos administrativos de efectos particulares cuya nulidad fuere solicitada; prácticamente en términos similares a los previstos en el artículo 136 de la derogada Ley, con la salvedad de que estableció la obligación de exigir caución al solicitante de la medida, cuestión que en la Ley precedente resultaba de carácter potestativo para el Juez.

Adicionalmente, como novedad, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia estableció en el artículo 19 párrafo 11° la posibilidad expresa de las partes de solicitar, en cualquier estado y grado del proceso, y el Tribunal acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que se estimasen pertinentes para resguardar la apariencias de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzgasen sobre la decisión definitiva; hecho esto que sin duda alguna constituyó el reconocimiento expresado del denominado poder cautelar general del Juez Contencioso Administrativo, y que en opinión de algunos doctrinarios como ALFREDO PARES SALAS<sup>43</sup> implicó una especie de adiós a las medidas cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en el año 2010 entró en vigencia la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>44</sup>, regulando el tema cautelar en los artículos 4 previsto en el título I relativo a “Disposiciones Fundamentales” y el artículo 104 previsto en el capítulo V relativo a “Procedimiento de las medidas cautelares”, normas estas que por su contenido e importancia se pasan a transcribir a continuación para su posterior análisis:

Impulso del procedimiento. Artículo 4. El Juez o Jueza es el rector del proceso y debe impulsarlo de oficio o a petición de parte, hasta su conclusión. El Juez o Jueza Contencioso Administrativo está investido de las más amplias potestades cautelares. A tales efectos podrá dictar, aun de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo órdenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y su correcta actividad administrativa.

---

<sup>42</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 del 20-05-2004, posteriormente derogada mediante ley publicada en la Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29-07-2010, reformada mediante publicación efectuada en la Gaceta Oficial N° 39.483 del 09-08-2010 y reimpresa en la Gaceta Oficial N° 39.522 de fecha 01-10-2010.

<sup>43</sup> Citado por Alejandro Canónico Sarabia, en su artículo “Nueva Regulación y Tratamiento Jurisprudencial...”, ob. cit., p. 574.

<sup>44</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.447 del 16-06-2010, posteriormente reimpresa por error material en la Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010.

Del análisis de la disposición legal antes transcrita en primer lugar de desprende el rol del Juez Contencioso Administrativo como rector del proceso, función esta que corresponde no solo a los Jueces que conforman tan especial jurisdicción, sino también a todos los Jueces de la República, siendo que, en ejercicio de tal estatus, tiene el inexorable deber de impulsar el proceso hasta la conclusión, inclusive de forma oficiosa.

De igual forma se evidencia que el Juez Contencioso Administrativo se encuentra investido de las más amplias facultades cautelares, pudiendo dictar, de oficio cualquier medida necesaria y adecuada con la situación de hecho presentada; no haciéndose mención expresa a la clásica y típica medida cautelar de la materia relativa a la suspensión de efectos de los actos administrativos.

Así, se tiene entonces que la norma en comentario consagra legalmente lo que ya había sido objeto de reconocimiento jurisprudencial hace ya tiempo, esto es, el amplio e innominado poder cautelar general del Juez Contencioso Administrativo, que no se limita a un solo tipo de medida, sino que se adapta a las necesidades de la tutela judicial efectiva de cada caso en concreto, pudiendo consistir, como en el caso de las cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil, en autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Por su parte, el artículo 104 de la Ley en comentario, regula los aspectos sustanciales de las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo particularmente lo relacionado con su objeto y extremos de procedencia, estableciendo expresamente que:

Requisitos de procebilidad. Artículo 104. A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante.

Del análisis de la disposición legal transcrita se desprende que legislador reiteró, una vez más, el poder cautelar general e innominado en favor del Juez

Contencioso Administrativo. Adicionalmente se observa que además de los clásicos presupuestos para el otorgamiento de las medidas cautelares como lo son el “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*” presentes en el citado artículo bajo análisis cuando se hace referencia al resguardo de la apariencia del buen derecho y garantizar las resultas del juicio, se constata que fueron consagrados dos nuevos requisitos de procedencia, como lo son los relativos a la ponderación de los “intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego” y la prohibición de prejuzgar sobre la decisión definitiva.

Sobre los requisitos relativos al “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*” no se realizarán mayores consideraciones, pues ya en la parte introductoria del presente trabajo fueron someramente analizados, aunado esto al hecho que por tratarse de los clásicos requisitos de procedencia de las medidas cautelares, los mismos son ampliamente conocidos y manejados por la mayoría de los profesionales del Derecho; todo lo cual permitirá centrar la atención en los dos últimos requisitos establecidos en el artículo en comento a saber relativos a la ponderación de los intereses y la prohibición de que las medidas acordadas prejuzguen sobre lo definitivo.

Según ALEJANDRO CANÓNICO<sup>45</sup> la exigencia en la ponderación de los intereses implica el deber del Juez de evaluar y colocar sobre una balanza, el derecho o interés que sostiene el demandante frente a los intereses públicos generales y colectivos, que pudieran verse afectados en ese caso concreto por el decreto de la medida en cuestión, así como evaluar cualquier otra circunstancia y hacer la ponderación debida según su sano juicio, teniendo entonces que determinar cuál interés debe prevalecer para poder tomar una decisión<sup>46</sup>.

Por su parte en lo que respecta a la prohibición de que la medida prejuzgue sobre la decisión definitiva, se advierte que dicho punto ya fue objeto de análisis en el presente trabajo, específicamente, cuando fue analizado el concepto de la tutela anticipada y la posibilidad de adelantar total o parcialmente los efectos de una sentencia característica de este tipo de tutela, siendo que lo realmente de cuidado es que el Juez al momento de otorgar determinada medida cautelar deberá garantizar que la misma, llegado el momento, pueda ser revocada, garantizando a su vez que la sentencia

---

<sup>45</sup> Alejandro Canónico Sarabia, en su artículo “Nueva Regulación y Tratamiento Jurisprudencial...”, ob. cit., p. 592

<sup>46</sup> Sobre este requisito puede consultarse la sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 09-06-2011, Exp. N° AW42-X-2011-000036 con ponencia del Juez Emilio Ramos. De igual forma la Sentencia N° 20 del 24-01-2012, dictada por el mismo Órgano Jurisdiccional.

definitiva pueda ser dictada con libertad, inclusive en contra de lo planteado en el dispositivo cautelar.

Lamentablemente tanto en la Jurisdicción Contencioso Administrativa como en otras jurisdicciones, este requisito algunas veces es usado como una suerte de comodín que permite desechar pretensiones de tipo cautelar con el pretexto de que su otorgamiento estaría vaciando de contenido la futura decisión que habrá de dictarse o que, en su defecto, se estaría adelantado opinión sobre el tema objeto de debate.

Ahora bien, a los efectos del presente trabajo, lo más relevante del análisis de los artículos comentados es que de su sola lectura no se desprende que el Juez Contencioso Administrativo pueda dictar medidas cautelares fuera del ámbito de un proceso judicial o principal. Por el contrario, de la lectura del artículo 4 se infiere claramente que tales potestades cautelares deben ser ejercidas en el curso de determinado proceso, pues justamente la norma en cuestión resalta el rol del Juez como director del proceso, condición esta en virtud de la cual tiene el deber de impulsarlo hasta su conclusión, inclusive de oficio, si ello fuere necesario.

Similar consideración resulta aplicable en el caso del artículo 104, cuya lectura evidencia clara y meridianamente que dicho poder cautelar general debe necesaria e indefectiblemente en el marco de un proceso judicial, pues es tal conclusión es la que se desprende cuando el legislador realiza reiteradas menciones a un proceso jurisdiccional tales como las siguientes: “en cualquier estado y grado del procedimiento”, “garantizar los resultados del juicio” y “mientras dure el proceso”.

Se destaca que no se pone en duda el carácter amplio de las potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo, lo cual, según fue analizado, está totalmente claro, pero si el ámbito y los límites dentro de los que pueden y deben ser ejercidas tales potestades, los cuales no son otros más que los derivados de un proceso jurisdiccional principal (*pendente Litis*), iniciado, e inclusive, próximo a iniciar, del cual derivaría el carácter y naturaleza cautelar de las medidas que fueren dictadas con fundamento en dicha disposición normativa en virtud de su instrumentalidad y accesoriedad.

De considerarse que tales normas establecen una suerte de potestades (implícitas) en las que pudieran fundamentarse el dictamen de medidas cautelares autónomas, implicaría, en criterio de quien suscribe, un error de interpretación o falso supuesto de derecho que habilitaría libremente al Juez Contencioso Administrativo, y desde luego a la propia Administración con apoyo de éste (el Juez) para afectar la esfera jurídica de los administrados, en

detrimento del derecho constitucional a la defensa y el valor de la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento jurídico.

Lamentablemente, en la práctica el criterio imperante en los Tribunales que conforman la Jurisdicción Contencioso Administrativa es el de considerar que tales potestades cautelares son de carácter tan amplio, que las mismas facultan suficientemente al Juez Contencioso para el dictamen de medidas cautelares autónomas independientemente de que no exista un juicio principal en curso o próximo a iniciar, fundamentándose, además, en el carácter social del Estado que les sirve para evadir disposiciones y procedimiento legales, y con ello complacer de forma rápida y expedita los intereses políticos de una Administración Pública cuyos altos funcionarios en modo alguno comulgan con la idea de existencia de los derechos de propiedad privada y libre ejercicio de la actividad económica, y en definitiva, un país donde el sector privado no debe tener rol preponderante en la marcha de la economía nacional, cuyo principal actor y absoluto controlador debe ser el Estado.

Según FRANCISCO DELGADO el anterior proceder tiene como fundamento principal la existencia de un proyecto político dirigido por el Ejecutivo Nacional cuyo fin primordial no es otro más que la instauración de un modelo marxista comunista en función a cuya consecución deben orientarse las actividades y funciones del resto de los poderes del Estado, de conformidad con el principio de colaboración de los poderes previsto en el artículo 136 del Texto Constitucional, señalando el autor en cuestión que tal subordinación al poder político tiene distintas fuentes y motivos, pues según él:

La filosofía a la que expresamente se adhiere el régimen, el marxismo, la justifica en su concepto del sistema jurídico-político como herramienta necesaria para asegurar el dominio sin el cual no podría llevarse a cabo la revolución; ésta, entendida como la meta final de un proceso, condiciona la actividad de los poderes públicos y ninguno de ellos puede reclamarse autónomo o independiente frente a ella. La labor de estos poderes tiene sentido sólo en tanto se dirige a darle realidad a la revolución, por lo que toda la actividad debe ser orientada hacia ese fin, sin que tenga justificación dividir el poder, dado que esto únicamente haría más difícil llegar hasta esa meta<sup>47</sup>.

De igual forma, en perfecta consonancia con lo antes expuesto, otro hecho justificativo del proceder de los Jueces Contencioso Administrativos se fundamenta en la idea de la Justicia Social, o dicho en otras palabras, la Justicia de Equidad, cuya consecución exige dejar de lado ciertas formas y principios del derecho que caracterizan al Estado Liberal al servicio de la clase dominante de la sociedad (burguesía), no existiendo entonces duda de que tal

---

<sup>47</sup> Francisco J. Delgado: *Chavismo y Derecho*. Editorial Galipán. Caracas. 2017, p. 91 y ss.

noción de la Justicia ha justificado la amplia y ligera interpretación y aplicación práctica del poder cautelar regulado en los artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

## **2. De la tutela cautelar en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública y social**

En materia de expropiaciones por causa de utilidad pública y social la Ley especial consagra la medida de ocupación previa, como única medida cautelar típica de la materia, siendo que, al igual que en el Contencioso General, nada se establece en relación a la facultad del Juez Contencioso para dictar medidas de carácter autónomo. No obstante, en la práctica, el dictamen de medidas autónomas se ha hecho costumbre con efectos prácticamente similares a los de la ocupación previa, siendo esta materia la pionera en el uso de esta figura, trascendiendo posteriormente al ámbito del contencioso general.

En la práctica tales medidas autónomas han sido calificadas por los órganos jurisdiccionales con competencia en la materia, en algunos casos, como medida cautelar anticipada de ocupación, posesión y uso, y en otros como medida cautelar innominada de ocupación, administración, aprovechamiento y uso, entre otras calificaciones.

Ahora bien, previo al análisis de los principales criterios jurisprudenciales sobre el tema en cuestión, resulta pertinente realizar algunas consideraciones, aunque someras, sobre el régimen general del proceso expropiatorio en Venezuela, todo lo cual nos facilitará la posterior tarea de realizar un breve contraste entre los postulados generales establecidos en las normas regulatorias de la materia y la forma en como los mismos en la práctica se han venido aplicando.

En este sentido, debe indicarse que el Derecho Constitucional a la propiedad privada se encuentra regulado en el artículo 115 del Texto Constitucional en los siguientes términos:

Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley, con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

La lectura de la disposición constitucional transcrita precedentemente viene a confirmar el carácter relativo que reviste al derecho en comento, fundamentalmente por la posibilidad de afectación del mismo siempre que

ello obedezca a razones de utilidad pública o interés social previamente definidas por la Ley. Adicionalmente el constituyente fue enfático en señalar que la expropiación deberá ser declarada mediante sentencia firme siendo imperativo realizar el pago de la justa indemnización de forma oportuna.

No define la norma constitucional lo que ha de entenderse por “expropiación”, sin embargo, dicho concepto ha sido clara y ampliamente discutido y analizado por la Doctrina<sup>48</sup>, teniéndose principalmente dos concepciones sobre el mismo. Por un lado se le entiende como una limitación del actuar administrativo frente al derecho de propiedad de los particulares, como una garantía de dicho derecho fundamental, que impide su destrucción o desapoderamiento sin el cumplimiento de las salvaguardias básicas que ese derecho fundamental impone y por el otro, como una potestad pública, que permite la privación forzosa de la propiedad ante la existencia de determinadas necesidades sociales, dando de esta forma cabida al fin social de la propiedad<sup>49</sup>.

En realidad ambas concepciones no se contraponen, pues ha de entenderse, y de hecho siempre ha sido así, que la expropiación es una potestad pública cuyo ejercicio se encuentra supeditado al cumplimiento irrestricto del procedimiento legalmente establecido en pro de la protección del Derecho Constitucional a la propiedad privada, velando para que su afectación sea por las razones y causas definidas por la Ley, y por la protección del particular afectado mediante el pago de una justa indemnización.

Personalmente, sin desconocer su naturaleza de potestad pública, prefiero decantarme por la noción garantista del concepto en comento, siendo que tales garantías<sup>50</sup> son susceptibles de resumirse en las siguientes: (i) declaratoria mediante ley formal de un fin de utilidad pública o interés social; (ii) determinación formal por el ente expropiante de los bienes concretos a ser expropiados; (iii) razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la declaración legal de uso público y del acto del ente expropiante de los bienes afectados; (iv) cumplimiento del procedimiento

---

<sup>48</sup> Luis Alfonso Herrera Orellana, Karina Anzola Spadaro, Antonio Canova González: *¿Expropiaciones o Vías de hecho?* FUNEDA. Caracas. 2009, pp. 37-38.

<sup>49</sup> La Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social publicada en la Gaceta Oficial N° 37.475 del 01-07-2002, en su artículo 2 establece el concepto de expropiación en los términos siguientes: “La expropiación es una institución de Derecho Público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización”.

<sup>50</sup> Luis Alfonso Herrera Orellana, Karina Anzola Spadaro, Antonio Canova González: *Expropiaciones o Vías...* ob. cit., pp. 79-108.

contradictorio previsto legalmente; (v) fijación objetiva de una compensación monetaria justa e integral y; (vi) pago oportuno del precio justo antes de la toma de posesión del bien afectado.

Las garantías mencionadas se encuentra consagradas a lo largo del texto de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, siendo que el análisis pormenorizado de cada una de ellas y su tratamiento doctrinal y jurisprudencial excede del objeto del presente trabajo, sin embargo, *grosso modo* se destaca que el procedimiento inicia con una declaratoria de utilidad pública que luego sirve de fundamento para el dictamen del respectivo Decreto de Expropiación por parte de la Administración contentivo de la decisión administrativa de adquisición forzosa de determinados bienes necesarios para la ejecución de una obra o actividad, de interés público y/o social, cuya ejecución por lo general, suele ser catalogada como urgente.

Posteriormente, debe iniciarse una fase administrativa de arreglo amigable<sup>51</sup> la cual puede derivar en una negociación favorable, o, en un total desacuerdo de las partes, caso este último en el cual el ente expropiante debe interponer la respectiva demanda iniciándose formalmente el juicio de expropiación con las debidas garantías constitucionales relativas al derecho a la defensa y al debido proceso.

Ahora bien, uno de los aspectos de todo el proceso de expropiación que quisiéramos resaltar tiene que ver con la última de las garantías precedentemente mencionadas relativa al pago oportuno de la justa indemnización correspondiente al propietario del bien afectado, siendo que dicho pago, para que realmente se entienda como oportuno, deberá ser realizado de forma previa a la ocupación del bien del cual se trate, requisito *sine que non* para que el ente expropiante proceda con la ocupación del bien inmueble<sup>52</sup>.

Excepcionalmente, el artículo 56 de la Ley en comento establece la posibilidad de que el ente expropiante proceda con la ocupación anticipada del bien cuya expropiación se pretende, para lo cual deberá introducir formalmente la demanda de expropiación y solicitar al Juez de la causa proceda a decretar la medida de ocupación previa, cuya procedencia se encuentra supeditada a la verificación concurrente de los siguientes

---

<sup>51</sup> El arreglo amigable se encuentra regulado en el artículo 22 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

<sup>52</sup> Las formalidades relativas a la consignación del pago y traslación de la propiedad se encuentran reguladas en los artículos 45 y 46 de la Ley.

requisitos<sup>53</sup> a saber: (i) que la obra a ejecutarse sea de utilidad pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley; (ii) que la autoridad a quien compete su ejecución la califique de urgente realización, (iii) la consignación ante el Tribunal, por parte del ente expropiante, de la cantidad en que hubiere sido justipreciado el bien en el avalúo llevado a cabo a tal efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley; (iv) la debida notificación a los propietarios y los ocupantes, si los hubiere; y (v) la práctica de una previa inspección judicial de los bienes a fin de dejar constancia de su estado y cualquier característica relevante que pudiera incidir en el avalúo final del bien y consecuentemente en el justa indemnización<sup>54</sup>.

De esta manera se erige entonces la ocupación previa, como la única vía o mecanismo legalmente establecido en la Ley general que regula la materia de expropiaciones para la ocupación anticipada de los bienes a expropiar; resultando evidente el carácter cautelar de dicha figura, como típica medida judicial dictada en el marco de un proceso judicial expropiatorio, ya iniciado, sustentada en la premisa de la “urgencia” que tiene la realización de determinada obra, con un efecto positivo frente al ente expropiante a quien se le permite la ocupación del inmueble antes de la sentencia que declare la expropiación, garantizándose a su vez los resultados de la futura sentencia definitiva<sup>55</sup>.

Ahora bien teniendo claro, aunque someramente, los principales aspectos del proceso expropiatorio, y las excepciones establecidas en el mismo, fundamentalmente la relativa a la medida cautelar de ocupación previa, podemos entonces pasar a analizar algunos casos de expropiaciones

---

<sup>53</sup> Sobre los requisitos de la ocupación previa véanse también las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 07-02-2007, caso Aníbal Ricardo Pirela Rodríguez y del 01-10-008, caso Municipio Maracaibo Estado Zulia contra la Arquidiócesis de Maracaibo y el INAVI.

<sup>54</sup> Nótese el carácter especial de la medida cautelar de ocupación previa, pues, a diferencia de las medidas cautelares generales reguladas en el Código de Procedimiento Civil, su dictamen no es *inaudita alteram par*, sino que, antes de decretarse debe procederse con la notificación del propietarios y los ocupantes a los efectos de que: (i) se opongan, no a la medida en sí misma, sino al avalúo, y (ii) participen activamente en la inspección judicial que deberá realizarse para dejar constancia del estado y los bienes a expropiar.

<sup>55</sup> En sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 07-02-2007, caso Aníbal Ricardo Pirela Rodríguez se indica que la procedencia de la ocupación previa “se encuentra supeditada al Decreto que autorice la autoridad judicial, de forma tal que podría decirse que con ello se produce la anticipación de los efectos definitivos del juicio de expropiación, es decir, la ocupación del inmueble y el inicio de la realización de las obras que motivaron su afectación”.

emprendidas por el Estado Venezolano<sup>56</sup> en los cuales hubo medidas de ocupación de bienes formalmente afectados, a fin de determinar si tales medidas de ocupación se corresponden con la medida típica aplicable en estos casos, o si por el contrario, las mismas atienden a otra naturaleza.

Se aclara que, si bien debió haberse abordado primeramente el ámbito jurisprudencial correspondiente al Contencioso General, para luego analizar la jurisprudencia en materia de expropiaciones públicas, se prefirió, en aras de mantener una debida cronología de los hechos, subvertir el orden fundamentalmente porque con ocasión a procedimientos de expropiaciones fueron dictadas las primeras medidas cautelares autónomas, las cuales posteriormente pasaron a ser asumidas en el ámbito del Contencioso General.

### **3. Jurisprudencia sobre las medidas ¿cautelares? ¿autónomas? adoptadas en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública o social**

En este acápite procederemos a abordar el estudio de cuatro de las principales sentencias de interés listadas a continuación: (i) Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, decisión N° 2005-84 del 08-03-2005, caso: Sociedad Mercantil VENEPAL, C.A.; (ii) Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, decisión N° 2009-1095 del 17-06-2009, caso: Complejo Industrial Sideroca Proacero; (iii) Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, decisión N° 2012-1000 del 04-06-2012, caso: Sociedad

---

<sup>56</sup> El Estado venezolano en el período comprendido entre el 2005 y el 2009, emprendió una dura y férrea política de expropiación para hacerse de los bienes de los particulares, utilizando argumentos disímiles, fundamentados en la función social de la propiedad, tales como: (i) la supuesta necesidad de reactivación económica y protección de los trabajadores, (ii) el carácter estratégico de ciertas actividades asociadas a fines estratégicos del Estado, (iii) la seguridad alimentaria, (iv) el incumplimiento de normas sobre precios de bienes y servicios, y (v) construcción o dotación de viviendas para personas sin viviendas e inquilinos. Dichas expropiaciones se caracterizaron por un uso abusivo, desproporcionado y, en la mayoría de los casos, incompleto de la figura de la expropiación. Entre las irregularidades destacan la falta de declaratoria de utilidad pública y social mediante Ley formal, y en sustitución de esta, supuestos Acuerdos emanados de los Órganos Legislativos; ocupación de los bienes afectados con fundamento en medidas de naturaleza administrativa como las previstas en la Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos y productos declarados de primera necesidad o sometidos al control de precios publicada en Gaceta Oficial N° 38.862 del 31-01-2008, y la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicada en la Gaceta Oficial N° 39.358 del 01-02-2010, sin interponer la respectiva demanda de expropiación y lógicamente sin el pago oportuno respectivo, y en general actuaciones incompletas y de mala fe contrarias a los preceptos y garantías constitucionales y legales establecidos para la protección del derecho de propiedad con el fin único de apoderarse de los bienes de los particulares.

Mercantil Sucesión Heemsen C.A. y, (iv) Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, decisión N° 2012-2030 del 11-10-2012, caso: Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A., sentencia está ultima a través de la cual se resolvió formalmente la oposición formulada por la representación judicial de la Sucesión Heemsen C.A., contra la medida cautelar anticipada de ocupación, posesión y uso acordada mediante la decisión referida en el punto *iii*.

### **A. Caso: Sociedad Mercantil VENEPAL, C.A.**

Entre los numerosos casos de expropiaciones efectuadas, en primer lugar, resulta necesario hacer referencia al correspondiente a la sociedad mercantil VENEPAL, C.A., cuyos bienes muebles e inmuebles fueron afectados mediante Decreto N° 3.438 publicado en la Gaceta Oficial N° 38.110, para la ejecución de la obra "*Reactivación Industrial y Explotación Productiva para el Desarrollo Endógeno*", decreto este con fundamento en el cual la Procuraduría General de la República en fecha 22-02-2005, interpuso, ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo la respectiva demanda de expropiación conjuntamente con (i) medida cautelar innominada, (ii) medida de ocupación previa y, (iii) subsidiariamente, medida anticipativa.

Las referidas medidas tenían como fin único que la Corte ordenase la posesión de todos los bienes objeto de expropiación, siendo que las dos primeras fueron solicitadas con fundamento en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en tanto que la tercera (medida anticipativa) fue sustentada en el artículo 26 de la Constitución; argumentándose, además, que el tiempo que transcurriese hasta que se decretara la ocupación previa podía ser perjudicial tanto para los trabajadores como para los equipos y maquinarias los cuales corrían riesgo de deterioro.

Así las cosas, la Corte mediante decisión N° 2005-84 del 08-03-2005, luego de admitir la demanda, pasó a pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas otorgando la medida cautelar innominada y ordenando la posesión de los bienes en cuestión por parte del ente expropiante. En tal sentido, como fundamento para el otorgamiento de tal medida la Corte consideró como hecho configurativo del "*fumus bonis iuris*" la existencia de una Providencia Administrativa emanada de una Inspectoría del Trabajo de la cual se evidenciaba la situación real de los trabajadores de la empresa en comento resultando imprescindible, en criterio de la Corte, el resguardo de los derechos constitucionales laborales de los trabajadores, obviando el hecho de que el caso también involucraba otro derecho de rango constitucional como lo es el de propiedad.

Ahora bien, son varios los aspectos que llaman la atención sobre la referida decisión, sin embargo, uno de los más extraños es que la Corte, sin mayor análisis y consideración, procedió a otorgar directamente una medida cautelar innominada para la posesión de los bienes a expropiar con fundamento en la normativa adjetiva del Código de Procedimiento Civil, obviando el hecho de que en materia de expropiaciones la medida cautelar de ocupación previa regulada en el artículo 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social constituye la única vía procesal para la toma y ocupación anticipada de bienes a ser expropiados<sup>57</sup>.

Pero más sorprendente aún resulta el hecho de que la Corte, luego de decretada la medida cautelar innominada en comento, procedió a decretar la medida de ocupación previa ordenando la realización del respectivo avalúo, la consignación de la cantidad que resulte del mismo, y la inspección judicial del inmueble, todo lo cual carecía de sentido pues los fines de la ocupación previa ya habían sido satisfechos con la medida previamente otorgada<sup>58</sup>.

De igual forma la inspección ordenada resultaba innecesaria fundamentalmente porque su finalidad, según lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de la materia, no es otra más que dejar constancia de aquellas condiciones particulares de los bienes que podrían incidir en la determinación del justo precio final, las cuales podrían variar una vez el ente expropiante entre en posesión de los mismos; fin este que entonces mal puede alcanzarse si tales bienes son puestos bajo la guarda y administración del ente expropiante de forma previa a la realización de dicha inspección, tal y como ocurrió en el caso en comento.

Así, el referido criterio jurisprudencial parece haberse mantenido durante el período comprendido entre los años 2005 y 2009, año este último en el cual, si bien se continuaron dictando decisiones con el mismo y único fin de autorizar la ocupación anticipada de bienes legalmente afectados, las Cortes Contencioso Administrativos, al menos, intentaron justificar el otorgamiento de medidas cautelares innominadas en el marco de procesos expropiatorios tal y como se evidenciará en la siguiente decisión.

---

<sup>57</sup> Ver, entre otras decisiones similares, la dictada por Corte Primera de lo Contencioso Administrativo bajo el N° 2005-1395 del 17-11-2005, caso Constructora Nacional de Válvulas C.A.

<sup>58</sup> Este proceder implica una clara transgresión del artículo 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social, toda vez que el avalúo y la consignación de la cantidad resultante del mismo, constituyen requisitos de procedencia de la medida de ocupación previa.

## B. Caso: Complejo Industrial Sideroca Proacero

Mediante Decreto N° 4.036 del 02-11-2005, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.477 del 12-07-2006<sup>59</sup>, se declaró la adquisición forzosa de los bienes que conformaban el Complejo Industrial Sideroca Proacero necesarios para la ejecución de la obra *“Soberanía e Independencia Técnica del Sector Industrial Metalmeccánico para el Desarrollo Endógeno de la Región Occidental”*, decreto este con fundamento en el cual la Procuraduría General de la República interpuso ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo la respectiva demanda de expropiación y posteriormente, de forma incidental, solicitud de medida cautelar innominada con fundamento en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, siendo el fin de tal medida, según lo expresamente señalado por la representación judicial de la República *“adelantar provisionalmente los efectos de la ocupación previa”* sobre todos los bienes afectados, hasta tanto se procediera a decretar formalmente la ocupación previa, señalando al respecto expresamente la Corte que:

Siendo ello así, y partiendo de que la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social no regula las mencionadas medidas cautelares innominadas, –ni las prohíbe– en el procedimiento de ocupación previa, que debe darse dentro del proceso de expropiación, y que ella prevé en su artículo 66, que en todas las situaciones no previstas en su texto se aplican supletoriamente las demás disposiciones legales que fueren pertinentes; encuentra esta Corte ajustado a derecho, la posibilidad de que dentro del procedimiento de ocupación previa se acuerden medidas cautelares innominadas, como una forma de evitar que con el transcurso de tiempo queden ilusoria la finalidad práctica que se persigue con tal procedimiento, las cuales se debe regir por lo preceptuado en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil (...). Dentro de este contexto, siendo que de acuerdo con lo anteriormente expuesto estamos en presencia de una incidencia dentro proceso de ocupación previa previsto en el artículo 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social; y siendo que la obligación del ente expropiante de consignar la cantidad de dinero en que se valoró el inmueble objeto de expropiación, en un requisito propio y exclusivo del mencionado procedimiento; resulta forzoso para esta Corte desechar la solicitud de la sociedad mercantil Industrias Invercon C.A. de que en el supuesto de que se acuerde la medida cautelar solicitada la República, esta consigne la cantidad de dinero que arroje el avalúo. (Destacado agregado).

Del fragmento jurisprudencial transcrito precedentemente se desprende, según ya se había indicado, que la Corte justificó el otorgamiento de medidas cautelares innominadas tendentes a la ocupación anticipada de bienes afectados, señalando que las mismas se tratan de una incidencia en el marco

---

<sup>59</sup> Decreto posteriormente reformado mediante Decreto N° 5.627 del 03-10-2007, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.783 del 04-10-2007.

del proceso cautelar de ocupación previa cuyos efectos se buscan adelantar para evitar que quede ilusoria la finalidad práctica de dicho proceso cautelar (cautela de la cautela), siendo que además, al tratarse de una incidencia, el ente expropiante no tiene la obligación de consignar la cantidad reflejada en el avalúo que debía haberse previamente realizado<sup>60</sup>.

Tan sorprendente resulta la justificación expuesta por la Corte, como evidente su fin el cual no es otro más que, de cualquier manera y a toda costa, el autorizar la ocupación anticipada (previa) de los bienes afectados sin la necesidad cumplir con la formalidades establecidas en la Ley, principalmente, la relativa a la consignación del monto establecido en el respectivo avalúo, obviando el hecho de que todas las garantías establecidas en la Ley de la materia fueron establecidas por mandato expreso de la Constitución para la protección de uno de los derechos fundamentales que ella misma consagra como lo es el derecho de propiedad y también los relativos al debido proceso (artículo 49) y al proceso como instrumento esencial para la realización de la justicia (artículo 257).

Ahora bien, más allá de su evidente inconstitucionalidad e ilegalidad, lo cual no se discute, en lo que respecta a la naturaleza de las medidas dictadas en los casos precedentemente analizados podría decirse que las mismas revestían carácter cautelar en tanto y cuanto fueron acordadas en el marco de un proceso judicial de expropiación, propiamente dicho.

Empero es de hacer notar que a partir del año 2010, se observa un giro en el proceder de la Administración, toda vez que comenzó a requerir la intervención judicial con el objeto de que se le autorizase la ocupación anticipada de inmuebles afectados mediante la solicitud de supuestas medidas de carácter *cautelar innominadas* y autónomas de ocupación, posesión y uso, no enmarcadas en un proceso judicial expropiatorio propiamente dicho, es decir, antes de la interposición de la demanda respectiva, y por ende, al igual que las medidas cautelares innominadas que se venían dictando desde el año 2005, ajenas a la típica medida cautelar de ocupación previa aplicable en materia de expropiaciones.

Tal práctica, en palabras de JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ<sup>61</sup>, constituye una patología contraria al artículo 115 constitucional, pues en primer lugar, desde un plano procesal, la medida innominada solo puede ser acordada por el Juez en ausencia de una medida nominada, siendo que precisamente para la

---

<sup>60</sup> Ver, entre otras decisiones similares, la dictada por Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo bajo el N° 2009-2056 del 30-11-2009, Caso CEMEX Venezuela S.A.

<sup>61</sup> José Ignacio Hernández G.: *La Expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2014, p. 277 y ss.

ocupación de bienes expropiados el Juez cuenta con la medida de ocupación previa propia de la materia de expropiaciones; en segundo lugar la “medida innominada” de ocupación supone desaplicar todas las garantías antes mencionadas, que rodean la ocupación previa, principalmente en lo que respecta a la valoración previa del bien y la constitución de la caución legal; y en tercer lugar, este tipo de medidas solo puede justificarse en la intención abusiva e inconstitucional de obviar las garantías asociadas a la ocupación previa.

Tales medidas eran sustentadas en la presumida urgencia que tenía la realización de determinada actividad u obra que en modo alguno podía aguardar por el inicio formal del proceso judicial expropiatorio, propiamente dicho, y el otorgamiento de la típica medida de ocupación previa; siendo que su solicitud era realizada con fundamento en las amplias potestades cautelares establecidas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya analizadas en el presente trabajo.

En efecto, una vez más con fundamento en tan amplísimas potestades cautelares, ahora legalizadas, la Administración, con la anuencia y peculiar carácter servicial del Poder Judicial, propio de estos tiempos, encontró nuevamente una vía para blindar legalmente su proceder apartándose, una vez más, radical abierta y groseramente del régimen general previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social<sup>62</sup>.

De ahí que resulta indudable entonces el hecho de que en materia expropiatoria se ha convalidado la existencia de un tipo especial de medidas no enmarcadas en un proceso principal, y por ende con un grado tal de autonomía que imposibilita imprimirles carácter cautelar, por no estar vinculadas a proceso principal alguno.

Ello así, nos corresponde entonces proceder a analizar el caso de la República Bolivariana de Venezuela por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Transporte Acuático y Aéreo vs. Sucesión Heemsen C.A., en el cual las Cortes de lo Contencioso Administrativo justificaron la existencia y aplicación práctica de medidas cautelares autónomas; no sin antes aclarar que previamente en los años 2010 y 2011 las Cortes de lo Contencioso

---

<sup>62</sup> Lo realmente relevante no es el hecho de que se hayan dictados medidas cautelares con fundamento en el poder cautelar general del Juez consagrado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues como ya se analizó ello ya era común. Lo verdaderamente resaltable es el hecho de que se comenzaran a dictar medidas de supuesta naturaleza cautelar antes del inicio del proceso judicial expropiatorio.

Administrativo habían dictado medidas en el mismo sentido<sup>63</sup> y prácticamente en los mismos términos al de la Sucesión Heemsen C.A., sin embargo, la especialidad de dicho caso radica en el hecho de que con ocasión al mismo se analizó pormenorizadamente la naturaleza jurídica de las medidas en cuestión.

De igual forma se señala que con posterioridad al año 2012, continuaron dictándose medidas similares, tal y como se evidencia en la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso Cantera La Nacional C.A., del 18-02-2013.

En este sentido, se tiene que con ocasión al caso de la Sucesión Heemsen C.A. fueron dictadas dos decisiones según ya fue expuesto en la parte inicial del presente acápite, las cuales pasamos a analizar a continuación:

### **C. Caso: Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A.**

Mediante la decisión N° 2012-1000 en comentario la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo el 04-06-2012, acordó medida cautelar anticipada a favor de la República para que procediera a la ocupación, posesión y uso de todos los bienes muebles, inmuebles y bienhechurías de la Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A., cuya afectación y adquisición forzosa había sido previamente decretada por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto N° 8.338 publicado en la Gaceta Oficial N° 39.882 del 13-03-2012, a fin de ejecutar la obra del *“Nuevo Terminal de Contenedores de Puerto Cabello, en el marco del Proyecto de Modernización y Ampliación del Puerto de Puerto Cabello previsto en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario”*.

Ahora bien, el artículo 3 del Decreto en comentario calificó de urgente la ejecución de la mencionada obra, lo que *per se*, resultaba suficiente para el inicio del proceso judicial expropiatorio y la solicitud de la típica medida cautelar nominada de ocupación previa aplicable en la materia, según ya lo hemos mencionado anteriormente. Sin embargo, la Procuraduría General de la República, de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en concordancia con el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, solicitó una medida totalmente distinta a la expresamente regulada en la Ley que regula la materia, caracterizándola

---

<sup>63</sup> Corte Primera de lo Contencioso Administrativo bajo el N° 2010-689 del 12-08-2010, caso Centro Comercial Sambil La Candelaria. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo bajo el N° 2010-1455 del 20-12-2010, vaso Owens Illinois de Venezuela C.A., y Fábrica de Vidrio Los Andes C.A. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo bajo el N° 2011-0141 del 14-02-2011, caso Complejo García Hermanos, S.A.

como medida *cautelar anticipada* de ocupación, posesión y uso de los bienes afectados.

En efecto, en criterio de la representación judicial de la República el artículo 4 *eiusdem*, faculta ampliamente al Juez Contencioso Administrativo para dictar “las cautelas necesarias a los fines de solventar en tiempo idóneo, las situaciones fácticas que se presenten, atendiendo a los principios de justicia, brevedad y celeridad”, siendo que en dicho caso se configuraban los presupuestos procesales previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil toda vez que en criterio de la representación de la República “se han aportado los elementos suficientes para que se forme la presunción grave que exige el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, que tiene su fundamento en el Decreto del Ejecutivo Nacional N° 8.838” aunado esto al hecho del “peligro que la tardanza en las mismas, conlleve a daños irreversibles, toda vez que se posee el temor fundado de que el tiempo transcurrido, y el que está por pasar, hasta el momento que se autorice para la ocupación previa en el marco del procedimiento expropiatorio, cause perjuicios irreparables y se vea impedida la ejecución del proyecto”.

Las particularidades de la sentencia en comento son: (i) supuesto deber de reinterpretar las funciones del Estado en la búsqueda de la protección de los valores de justicia social y dignidad humana; (ii) análisis de los presupuestos procesales para la procedencia u otorgamiento de las clásicas medidas cautelares, señalando que por ser la República la parte solicitante de la medida, la misma solamente tenía, de conformidad con el artículo 92 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la carga procesal de demostrar uno de dichos presupuestos<sup>64</sup>, (iii) análisis de la naturaleza de la medida solicitada para lo cual se fundamentó en el criterio doctrinal del Dr. RICARDO HENRÍQUEZ LA ROCHE, así como también en dos criterios jurisprudenciales establecidos por las Salas Constitucional y Político Administrativa del máximo Tribunal de la República; los cuales de seguidas pasamos a analizar.

Así, desde el punto de vista doctrinal, en lo que respecta a la naturaleza de la medida dictada, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo señaló expresamente que:

---

<sup>64</sup> A pesar de ello en la sentencia no se indica cuál de los dos presupuestos procesales fueron valorados para el efectivo otorgamiento de la medida solicitada. Por el contrario, de la lectura de la sentencia se evidencia que la medida fue dictada con fundamento en el carácter de urgencia de la obra señalado en el Decreto N° 8838 y la necesidad de materializar acciones que coadyuven en la reconstrucción económica y social del país, a través de la organización, planificación, ejecución y administración de proyectos especiales.

...esta Corte considera que la pretensión de la representación judicial de la República, al manifestarse dentro del marco de un procedimiento expropiatorio y fundamentarse legalmente en virtud del contenido del artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se identifica con una medida cautelar anticipada con instrumentalidad eventual, la cual, de conformidad con parte de la doctrina patria, citando al maestro Piero Calamandrei, encuentran definición en las siguientes palabras: “Hemos denominado medidas cautelares con instrumentalidad eventual aquellas providencias que aseguran el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenados sus efectos; presentan una anticipación mucho mayor a lo que de por sí le es propia a toda medida cautelar, llegando a decretarse antes de que exista el juicio, en virtud de una disposición legal especial. La relación de instrumentalidad, por tanto, es genérica y eventual, en contrario a las medidas preventivas típicas (Art. 588 CPC) que están dirigidas en sus efectos, no sólo a juicio cierto, sino a un juicio ya existente”. (Vid. HENRÍQUEZ La Roche. Ricardo. Medidas Cautelares Según el Código de Procedimiento civil, Ediciones Liber, Caracas 2000, Págs.58 y 59). (Destacado agregado).

Del análisis del criterio doctrinal citado *ut supra* se evidencia que las referidas medidas cautelares anticipadas con instrumentalidad eventual, se corresponderían con las medidas cautelares con instrumentalidad mediata, ya analizadas en la parte inicial del presente trabajo, oportunidad en la cual se dejó claramente establecido que tales medidas no resultan ajenas al ordenamiento jurídico patrio, señalándose inclusive, algunos ejemplos previstos en Leyes especiales.

En este sentido, según ya fue analizado, la principal característica de este tipo de medidas radica en el hecho de que las mismas, *excepcionalmente* y siempre que exista expresa habilitación legal para ello, pudieran ser otorgadas antes del inicio formal de un determinado proceso judicial, sin embargo, éste deberá incoarse en el lapso legalmente establecido so pena del decaimiento de la medida, siendo que justamente el fin de la medida es asegurar, de forma previa, la ejecución de la futura decisión que ha de ser dictada en el marco del proceso con inicio pendiente; respecto al cual, como bien se señala en la cita en comento, se encuentran preordenados sus efectos.

De manera que el carácter cautelar atribuido por la Corte a la medida otorgada pareciera quedar confirmado con la cita doctrinal citada *ut supra* en la cual se señala que el fin de tal medida no es otro más que el de asegurar “el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenados de sus efectos”, sin embargo, la Corte guardó silencio absoluto sobre el juicio futuro generando serias dudas sobre la verdadera naturaleza cautelar de la medida dictada y desde luego sobre su carácter instrumental o eventual (mediata), fundamentalmente por no estar vinculada a un proceso judicial por iniciar.

Cabe la posibilidad que la Corte haya dado por entendido que la medida otorgada se encontraba intrínsecamente relacionada al futuro juicio de expropiación y de ahí el carácter cautelar atribuido a la misma, sin embargo, ante el silencio guardado resultaría forzoso arribar a tal conclusión. También existe la posibilidad de que el pretendido carácter cautelar derive del hecho de haber sido solicitada “dentro del marco de un procedimiento expropiatorio”, criterio este que constituiría un grave error, pues toda medida cautelar judicial es accesoria a un proceso judicial principal y no a un procedimiento de naturaleza administrativa.

En todo caso la Corte hubiera podido, en aras de mantenerse cónsona con el citado criterio doctrinal, acordar la medida solicitada supeditando su vigencia a la interposición de la respectiva demanda de expropiación, en un lapso prudencial que también debió haber previsto, con lo cual, hubiera mantenido la verdadera naturaleza cautelar de la medida acordada al circunscribirla a un proceso judicial, que si bien no había iniciado, se encontraba próximo a iniciar<sup>65</sup>.

Por otro lado, sin apartarse de las ideas hasta el momento expuestas, vale la pena analizar los criterios jurisprudenciales utilizados por la Corte Segunda, en el caso bajo análisis, como fundamento para el otorgamiento de la medida en cuestión, establecidos en las siguientes decisiones: (i) Sentencia dictada por la Sala Constitucional, caso Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., Exp. 09-0573, del 03-11-2010, y (ii) Sentencia dictada por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1716 del 01-12-2009, caso estado Mérida vs. Construcciones y Servicios, C.A., cuyos extractos pasamos citar a continuación:

En lo que respecta al primer caso, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo señaló expresamente que:

...esta Sala observa que frente al presente reconocimiento del poder cautelar general de los órganos que integran el Poder Judicial, podría argumentarse en contra, que se obvia el carácter instrumental de las medidas cautelares, que se concreta en la pendencia de las mismas a un proceso principal. Ciertamente, esta Sala reconoce que como principio general se deduce la necesidad de que las medidas cautelares se soliciten, como muy pronto, al momento de la interposición de la demanda, pero ello en forma alguna niega la existencia y necesidad de reconocer, la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la interposición de la respectiva acción o incluso sin que ello deba verificarse con posterioridad.

---

<sup>65</sup> Sin embargo, aun cuando hubiera supeditado los efectos de la medida a la interposición posterior de la demanda de expropiación, tal solución, aunque más lógica en *pro* de mantener el verdadero carácter cautelar de la medida, en modo alguno puede compartirse toda vez que la misma se aparta diametralmente de las disposiciones legales que regulan la materia.

Del análisis del criterio jurisprudencial precedentemente citado se desprende, *prima facie*, que la Sala Constitucional avala la posibilidad de que se dicten medidas cautelares –con instrumentalidad mediata o eventual– e, inclusive, la posibilidad de que las mismas se acuerden sin la necesidad de que sea interpuesta una acción posterior; supuesto este último que de ser aceptado implicaría la existencia de una medida cuya naturaleza distaría mucho de ser “cautelar” al no estar vinculada a un futuro proceso, ya que, como bien se ha reiterado, el fenómeno cautelar está circunscrito necesaria e indefectiblemente a un proceso judicial principal iniciado o por iniciar.

Ello así, considerando la total extrañeza del supuesto criterio según el cual la Sala Constitucional avalaba la existencia de medidas cautelares no vinculadas a un proceso principal, se procedió a la lectura y análisis integral de la decisión en cuestión, constatándose que la cita empleada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo fue tergiversada o utilizada convenientemente, toda vez que de la lectura integral de la sentencia se evidencia que la verdadera intención de la Sala Constitucional no era otra más que dejar claramente establecida la posibilidad de dictar medidas cautelares antes de la interposición de la acción principal –con instrumentalidad mediata o eventual– siendo que la no interposición de la acción posterior conllevaría al decaimiento inmediato de la medida acordada<sup>66</sup>. En tal sentido se evidencia que, en otro extracto de la sentencia en comento, distinto al citado por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, se señala expresamente: “Así, en el presente caso, la Sala considera necesario que los tramites o el proceso principal –arbitral– al cual se adheriría la medida decretada, sea iniciado dentro de un número de días determinado, siendo que de no verificarse tal circunstancia, la medida cautelar decaería automáticamente”.

La cita precedente deja entonces claramente establecido el verdadero criterio de la Sala Constitucional sobre las medidas cautelares con instrumentalidad mediata o eventual, y su intrínseca relación con un futuro proceso del cual, indefectiblemente, derivaría su naturaleza cautelar.

De manera que de todo lo antes expuesto llaman significativamente la atención los siguientes hechos: (i) que la Corte Segunda de lo Contencioso, a pesar del criterio doctrinal adoptado, se haya apartado del mismo al obviar, intencionalmente o no, supeditar la medida a la interposición de la respectiva demanda de expropiación en un lapso determinado, y (ii) la cita incompleta, pero conveniente, de un extracto de la sentencia correspondiente al caso

---

<sup>66</sup> De hecho, la sentencia en referencia hace alusión a los casos previstos en otras leyes cuyas normas consagran la posibilidad de que se dicten medidas de esta naturaleza, casos estos, ya analizados en la primera parte del presente trabajo como lo son los previstos en la Ley sobre el Derecho de Autor (artículo 112) y la Ley Orgánica de Aduanas (Artículo 87).

Astivenca Astilleros de Venezuela C.A., de cuya sola lectura se desprende la posibilidad de acordar medidas *cautelares* de forma previa a la interposición de una eventual acción, que bien podría o no ser interpuesta, obviando la Corte indicar cuál sería la consecuencia de la falta de interposición de la acción; hechos estos que evidencian, en principio, que la intención no era otra más que justificar el otorgamiento de un tipo especial de medidas, disociadas e independientes del proceso judicial expropiatorio y por ello, muy lejos de ostentar carácter cautelar, a pesar de su calificación como tal.

En lo que respecta al segundo caso, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, con fundamentos en criterios jurisprudenciales de la Sala Político Administrativa<sup>67</sup>, procedió a citar expresamente el siguiente extracto:

En este sentido, las medidas cautelares son parte del derecho a la defensa, teniendo como base la propia función del juez para juzgar y ejecutar lo juzgado, quien, además, se encuentra habilitado para emitir cualquier tipo de medida cautelar que se requiera, según el caso concreto, para así garantizar la eficacia de la sentencia que decida el fondo de la controversia. Desde este escenario, puede el juez decretar —efectivamente— todo tipo de mandamientos, entre los cuales se encuentran las medidas anticipativas, que han sido definidas por el Maestro Piero Calamandrei como las que a diferencia de las conservativas —tendientes a garantizar un estado de hechos incólumes para que sea posible la ejecución del fallo principal—, estas en cambio tienen su utilidad en adelantar o anticipar los efectos de la sentencia de fondo. Ahora bien, tal como lo ha afirmado la doctrina las medidas cautelares son un medio para el logro de la justicia, de donde se deriva su naturaleza instrumental, teniendo como límite natural el no constituirse en sentencia definitiva. Además, las referidas medidas detentan un carácter provisional, pues el juez no queda atado a la cautelar antes dictada para decidir el fondo del asunto, sino que siempre existirá la posibilidad de revertir la situación provisional creada. (Destacado agregado).

Del análisis del fragmento jurisprudencial precedentemente transcrito se desprende la posibilidad de dictar medidas cautelares a través de las cuales se adelante, total o parcialmente, los efectos de la futura sentencia que ha de dictarse.

En efecto, tal posibilidad ya había sido objeto de análisis en la parte inicial del presente trabajo, al referirnos a la Tutela Anticipada como uno de los modos de manifestación de la Tutela Diferenciada, señalándose que la finalidad de este tipo especial de tutela anticipada es impedir la frustración del derecho que se pretende hacer valer en el juicio evitándose con ello que una de las partes del proceso sufra un gravamen irreparable.

---

<sup>67</sup> Ver sentencia N° 451 del 11-05-2004, Caso: Inspectoría General de Tribunales vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

La cita del criterio jurisprudencial en comento, más allá de aclarar la naturaleza jurídica de la medida de ocupación, posesión y uso decretada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, complica aún más el panorama, pues resulta obvio que la Corte confunde la figura de las medidas cautelares con instrumentalidad eventual (mediata) con la tutela anticipada o anticipativa.

Probablemente la causa de la confusión de ambos tipos de medidas radica en el hecho de que ambas presentan un carácter de “anticipación” o “precoz”, por decirlo de alguna forma, pues las medidas cautelares con instrumentalidad eventual (mediata) se dictan de forma anticipada al inicio de un futuro proceso, en tanto, que las medidas cautelares anticipativas, como bien su nombre lo indica, adelantan o anticipan los efectos de una futura decisión que ha dictarse en un proceso, generalmente, ya iniciado.

En todo caso la medida de ocupación, posesión y uso dictada en el caso de la Sucesión Heemsen C.A., no resulta subsumible en ninguna de las dos categorías anteriores, fundamentalmente porque en modo alguna dicha medida se encuentra vinculada a un proceso principal iniciado o por iniciar.

Ahora bien, hasta los momentos del análisis de los citados criterios, doctrinal y jurisprudenciales, se evidencian las imprecisiones y falta de claridad de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo sobre la verdadera naturaleza jurídica de la medida dictada, por lo que necesariamente debemos pasar a analizar la segunda sentencia dictada por la misma Corte, en torno al mismo caso, a lo cual nos disponemos a continuación.

#### **D. Caso: Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A. (oposición a la medida)**

Mediante esta segunda sentencia del 11-10-2012, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo resolvió la oposición formulada por la representación judicial de la Sociedad Mercantil Sucesión Heemsen C.A., contra la medida dictada en la sentencia *ut supra* analizada no obstante el hecho de que en dicha decisión no se abrió el procedimiento de oposición formal previsto en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido, entre los principales alegatos formulados por los apoderados de la mencionada Sociedad Mercantil se tienen los siguientes: (i) Violación del derecho a la defensa, (ii) Violación de los preceptos establecidos en la Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública y Social, (iii) Inexistencia del juicio de expropiación y del respectivo avalúo,

(iv) Carácter autónomo, *ad perpetuan*, de la medida atentando contra el esencial carácter de instrumentalidad y revocabilidad propio de las medidas cautelares; y (v) otros alegatos relacionados con temas ambientales y la participación protagónica de la colectividad en los asuntos públicos.

Ahora bien, con excepción al alegato de violación del derecho a la defensa<sup>68</sup>, se observa que la mayoría de los alegatos esgrimidos por la parte oponente giran en torno a la naturaleza de la medida, de ahí que sin dilación alguna se procederá con la cita de aquellos extractos de la sentencia que serán de utilidad para la determinar la verdadera naturaleza jurídica o esencia de la medida en cuestión, señalando entonces la Corte expresamente al respecto que:

Visto esto, debe aclarar este Órgano Jurisdiccional que la tutela cautelar concedida a la República en el presente proceso no es la estipulada en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, ya que la medida de ocupación posesión y uso otorgada se corresponde más bien como una medidas preventivas “anticipadas”, las cuales anteceden a la interposición de la acción, puesto que, precisamente estas pretenden proteger y garantizar el ejercicio efectivo del derecho accionar...

Considerando las medidas cautelares, y partiendo de la amplia potestad del Juez contencioso administrativo para garantizar preventivamente la eficacia de la sentencia que dictará al decidir el fondo de la controversia (...) el Juez puede acordar medidas de tipo anticipadas, como la que fue suscrita por esta Corte en la presente causa.

Más adelante en lo que respecta a la violación del carácter de instrumentalidad propio de toda medida cautelar y el supuesto carácter autónomo y perpetuo de la medida dictada, la Corte señaló que:

Ahora bien, en virtud del argumento anterior corresponde a este Órgano Jurisdiccional señalar la naturaleza que fundamenta la medida acordada en la presente causa, siendo así, es preciso señalar que la misma se constituye en una medida cautelar de tipo anticipada (retomando la calificación concedida en acápites anteriores), comprendida como señala el maestro doctrinario Piero Calamandrei como “[...] aquellas providencias que aseguran el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenadas de sus efectos; presentan una anticipación mucho mayor a lo que de por sí le es propia a toda medida cautelar llegando a decretarse antes de que exista el juicio, en virtud de una disposición legal especial...”.

---

<sup>68</sup> Argumento este rechazado por la Corte al señalar que la falta de notificación había sido subsanada con la comparecencia al juicio de la representación judicial de la Sociedad Mercantil afectada satisfaciendo dicho derecho.

En el mismo alcance, relató el mencionado jurista que “las medidas cautelares anticipadas, que son aquéllas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda o bien del inicio de un procedimiento administrativo, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible la espera hasta el comienzo del procedimiento, sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción”.

De este modo, en función del criterio doctrinal transcrito se aprecia que la medida acordada por este Órgano Colegiado se corresponde con la figura de las medidas preventivas anticipadas, por cuanto, se realizó con antelación al juicio de expropiación que deberá incoarse con la finalidad de perfeccionar la transferencia de propiedad del inmueble a la República, es decir, no se realiza en subordinación al proceso expropiatorio sino que representa una solicitud que pretende proteger la ejecución de la Obra “NUEVA TERMINAL DE CONTENEDORES DE PUERTO CABELLO...”.

Por su parte, en lo que respecta a la violación del carácter de accesoriedad de las medidas cautelares en general, la Corte expresamente señaló:

...por el contrario, en referencia a la medida cautelar anticipada decretada por este Órgano Jurisdiccional no existe tal carácter de accesorio, debido a que, la misma se configura como una simple solicitud separada realizada por la República, la cual no depende de juicio alguno y que persigue la ocupación y posesión y uso del inmueble propiedad de la sociedad mercantil Sucesión Heemsen, C.A., de este modo resalta nuevamente la diferencia existente entre la ocupación previa regulada por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, la cual se mantiene fiel al carácter de accesorio y la medida de ocupación, posesión y uso acordada por este Órgano Jurisdiccional, que por el contrario detenta un carácter de autonomía, el cual deviene de la finalidad que se persigue con la ejecución de dicha medida que es la consolidación de la obra “NUEVA TERMINAL DE CONTENEDORES DE PUERTO CABELLO”.

Concluyendo entonces la Corte que: “En esta perspectiva, resulta evidente la incompatibilidad de la medida decretada por este Órgano Jurisdiccional con el carácter de instrumentalidad, puesto que, esta cautela se ha producido en un proceso separado al juicio de expropiación y es decretada con antelación a este para garantizar la celeridad de la ejecución de la obra “NUEVA TERMINAL DE CONTENEDORES DE PUERTO CABELLO”.

Del análisis de los fragmentos citados precedentemente, extensos, pero necesarios, en primer lugar debe decirse que la Corte no mantuvo una denominación uniforme para referirse a la medida, toda vez que, no obstante el hecho de haber dedicado un acápite exclusivo al análisis de la naturaleza de la misma, se observa que a lo largo de la decisión en comento se refiere a ella indistintamente como “medida preventiva anticipada”, “medida cautelar de tipo anticipada”, “medidas innominadas anticipadas” o simplemente como “medida anticipada de ocupación, posesión y uso”, todo lo cual, en

principio, evidencia desconocimiento de las figuras o categorías procesales, por una parte y por la otra, un mayor interés más que en la esencia de la medida, en el fin perseguido por la misma.

Ahora bien, independientemente de lo anterior, se observa que la lectura inicial del fragmento jurisprudencial transcrito *ut supra*, nos hubiese llevado a considerar que la Corte, *ab initio*, se decantaba por considerar la medida en cuestión como una verdadera medida cautelar, aunque con instrumentalidad eventual (mediata), fundamentalmente por el hecho de señalar que la mismas anteceden a la interposición de la acción asegurando el derecho a accionar advirtiéndolo sobre la necesidad de que se incoase el juicio de expropiación, citando inclusive, aunque de fuente bibliográfica distinta, el mismo criterio doctrinal del Maestro PIERO CALAMANDREI utilizado en la primera sentencia a través de la cual se acordó la medida según el cual medidas como la analizada se corresponden con “aquellas providencias que aseguran el resultado práctico de un juicio futuro y eventual al cual están preordenadas de sus efectos”.

Sin embargo, es de hacer notar que posteriormente la Corte, dando respuesta a los alegatos de la parte oponente relativos a la violación de los caracteres de instrumentalidad, accesoriedad y revocabilidad, no dejó duda alguna al respecto señalando enfática y reiteradamente que la medida dictada se trataba de una simple solicitud formulada por la República, de forma separada, no dependiente de juicio alguno y por lo tanto con carácter autónomo cuya única finalidad no era otra más que la ocupación del inmueble afectado en *pro* de asegurar y desarrollar la obra pública respectiva.

Nótese las contradicciones de la Corte en cuanto a la naturaleza de la medida bajo estudio, pues por un lado señala que se trataba de una medida cautelar de tipo anticipada (medida cautelar anticipada con instrumentalidad eventual), otorgada con antelación al juicio que luego debía de incoarse en tanto que por otro lado, señaló que se trataba de una medida autónoma sustentada en una solicitud separada de la República, criterio este último que por su constante reiteración pareciera ser el verdaderamente asumido.

Lo cierto es que ninguno de los criterios asumidos tiene sustento constitucional y legal en la práctica siendo que, en caso de aceptarse la autonomía de la medida en comento, resultaría imposible atribuirle carácter cautelar, en virtud que, como ya se ha dejado reiteradamente establecido, el fenómeno cautelar debe necesaria e indefectiblemente estar atado o vinculado al ámbito de un proceso judicial principal.

Recapitulando entonces se tiene que siempre con el único fin de tomar anticipadamente bienes formalmente afectados: (i) durante el período

comprendido entre los años 2005 y 2009, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en el marco de procesos judiciales de expropiación formalmente iniciados, dictaba medidas cautelares innominadas con fundamento en las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil, y el poder cautelar general del Juez Contencioso Administrativo; (ii) luego, a partir del 2010, dictaba supuestas medidas cautelares autónomas de ocupación, posesión y uso, no enmarcadas en proceso judicial alguno, con fundamento en el poder cautelar general del Juez Contencioso Administrativo previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señalando que la mismas se trataban de medidas cautelares con instrumentalidad eventual o mediata y finalmente (iii), a partir del año 2012, continuaron dictándose medidas de ocupación, posesión y uso, no enmarcadas en proceso judicial alguno, pero dejándose claramente establecida la autonomía de dichas medidas no supeditadas a proceso judicial alguno, independientemente de las erróneas calificaciones dadas a la misma.

Un punto sobre el cual debe hacerse énfasis es que, según lo indicado por la propia Corte de forma reiterada, el único fin de este tipo de medidas no es otro más que asegurar la rápida y pronta posesión y uso de bienes legalmente afectado, por una parte, y por la otra el alegato de la representación de la República según el cual el esperar por la interposición de la demanda de expropiación y otorgamiento de la medida de ocupación previa podría obrar contra los intereses de la República.

Lo anterior, en criterio de quien suscribe, no deja de ser preocupante, toda vez que, amparados en el amplio poder cautelar establecido en los artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tanto los representantes judiciales de la República como los Jueces de dicha Jurisdicción, debida y contradictoriamente alineados para la satisfacción de los intereses y pretensiones del Ejecutivo Nacional, encontraron mecanismos para evadir las disposiciones previstas en la Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública y Social, especialmente, las relativas a la típica medida cautelar nominada de ocupación previa prevista en el artículo 56 de dicha Ley, como único medio idóneo para proceder con la ocupación previa del inmueble a expropiar, siempre que se dicte en el marco del procedimiento expropiatorio y se consigne el valor inicialmente justipreciado del bien.

Tal proceder resulta, a todas luces, evidente y manifiestamente inconstitucional, pues según ya fue mencionado, la institución de la expropiación tiene un carácter garantista que busca proteger el derecho constitucional a la propiedad impidiendo su destrucción, desapoderamiento o afectación sin el cumplimiento de las salvaguardias básicas, siendo entonces que cualquier afectación o limitación de dicho derecho debe realizarse con

estricto apego y cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales que regulen la materia.

De ahí que entonces resulta inconcebible que, amparados en el fin o función social de la propiedad y los nuevos cometidos del Estado, se vulneren y subviertan los procedimientos legalmente establecidos que, por mandato de la propia Constitución, deben cumplirse para la afectación de un derecho tan importante como lo es el Derecho Constitucional a la propiedad, todo lo cual constituye, sin duda alguna, un evidente y grotesco fraude a la Ley.

En modo alguno se pretende asumir una posición contraria a la función y carácter social de la propiedad, pues resulta claro que en el mundo moderno dicho derecho ostenta un carácter relativo y no absoluto, en virtud de que en ciertos casos y ocasiones, según los preceptos generales establecidos en la Ley, el mismo puede y debe ser afectado en *pro* de la satisfacción de una necesidad pública y general. Sin embargo, tales afectaciones deben ceñirse a los parámetros legalmente establecidos por mandato expreso de la propia Constitución.

#### **4. Jurisprudencia sobre las medidas ¿cautelares? ¿autónomas? adoptadas en el Contencioso Administrativo General**

##### **A. Caso: Constructora Norberto Odebrecht S.A.**

Es del conocimiento público y notorio que durante el período comprendido entre los años 2005 y 2009, el Gobierno Nacional emprendió la ejecución de obras públicas de gran envergadura.

Es así, como en el marco de lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley de Contrataciones Públicas<sup>69</sup>, algunas de las obras fueron adjudicadas directamente a la empresa de origen brasileño Constructora Norberto Odebrecht S.A., como aquellas relativas a la expansión de los sistemas metro de Caracas y Los Teques, entre otras.

Las obras en cuestión venían ejecutándose normalmente, sin embargo, sobrevenidamente la referida empresa fue objeto de investigaciones, bajo el nombre de “Operación Lava Jato”, específicamente a nivel de su casa matriz

---

<sup>69</sup> El artículo 4 de la Ley de Contrataciones Públicas publicada en la Gaceta Oficial N° 38.895 del 25-03-2008, exceptuaba de los procedimientos de selección previstos en dicha Ley, las contrataciones a ser realizadas en el marco de Convenios de Cooperación Internacional. Dicha Ley fue objeto de varias reformas, siendo que la última de ellas fue realizada mediante Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19-11-2014, manteniéndose incólume el artículo 4 en cuestión.

ubicada en la República Federativa del Brasil, por supuestos hechos irregulares en la adjudicación de contratos públicos en diversos países; todo lo cual indefectiblemente produjo repercusiones en las operaciones comerciales de la misma a nivel internacional, no siendo Venezuela la excepción a esta situación.

En efecto, en fecha 02-08-2017, la Procuraduría General de la República interpuso ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo una solicitud de otorgamiento de “ *Medida Cautelar Innominada Autónoma*” sobre “...todos los bienes muebles e inmuebles, tangibles e intangibles pertenecientes a la Sociedad Mercantil CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, S.A., (...) en especial los destinados para la ejecución y construcción de las obras de ingeniería que abarcan los contratos suscritos con el Estado Venezolano” con la finalidad de que “no se desplacen del lugar de las obras”, fundamentando su solicitud en el numeral 1 del artículo 9 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y los artículos 103, 104 y 107 de dicho texto normativo; en concordancia con el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Entre los fundamentos de hechos argüidos por la representación judicial de la República fundamentalmente se tienen los siguientes: (i) el fundado temor “de que la República pudiera sufrir graves lesiones a sus derechos, los cuales serían de difícil reparación, dada la situación política, social, económica y financiera que atraviesa la contratista, que, como hemos señalado, constituye un hecho público, notorio y comunicacional”; y, (ii) que “las obras se encuentran activas sin avance, lo que se traduce en la no continuidad de la ejecución de los referidos Proyectos, lo cual impacta directamente en la prestación eficiente de estos servicios públicos por parte del Estado Venezolano”, presentando como prueba de tales aseveraciones copias certificadas de cada uno de los contratos suscritos entre la empresa en cuestión y el Estado Venezolano así como también algunas Inspecciones Judiciales *Extra Litem* efectuadas en los respectivos sitios de obra.

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, a la que luego de realizada la distribución le correspondió el conocimiento de la solicitud formulada, mediante decisión N° 598 del 09-08-2017<sup>70</sup>, acordó la medida

---

<sup>70</sup> Posteriormente ampliada mediante sentencia N° 625 del 23-08-2018, en la que sorprendentemente la Corte afirmó haber señalado en la primera decisión, que la misma había delegado en la Procuraduría General de la República la forma de ejecución de tal medida, todo lo cual, es falso según se evidencia de la sola lectura de la sentencia N° 598. Es de hacer notar que esta segunda decisión fue dictada con ocasión a la solicitud formulada por la representación judicial de la constructora afectada, a fin de que flexibilizara los términos

solicitada valorando plenamente las pruebas presentadas por la representación judicial de la República, ordenando el trámite del procedimiento de oposición conforme a las previsiones de los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Para el otorgamiento de la medida en cuestión la Corte consideró como hechos configurativos del “*fumus boni iuris*”, la situación política, económica y social que atravesaba la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A., y el estado de paralización de las principales obras en ejecución; justificando además el otorgamiento de la medida por cuanto se trata de obras “de alta envergadura para el Estado” evidenciándose además que “en los respectivos sitios de ejecución de las obras descritas, se encuentran bienes, maquinarias y equipos costosos, necesarios para el desarrollo de los trabajos correspondientes; así como el hecho que con ocasión de las referidas contrataciones, se afectaron importantes cantidades de recursos patrimoniales del Estado”.

Por su parte, en lo que respecta a la naturaleza de la medida otorgada debe destacarse que la Corte no analizó expresamente tal punto, pues dio por sentado el hecho de que la medida solicitada revestía naturaleza netamente cautelar, analizando, en ese sentido, los presupuestos procesales clásicos para el otorgamiento de medidas de tal naturaleza y fundamentándose en criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia; señalando en este sentido expresamente que:

Siendo tal urgencia, la garantía de eficacia que reviste la solicitud formulada por los apoderados judiciales de los intereses patrimoniales de la República, pues las medidas cautelares, han sido definidas como la representación de una conciliación entre la necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en una situación fáctica determinada, con las dos exigencias opuestas de la justicia que son la celeridad y la ponderación, que proceden sólo en casos de urgencia, cuando sea necesario evitar daños (lesiones graves o de difícil reparación), que una parte pudiera causar al derecho de la otra, siempre que haya presunción de buen derecho, y se evidencie la necesidad de resguardarlo de manera oportuna; toda vez que las providencias cautelares tienden, ante todo, a tomar medidas preventivas, de forma expedita, ante la amenaza de daños irreparables, dejando que el problema de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación del Juez, mediante la sentencia que resuelva la controversia entre las partes. (Ver, sentencia de la Sala Constitucional del

---

iniciales de la medida, dada que su rigurosidad, más allá de proteger los intereses del Estado venezolano los afectaba, al no permitir tan siquiera la ejecución de actividades mínimas de mantenimiento y conservación de las obras ejecutadas hasta la fecha.

Tribunal Supremo de Justicia N° 355 de fecha 7 de marzo de 2008, caso: Asesores de Seguros Asegure, S.A.) (Destacado agregado).

El fragmento jurisprudencial transcrito *ut supra* viene a confirmar lo antes afirmado en el sentido de que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo consideró, sin mayor análisis, la medida solicitada y otorgada por ella, como una medida de naturaleza “cautelar” al señalar expresamente que el objeto de la misma no era otro más que el evitar daños irreparables, siendo que el tema de fondo, o como bien lo denomina dicho Órgano Jurisdiccional, citando el criterio jurisprudencial establecido en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 355 del 07-03-2008 “el problema de la justicia intrínseca” debe ser resuelto con la sentencia que de forma definitiva resuelva la controversia.

Justamente la referencia al criterio jurisprudencial establecido en la mencionada sentencia de la Sala Constitucional, y además considerando el hecho de que para el momento en el cual se dictó la medida en cuestión no había sido interpuesta demanda u acción alguna contra la empresa constructora Odebrecht en cuestión, pudiera habernos llevado a considerar que, *ab initio*, la intención de la Corte no era otra más que dictar una medida cautelar con instrumentalidad mediata o eventual, fundamentalmente porque en la referida jurisprudencia se dejan claramente establecidos los caracteres de instrumentalidad y accesoriedad de las medidas cautelares por su vinculación a un proceso principal el cual debe resolver de forma definitiva la controversia.

Sin embargo, es de hacer notar que la Corte en modo alguno estableció la carga procesal de interponer acciones o demandas principales en un plazo perentorio al cual quedarían supeditados los efectos de la medida cautelar. Por el contrario, tales efectos fueron acordados de forma indefinida en el tiempo por cuanto se señaló que la misma se mantendría vigente “hasta tanto se resuelva formalmente la situación de cada una de dichas obras”, constituyéndose entonces en una medida de carácter perpetuo contraria a la nota de temporalidad y provisionalidad propia de toda medida cautelar, quedando condicionada a un hecho indefinido (futuro e incierto) y fuera del marco de dicha causa judicial (externo), o ajeno a la misma.

Pudo la Corte, en criterio de quien suscribe, en *pro* de la protección de los intereses patrimoniales del Estado, haber dictado una verdadera medida de carácter cautelar, siempre que la hubiere instrumentalizado estableciendo como condición, so pena del decaimiento de la medida, bien a la República como a cada uno de los entes contratantes, que procedieran con la interposición de las respectivas demandas a los fines de determinar la eventual responsabilidad de la Constructora en la ejecución de las obras y

demás consecuencias derivadas de tal declaratoria, siendo que de haber sido ese el caso, la medida hubiese sido susceptible de ser considerada como una verdadera medida cautelar con instrumentalidad mediata o eventual.

Por tales razones, se estima que la Corte erró al calificar la medida en cuestión como cautelar pudiendo, inclusive, haber incurrido en error de derecho o falso supuesto de derecho al aplicar los artículos 103 y 104 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y 4 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los cuales forzosamente utilizó como fundamento para dictar una mal denominada medida cautelar que en modo alguno ostenta tal naturaleza y para cuyo dictamen no se encontraba legalmente habilitada, trascendiendo los límites naturales del poder cautelar general consagrado en los mencionados artículos, el cual debe necesaria e indefectiblemente ser ejercido en el ámbito de un proceso judicial, según fue expuesto anteriormente.

No deja de llamar la atención la intensidad y exagerada amplitud de la medida en cuestión, al haber recaído directamente sobre “todos los bienes muebles e inmuebles, tangibles e intangibles, pertenecientes a la Constructora Norberto Odebrecht” limitando, en exceso, la esfera de los derechos patrimoniales de la mencionada empresa hasta el punto de llevarla a paralizar totalmente sus actividades<sup>71</sup> en detrimento, ilógicamente, de los propios intereses del Estado al no poder realizar las actividades propias de su giro ordinario, entre las que destacan, las relativas a la conservación y mantenimiento de las obras, equipos y maquinarias.

Es de hacer notar que luego de sustanciado todo el procedimiento de oposición de la medida, justamente en el lapso de elaboración del presente trabajo, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia N° 2018-00191 del 25-04-2018, declaró su incompetencia para el conocimiento del asunto planteado, declinando la competencia en la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia señalando, en esta oportunidad, en cuanto a la naturaleza de la medida que “en general las cautelares autónomas bajo estudio, son mecanismos por los cuales el Juez, habilita a la Administración, para proceder en salvaguarda de los intereses públicos generales y para asegurar la continuidad en la prestación de los servicios públicos y la correcta actividad administrativa”, reiterando el

---

<sup>71</sup> Como consecuencia de la aplicación de tal medida un número determinado de empleados de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. interpuso ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo sendas acciones de amparos constitucionales sobrevenidos las cuales cursan en los Cuadernos Separados identificados con los alfanuméricos AP42-X-2017-00008 y AP42-X-2017-00009, según nomenclatura de esta Corte.

amplio poder cautelar de los Jueces Contencioso Administrativos consagrado en los artículos 4 y 104 de la Ley Orgánica que rige a tan especial Jurisdicción.

Ahora bien, en fecha 14-11-2018, la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal de la República, mediante decisión N° 01145 emitió pronunciamiento sobre el asunto sometido a su consideración, pero no precisamente aceptando o negando su competencia para conocer del mismo, sino más bien, requiriendo a la representación judicial de la República informaciones precisas que en definitiva, en criterio de la Sala, serían determinantes para emitir un pronunciamiento definitivo sobre su competencia para conocer del asunto.

Las informaciones requeridas por la Sala fundamentalmente se refieren a la acción o acciones *principales* emprendidas por la República contra la Constructora en cuestión, toda vez que en criterio de todos los Magistrados la medida acordada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, al ser de naturaleza cautelar, debía necesaria e indefectiblemente estar vinculada a un proceso principal, realizando una serie de consideraciones sobre las medidas cautelares y sus principales características. De ahí que, dada la importancia del fallo en comento para los fines del presente trabajo, resulta indispensable su transcripción para luego proceder a su respectivo análisis, teniéndose entonces que:

Ahora, resulta de suma importancia destacar que según se deriva del libelo, la acción aquí ejercida es de naturaleza “cautelar”, calificada además por la parte actora como “autónoma”, lo que implica –en principio– que dicha pretensión ha sido interpuesta de forma independiente, es decir, que no pende de un juicio principal.

Se trataría pues, de una pretensión cuya naturaleza es distinta a las medidas cautelares tradicionales en las que se caracterizan por ser accesorias, reversibles, provisionales y especialmente instrumentales. Precisamente, es este último elemento del cual difieren sustantivamente ya que –según se entiende– toda medida cautelar está concebida para resguardar o proteger las resultas de un fallo o sentencia de mérito, por lo que son un instrumento del proceso para garantizar la eficacia y efectividad de mismo.

Así, el poder cautelar del juez se aplica al inicio o en el transcurso de un juicio, pero eventualmente puede ejercerse dicho poderío de manera extra litem, es decir, sin que exista un proceso que haya sido previamente iniciado. Por ello se afirma en el foro y a nivel jurisprudencial que existen medidas con instrumentalidad inmediata y otras de forma mediata.

En este contexto, vale mencionar que un sector de la doctrina venezolana ha denominado a las medidas cautelares con instrumentalidad mediata o también conocida como “eventual” aquellas providencias que aseguran el resultado de un juicio futuro al cual están preordenados de sus efectos. Éstas presentan una

anticipación mucho mayor a la que normalmente tienen las medidas cautelares, llegando a decretarse antes de que se instaure un juicio, en virtud de una disposición especial. Sus efectos duran hasta que se produzca la sentencia definitiva del juicio “futuro eventual”, pero éste debe ser incoado en el tiempo que lo establezca la ley o bien cuando el Juez lo disponga.

Es incuestionable entonces que en materia de medidas cautelares la regla común es que éstas se decreten bajo el amparo de un juicio ya incoado (pendente litis), siendo la excepción aquellas cuya instrumentalidad sea posterior, por lo que lógico es pensar que su aplicación debe hacerse de manera restrictiva, esto es, solo cuando así el legislador lo haya permitido.

En este punto, resulta de suma importancia destacar que la posibilidad de dictar este tipo de medidas cautelares (sin la instauración de un juicio principal) ha sido reconocida por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, al señalar en el marco de una solicitud de revisión, lo que a continuación se indica:

(...)

Lo extenso de la anterior transcripción se justifica en el hecho que permite evidenciar de manera cierta, que la Sala Constitucional ya ha admitido que pueden dictarse medidas cautelares sin que estas estén revestidas de su principal característica que la informan (instrumentalidad), sin embargo, la interpretación expuesta en el fallo en cuestión también es precisa al limitar tales decretos cautelares a los supuestos permitidos por las leyes.

Entre los casos establecidos en el ordenamiento jurídico venezolano referidos por la propia Sala Constitucional en el citado criterio jurisprudencial, están aquellas disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje Comercial (artículo 26), Ley Orgánica de Aduanas (artículo 87) y la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (artículo 196). Adicionalmente a estos instrumentos jurídicos, debe aludirse al Código Orgánico Tributario (artículo 296) y a la Ley sobre el Derecho de Autor (artículos 111 y 112).

De esta manera, es obvio que el juez en sede cautelar y, en particular, el juez contencioso administrativo solo puede decretar tales medidas pero de forma restrictiva, lo que implica que no frente a cualquier petición puede aplicar su potestad sino solo en aquellas situaciones que ha sido permitida y determinada por el legislador.

Así las cosas, esta Sala en atención a lo expuesto advierte que las leyes que regulan la jurisdicción contencioso administrativa –en general–, exigen que las medidas cautelares sean solicitadas de manera instrumental y accesoria a una demanda o recurso principal, lo cual se deriva de los artículos que contemplan dichas potestades, tales como son los artículos 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, éstos últimos aplicables de manera supletoria.

Ello tiene una gran incidencia en el caso de autos, pues a fin de determinar si esta Sala tiene competencia para conocer el asunto, resulta de suma importancia definir cuál es el juicio principal que pretendieron instaurar las sustitutas de la Procuraduría General de la República y del que dependerían las medidas cautelares requeridas en ese contexto.

En efecto, dicha exigencia se deriva además de las reglas que regulan los criterios atributivos de competencia de esta Máxima Instancia dispuestas tanto en el artículo 23 de la citada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo así como el artículo 26 de la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia, en cuyos textos se describen las diversas acciones que pueden ser sometidas a su conocimiento y las cuales se caracterizan básicamente por la cuantía de la demanda y/o por el órgano que emanó el acto administrativo, el hecho o la omisión que se presume lesivos a los derechos e intereses de los justiciables.

Tal situación conlleva necesariamente a esta Sala a requerir a la parte actora la información necesaria para precisar la acción ejercida y, por ende, la eventual competencia de este Órgano Jurisdiccional para conocer del asunto, esto en atención al derecho de acceso a la justicia que ostenta toda persona a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución.

Por tal motivo, de conformidad con el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se solicita a la Procuraduría General de la República que mediante escrito fundamentado exponga los siguientes puntos:

- i) Cuál es la demanda o recurso principal intentado.
- ii) El objeto de dicha demanda o recurso.
- iii) Estimación de la demanda en el supuesto de tener carácter patrimonial.
- iv) Cuáles son las medidas cautelares (nominadas o innominadas) intentadas de manera accesoria e instrumentales a la demanda o recurso principal.
- v) Identificación de cada uno de los bienes sobre los que –de ser el caso– pretendan que recaigan las medidas cautelares.

Esta información deberá ser remitida a esta Sala en un lapso de quince (15) días de despacho siguientes, contados a partir que conste en el expediente la notificación de la Procuraduría General de la República practicada de acuerdo a los privilegios que ostenta conforme lo prevé la Ley que rige sus funciones. Así se decide.

Del extenso fragmento jurisprudencial transcrito precedentemente son varios los puntos relevantes, siendo que el primero de ellos está relacionado con el reconocimiento por parte de la Sala de los tipos de medidas cautelares en función de la oportunidad en la cual son dictadas, refiriéndose a las medidas cautelares con instrumentalidad mediata y las medidas cautelares con instrumentalidad inmediata; tema éste ampliamente abordado en la parte inicial del presente trabajo encontrándose tales consideraciones en plena

consonancia con las disquisiciones efectuadas por la Sala en la sentencia en comento.

Luego, obviando las consideraciones anteriores sobre los tipos de instrumentalidad, se observa que la Sala incurrió en un error al señalar que la misma ya había admitido la posibilidad de que se dictasen medidas cautelares no revestidas de la principal característica que la informan (instrumentalidad), siendo que como ya se ha dejado claramente establecido en el presente trabajo, independientemente del momento en que sea dictada determinada medida cautelar, esto es, antes, al momento e inclusive después de la interposición de la demanda, tales medidas siempre gozarán de la característica de la instrumentalidad propia de toda cautelar.

Tan es así que la mayoría de los ejemplos mencionados por la Sala previstos en la Ley de Arbitraje Comercial (artículo 26), Ley Orgánica de Aduanas (artículo 87) y la Ley sobre el Derecho de Autor (artículos 111 y 112) ya habían sido objeto de análisis en el presente trabajo, principalmente, cuando se analizó el concepto de tutela cautelar como forma de manifestación de la tutela diferenciada, considerándose que tales casos son verdaderos ejemplos de la existencia en el ordenamiento jurídico venezolano de medidas cautelares con instrumentalidad mediata o eventual.

Ahora bien, concretamente en lo que respecta a la verdadera naturaleza de la medida dictada por la Corte Segunda de los Contencioso Administrativo contra la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A., la Sala consideró que dicha medida era contentiva de una pretensión independiente que no dependía de un juicio principal con naturaleza distinta a las clásicas medidas cautelares; no realizando alguna otra consideración expresa sobre la naturaleza de la medida en los términos en los cuales inicialmente fue solicitada por la representación judicial de la República.

Sin embargo, todas las disquisiciones realizadas por la Sala sobre los tipos de instrumentalidad (mediata e inmediata) así como los ejemplos referidos, en criterio de quien suscribe, no tenían otro fin más que el de equiparar la medida en cuestión con una medida cautelar con instrumentalidad mediata o eventual, instando por ello a que la Procuraduría General de la República le informase en un plazo de quince días de despacho sobre la demanda o recurso principal intentado y la medida cautelar accesoria a dichas acciones principales.

Con tal proceder la Sala no hizo otra cosa más que instrumentalizar la medida otorgada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, salvando el error conceptual en el cual había incurrido el referido órgano jurisdiccional al otorgar una medida con características propias de autonomía

no dependiente de proceso judicial alguno, y por ello lejos de gozar del carácter cautelar que originariamente se le imprimió.

Por lo demás, vale destacar que la Sala Político Administrativa confirma el criterio sostenido en el presente trabajo sobre el ámbito y los límites dentro de los que pueden y deben ser ejercidas tales potestades, los cuales no son otros más que los derivados de un proceso jurisdiccional principal (*pendente Litis*), iniciado, e inclusive próximo a iniciar, del cual derivaría el carácter y naturaleza cautelar de las medidas que fueren dictadas con fundamento en dicha disposición normativa en virtud de su instrumentalidad y accesoriedad; señalando expresamente que “las leyes que regulan la jurisdicción contencioso administrativa –en general–, exigen que las medidas cautelares sean solicitadas de manera instrumental y accesoría a una demanda o recurso principal, lo cual se deriva de los artículos que contemplan dichas potestades, tales como son los artículos 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

Sin embargo, un punto sobre el cual debe llamarse la atención es que podría considerarse que la Sala incurrió nuevamente en un error, específicamente en lo que respecta a la posibilidad de que puedan dictarse medidas cautelares con instrumentalidad mediata o eventual con fundamento en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, obviando el hecho de que dicha disposición normativa no contempla la posibilidad de que sean otorgadas medidas de este tipo, todo ello en detrimento de sus propias afirmaciones en virtud de las cuales el dictamen de medidas de este tipo es de carácter restrictivo en situaciones previamente permitidas y determinadas por el Legislador.

Quizás tal error haya pasado por inadvertido o simplemente la Sala consideró que tal habilitación se encuentra imbuida en las amplias potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo, bastando únicamente que en caso de medidas de tal naturaleza, el Juez establezca el lapso en el cual deberá ser interpuesta la acción principal. Sin embargo, en posteriores reformas legislativas sería recomendable dejar legalmente establecida la posibilidad de que sean dictadas medidas de tal naturaleza.

Indiscutiblemente la sentencia bajo análisis establece un criterio de suma importancia en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al abrir la posibilidad de que sean dictadas medidas cautelares con instrumentalidad mediata o eventual, siendo que a raíz del mismo se pone en evidencia el errado proceder, principalmente de las Cortes de lo Contencioso Administrativo y de los Abogados de la Procuraduría, fundamentalmente en materia de expropiaciones en la cual se dictaron gran cantidad de medidas cautelares autónomas, en detrimento de los preceptos constitucionales y

legales aplicables a la materia; debiendo entonces dicho criterio ser acatado por los operadores de justicia y los litigantes.

## **B. Caso: Consolidada de Ferrys, C.A. (CONFERRY)**

Hemos visto hasta los momentos como en las materias especiales agraria, de expropiación, y también en el ámbito del Contencioso General, se han dictado supuestas “*medidas cautelares autónomas innominadas*” con fines y propósitos específicos, pero que independientemente de su calificación como “cautelar” son total y absolutamente ajenas a tal naturaleza por no estar enmarcadas en el ámbito de un proceso judicial principal.

Pues bien, además de los ejemplos estudiados precedentemente, existen otras situaciones concretas en las cuales las Cortes de lo Contencioso Administrativo, previa solicitud de la República, han hecho uso de tal figura, tal y como es el caso de la empresa Consolidada de Ferrys, C.A. (Conferry) el cual pasamos a analizar a continuación:

En fecha 19-01-2017, la Procuraduría General de la República interpuso antes las Cortes de lo Contencioso Administrativo una solicitud de otorgamiento de “Medida Cautelar Autónoma Innominada” con el fin de que “se autorice al Ministerio del Poder Popular para el Transporte, para que realice todos los tramites (sic) correspondientes para el desguase (sic) de las embarcaciones denominadas Carmen Ernestina, Rosa Eugenia, Concepción Mariño y Cacia Isabel” dado que “de los informes técnicos realizados por la autoridad ambiental, se desprende que las condiciones en que se encuentran estas cuatros embarcaciones representan un peligro para el medio ambiente marino costero, lo cual puede ocasionar un daño ambiental grave, que acarrearía responsabilidad conforme a la legislación ambiental” siendo “que el deterioro de las embarcaciones varadas en el mar y el combustible que derraman, generan un impacto ambiental que afecta los ecosistemas de la zona”.

La representación judicial de la República fundamentó su pretensión en los artículos 4, 8 y 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en concordancia con los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, correspondiéndole a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo el conocimiento del asunto siendo que mediante decisión N° 2017-0041 del 24-01-2017, procedió a acordar la medida solicitada valorando plenamente los informes técnicos presentados por la representación judicial de la República a través de los cuales, en criterio del Juez Ponente, se demostró el “*fumus boni iuris*”, dado que de los mismos se evidenciaba el marcado deterioro de las embarcaciones en cuestión y también el manejo inadecuado

de sustancias materiales y desechos peligrosos, recomendándose su retiro inmediato a fin de evitar afectaciones al medio marino costero<sup>72</sup>.

Por su parte, en lo que respecta a la naturaleza de la medida se observa que la Corte, al igual que en el caso correspondiente a la Contutora Norberto Odebrecht S.A., no analizó expresamente tal punto, pues dio por sentado el hecho de que la medida solicitada revestía naturaleza cautelar, analizando en ese sentido los presupuestos procesales clásicos para el otorgamiento de tales medidas fundamentándose para ello en criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, como lo es el establecido en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 355 del 07-03-2008, (Caso: Asesores de Seguros Asegure, S.A.).

Desde luego, en lo que respecta a la naturaleza de la medida dictada en el caso de marras, resultarían aplicables, *mutatis mutandi*, las mismas disquisiciones formuladas en el caso correspondiente a la Constructora Norberto Odebrecht S.A., además confirmadas recientemente por la decisión N° 1145 de la Sala Político Administrativa, en el sentido de que dicha medida jamás podría ser catalogada como cautelar en virtud de no estar atada o vinculada a un proceso de carácter principal.

Adicionalmente, existe otro elemento que obra en detrimento del pretendido carácter cautelar atribuido a la medida, tal y como lo es el rompimiento de los caracteres de revocabilidad y temporalidad propio de toda medida cautelar, toda vez que el haber autorizado el desguace de las embarcaciones imposibilitaba la reversión de la medida la cual pasó a ostentar carácter definitivo, vaciando de contenido la sentencia que habría de resolver el procedimiento de oposición en perjuicio del derecho a la defensa y al debido proceso de la parte eventualmente afectada.

---

<sup>72</sup> Mediante Decreto N° 8.486 del 27-09-2011, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.766 se ordenó la adquisición forzosa de la empresa Consolidada de Ferrys, C.A. (Conferry), señalándose en el artículo 3 que todos los bienes expropiados debían pasar al patrimonio de la República por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Transporte y Comunicaciones, en tanto que en el artículo 4 del Decreto en cuestión se ordenó la constitución de una Comisión Administradora Temporal a los efectos de la ocupación y operatividad comercial de la empresa. Ahora bien, para la fecha de solicitud y otorgamiento de la medida solicitada, el proceso expropiatorio aún no había concluido, y por lo tanto al no tratarse de bienes formalmente propiedad de la República sometidos a un régimen especial, no resultaban aplicables las disposiciones normativas propias de la desafectación. Es por ello que la representación judicial de la República solicita tal medida, siendo que, una vez acordada, la Corte procedió con la apertura del procedimiento de oposición al cual pudieron haber acudido los afectados directos, esto es, los propietarios de las embarcaciones en cuestión, o cualquier persona titular de algún derecho o garantía sobre las mismas.

Ahora bien, las particularidades del caso en comento fundamentalmente las relacionadas con los riesgos ambientales asociados, nos lleva a realizar algunas consideraciones sobre cuál debería ser la verdadera naturaleza de la medida acordada en el caso en particular. En este sentido, debe recordarse que en la parte inicial del presente trabajo, concretamente cuando fue abordado el punto relativo a los antecedentes agrarios, hicimos referencia al poder general de prevención que corresponde a todos los órganos del Poder Público, entendido este, en sentido general, como la posibilidad legal de “evitar la ocurrencia de eventos lesivos al estatuto jurídico vigente, y en consecuencia los derechos subjetivos de los administrados.”.

Así, en atención a lo anterior y considerando los evidentes riesgos al ambiente y la urgente necesidad de intervención de los eventuales agentes causantes de los mismos, podría conllevarnos a considerar que la medida solicitada obedece, en cuanto a su naturaleza, a una medida de carácter preventivo, posiblemente muy similar a las medidas autosatisfactivas del procesalista argentino JORGE WALTER PEYRANO, a través de la cual se busca evitar, de forma rápida y expedita, causar un potencial daño al medio ambiente plena y técnicamente identificado y cierto.

En efecto, el eventual carácter autosatisfactivo atribuido a la medida en comento derivaría de las respuestas dadas a las siguientes interrogantes: (i) ¿su dictamen es de carácter urgente?, (ii) ¿el proceso en el cual se tramitan es autónomo e independiente no existiendo por ende instrumentalidad al no estar vinculada a un proceso principal?; y (iii) ¿resuelve de forma definitiva la controversia existente de forma expedita en virtud de la urgencia planteada?

Así, las respuestas a las anteriores interrogantes son todas positivas, siendo que en relación a la primera pregunta la representación de la República alegó y probó los posibles daños que podrían causarse al ambiente de lo que derivaba tanto el “*fumus bonis iuris*” y a su vez la urgencia que ameritaba la pronta adopción de la medida; en tanto que en relación a la segunda interrogante se tiene que se tramitan mediante un proceso autónomo, independiente de un proceso principal, siendo que por lo demás la Corte ordenó, por analogía, aplicar el procedimiento de oposición de las clásicas medidas cautelares previsto en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil<sup>73</sup>; y finalmente en relación a la tercera interrogante se tiene que la misma resolvió de forma definitiva el asunto sometido a consideración del Órgano Jurisdiccional, pues según se conoce la decisión final del proceso de oposición fue confirmada, no habiéndose ejercido los

---

<sup>73</sup> A pesar de aplicarse analógicamente el procedimiento para el trámite de la oposición de las medidas cautelares generales, no debe incurrirse en el error conceptual de catalogar tales medidas como cautelares, pues las mismas tienen naturaleza y fines propios.

respectivos recursos contra la misma, siendo que además resultaba imposible revertir los efectos de la medida acordada.

No obstante lo anterior, en la praxis, la anterior postura encuentra como inconveniente que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no establece disposición legal alguna que faculte a los Jueces de esta especial jurisdicción para dictar medidas de este tipo, como si lo hace, según ya fue analizado, la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario al regular un poder general de prevención y poder cautelar propiamente dicho; cuestión esta que sin duda alguna debería ser tomada en consideración en una eventual reforma de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

### **C. Medidas ¿cautelares? ¿autónomas? innominadas dictadas con fundamento en medidas administrativas de ocupación temporal**

Finalmente resulta imperativo hacer referencia a otros casos en los cuales se ha hecho uso de supuestas medidas cautelares autónomas innominadas relacionados con la materia de costos y precios justos, siendo de uno de ellos, de los tantos que se conocen, el correspondiente al Hotel MJR 2014, C.A., en el cual la Consultora Jurídica (E) de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) y sustituta del Procurador General de la República solicitó a las Cortes Contencioso Administrativo medida cautelar para la nombramiento de la Junta Administradora del referido Hotel en aras de dar continuidad a la medida preventiva de ocupación temporal dictada en el marco del procedimiento administrativo N° 30490, con fundamento en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos<sup>74</sup>, artículo 70, numeral 2<sup>75</sup> sustentando su pretensión cautelar en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en concordancia con los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, siendo que la medida solicitada fue otorgada mediante decisión N° 2016-0508 de fecha 28-07-2016.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de la medida, la referida decisión no es muy disímil en relación a los casos analizados precedentemente en materia de expropiaciones y otras, pues se observa que las Cortes Contencioso Administrativo mantuvieron los mismos criterios y confusiones conceptuales

---

<sup>74</sup> Decreto N° 2092 del 08-11-2015, reimpresso por error material y publicado en Gaceta Oficial N° 40.787 del 12-11-2015.

<sup>75</sup> Dicha medida consiste en la ocupación temporal de los establecimientos o bienes indispensables para el desarrollo de la actividad.

sobre las mismas, enfocando mayormente su atención en los fines de tales medidas, siendo que por lo demás resulta evidente que tal confusión y/o desinterés, según se quiera mencionar, ha sido perdurable en el tiempo, al menos, durante el período comprendido entre los años 2009 y 2016.

En efecto, de la lectura de la decisión en comento se evidencia que la Corte analizando su competencia se refiere a la misma como una “medida cautelar autónoma innominada”, luego la parte motiva señala expresamente que se trata de una “medida cautelar anticipada con instrumentalidad eventual” sustentando tal naturaleza en los criterios jurisprudenciales establecidos en los casos *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.*, y *Estado Mérida vs. Construcciones y Servicios, C.A.* ya analizados en el presente trabajo; y finalmente en el dispositivo del fallo la Corte otorgó una “medida cautelar anticipada”.

Siendo ello así, la conclusión sobre la naturaleza de la medida en cuestión y los errores conceptuales de la Corte no pueden ser disímiles a lo ya expuesto en el presente trabajo en materia de expropiaciones, pues insistimos, se trata del mismo criterio jurisprudencial que ha mantenido su vigencia en el tiempo, pero aplicado a la materia de costos y precios justos; por lo que entonces mal puede considerarse como cautelar la medida dictada, en el caso en concreto, ya que la misma no está atada o vinculada a un proceso principal iniciado o por iniciar.

Ahora bien, en cuanto a lo que sería la verdadera naturaleza de la medida en comento, se considera que al igual que en el caso de *Conferry*, ya analizado, podríamos estar en presencia de una medida de carácter preventivo con rasgos similares a las medidas autosatisfactivas analizadas en la parte inicial del presente trabajo, fundamentalmente porque: (i) su dictamen es de carácter urgente, pues de lo contrario se estaría privando a los ciudadanos del uso del servicio de hotelería; (ii) se tramita a través de un proceso autónomo no ligado o vinculado a un proceso judicial principal, y (iii) resuelve de forma definitiva una petición concreta presentada por la Administración, ello independientemente del hecho de que sus efectos en el tiempo sean temporales.

Sin embargo, en el caso en comento además de no existir regulación legal expresa que prevea el otorgamiento de este tipo de medidas, existe una particularidad y es que la medida solicitada parece ser accesoria de una medida administrativa de ocupación temporal dictada por la Superintendencia de Costos y Precios y Justos, siendo que de la temporalidad de tal medida, al ser la medida principal, derivará también en el carácter temporal que inexorablemente ostentará la medida (accesoria) dictada por la

Corte Primera Contencioso Administrativo cuyos efectos se mantendrán hasta tanto cesen los efectos de la medida administrativa.

Lo anterior constituye un punto de relevancia dado que a través de una supuesta medida cautelar judicial se estaría coadyuvando con los objetivos de la Administración plasmados en un acto administrativo contentivo de una medida preventiva de ocupación temporal dictada en el marco del procedimiento administrativo, de lo que se evidencia una suerte de relación de instrumentalidad entre la medida judicial y la medida administrativa, estando la primera al servicio de la segunda; pudiendo, además, eventualmente considerarse la medida administrativa como uno de los supuestos procesales de procedencia de la medida judicial, puntos estos cuyo análisis escapan del objeto del presente trabajo, pero que sin duda alguna no dejan de ser de interés para el futuro.

Por lo demás, debe señalarse que el criterio establecido en el caso bajo análisis, fue plenamente aplicado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en los mismos términos en los casos siguientes cuyas decisiones fueron todas adoptadas en fecha 28-07-2016: (i) Hotel Orinoco, sentencia N° 2016-0509 ; (ii) Hotel Caracas C.A., sentencia N° 2016-0507; (iii) Sociedad Mercantil Isiba, C.A. (Hotel Stanford), sentencia N° 2016-0505 y (iv) Administradora Kaiser, C.A. (Mercado de los 70), sentencia N°2016-0506.

## CONCLUSIONES

En atención al objetivo del presente trabajo relativo al alcance de las potestades cautelares del Juez Contencioso Administrativo y las medidas con fundamento en dichas potestades se concluye que con la entrada en vigencia de la LOJCA se dejó a un lado a la tradicional, clásica y típica medida de suspensión de efectos, para dar paso a un amplio poder cautelar general e innominado en favor del Juez Contencioso Administrativo regulado en los artículos 4 y 104 *eiusdem*, siendo que el otorgamiento de toda medida cautelar se encuentra supeditado a la concurrencia de los clásicos presupuestos procesales, a saber "*fumus boni iuris*" y el "*periculum in mora*" debiendo adicionalmente procederse con dos nuevas exigencias como lo son las relativas a la ponderación de los "intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego" y la prohibición de prejuzgar sobre la decisión definitiva.

Así, de acuerdo a lo establecido en los artículos 4 y 104 mencionados, dicho poder cautelar debe inexorablemente ejercerse en el marco de un proceso judicial principal, no consagrándose, en modo alguno, la posibilidad de que sean dictadas medidas cautelares ajenas a un determinado proceso

judicial principal; pues en caso contrario, no se trataría de medidas de naturaleza cautelar.

Ello quiere decir entonces que las Cortes de lo Contencioso Administrativo han incurrido en un error al dictar, con fundamento en los mencionados artículos, innumerables medidas autónomas de supuesto carácter cautelar, tanto en materia del Contencioso Administrativo General como en materia de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública y Social; forzando la aplicación de dichas normas con el único fin de complacer los fines de una Administración Pública cuyo objetivo no es más que minimizar el ejercicio de los derechos constitucionales a la propiedad y libre ejercicio de la actividad económica.

Tampoco establecen los artículos 4 y 104 *eiusdem* la posibilidad de que sean dictadas medidas cautelares con instrumentalidad mediata, siendo que, según la Doctrina mayoritaria y los criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional, e inclusive de la Sala Político Administrativa, tal posibilidad es de carácter restrictivo y la misma solamente debe ejercerse ante los supuestos delimitados y determinados previamente por el Legislador.

No obstante, en vista del criterio jurisprudencial establecido en la decisión N° 1145 del 14-11-2018 (caso Constructora Norberto Odebrecht S.A.), pudiera considerarse que la Sala Político Administrativa abrió la posibilidad de que sean dictadas medidas cautelares con instrumentalidad mediata o eventual, bastando únicamente que en tales casos el Juez establezca el lapso en el cual deberá ser interpuesta la acción principal; siendo que en posteriores reformas legislativas sería recomendable dejar legal y expresamente establecida tal posibilidad.

Por otra parte se señala que los casos de supuestas medidas cautelares autónomas dictadas con fundamento en el derogado Código Orgánico Tributario y la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario están lejos de ser consideradas como cautelares al no estar vinculadas a un proceso judicial principal, siendo que su naturaleza es netamente preventiva, y las mismas resultaron de análisis obligatorio en el acápite correspondiente a los antecedentes legislativos en virtud de que ello nos permitió un mayor conocimiento de la aplicación de ciertos conceptos en la práctica, facilitando, al mismo tiempo, el posterior abordaje del tema desde la óptica de las normas aplicables a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Finalmente, no puedo dejarse de hacer mención a la importancia de los conceptos de tutela diferenciada y sus formas de manifestación, permitiéndonos distinguir claramente las diferencias entre lo que ha de entenderse como tutela cautelar, y dentro de esta los tipo de instrumentalidad,

tutela anticipada o anticipativa y medida autosatisfactiva, todo lo cual facilitó el desarrollo del presente trabajo aclarando los errores conceptuales de los operadores de justicia que resultaron evidentes en cada una de las sentencias que fueron analizadas.



# APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Gianni Lanzillotta Girán<sup>1</sup>

**Resumen:** *El artículo repasa los aspectos de la función pública, entendida como la actividad que desempeña todo funcionario público en el ejercicio de su cargo o del Poder Público; que se encuentran regidos por la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.*

**Palabras clave:** *Función pública – Funcionario público – Empleado público.*

**SUMARIO. Introducción. I. Función pública. 1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 2. Ley del Estatuto de la Función Pública. A. Funcionarios públicos. B. Clasificación de los funcionarios públicos. C. Deberes, prohibiciones y derechos de los funcionarios públicos. a. Deberes y prohibiciones de los funcionarios públicos. b. Derechos de los funcionarios públicos. II. Régimen laboral aplicado a la función pública en Venezuela. 1. Evolución de la función pública dentro de la legislación laboral venezolana. 2. El régimen jurisdiccional. 3. Aplicación supletoria de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras a los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales. 4. Derechos laborales de los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera. A. Derecho a la negociación colectiva. B. Derecho a la solución pacífica de los conflictos. C. Derecho a la huelga. 5. Régimen laboral aplicado a los trabajadores contratados al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada. 6. Régimen laboral aplicado a los obreros al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados. Conclusión.**

## INTRODUCCIÓN

En Venezuela, los funcionarios públicos se rigen por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) de 1999, la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP) y, excepcionalmente, se les aplican otras leyes como es el caso de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) de 2012. Sin embargo, todo esto ha cambiado por las razones que a continuación señala SÁNCHEZ MORÓN:

La relación jurídica que une al empleado público con el Estado ha variado profundamente a lo largo del tiempo. Es natural que así sea, pues responde

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (2015). Abogado en la Firma Girán Abogados & Asociados.

inevitablemente a la idea que en cada momento se tiene del Estado y de la Administración, de las funciones que se le atribuyen, de sus relaciones con la sociedad y, en el fondo, de la misma evolución del sistema social, ya que el subsistema público constituye una parte del todo<sup>2</sup>.

Es decir, es natural que la relación jurídica entre los funcionarios públicos y el Estado haya cambiado, porque el Estado, la Administración, sus funciones y sus relaciones con la sociedad, evolucionan juntas como un todo. Por esa razón, el presente trabajo estudiará la aplicación de la LOTTT y su régimen laboral a la Función Pública.

En primer lugar se analizará: la función pública y las leyes que la rigen en Venezuela; la clasificación de los funcionarios públicos, sus deberes, prohibiciones y derechos. En segundo lugar se analizará el régimen laboral aplicado a la Función Pública en Venezuela: la evolución de la función pública dentro de la legislación laboral venezolana; el régimen jurisdiccional; la aplicación supletoria de la LOTTT a los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales; los derechos laborales de los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera (derecho a organizarse sindicalmente, derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga); el régimen laboral aplicado a los trabajadores contratados al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada; y el régimen laboral aplicado a los obreros al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados. Por último, este trabajo está basado en gran parte en la obra de ELOY LARES MARTÍNEZ: *Manual de Derecho Administrativo*, pues, se considera el texto que mejor ha tratado el tema de la aplicación de las leyes laborales a la función pública en Venezuela.

## I. FUNCIÓN PÚBLICA

Antes de analizar la aplicación de la LOTTT y del régimen laboral a la Función Pública, es necesario saber primero el significado de “Función Pública” como tal, para luego observar cómo se relaciona ella con el régimen laboral de la Administración Pública venezolana y viceversa, y cómo se rige la actividad laboral del funcionario público en general.

En ese orden de ideas, la “Función Pública” –o *funciones públicas*– es la actividad que cumple quien desempeña un cargo o ejerce real y efectivamente

---

<sup>2</sup> Miguel Sánchez Morón: *Derecho de la Función Pública*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1996, p. 24.

parte del Poder Público, ya sea como autoridad, agente o auxiliar<sup>3</sup>. En otras palabras, es la labor ejercida y realizada por todo *funcionario público* (persona que ejerce el Poder Público), en el desenvolvimiento de su cargo.

Según MAYER (citado por CABANELLAS), “Función Pública” es un círculo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado por la obligación de Derecho Público de servirle<sup>4</sup>. Esta definición, va muy de la mano del *sentido subjetivo* de la “Función Pública” que indica SÁNCHEZ MORÓN: conjunto del cual forman parte todos los *funcionarios públicos* (empleados públicos que ingresan a la Administración mediante nombramiento de la autoridad competente o tras superar determinadas pruebas selectivas más o menos rigurosas, y sus relaciones con la Administración se someten a un régimen especial de Derecho Administrativo, distinto del que corresponde a los trabajadores)<sup>5</sup>.

En Venezuela, la “Función Pública” se encuentra regida por la CRBV de 1999 y la LEFP.

## 1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

El artículo 144 de la CRBV de 1999, establece la “Función Pública” dentro del Estado venezolano:

**Artículo 144.** La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerán su incorporación a la seguridad social. La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos.

Aquí, puede observarse que la Constitución de 1999 indica que se elaborará un Estatuto para la “Función Pública”, cuyas normas contenidas establecerán el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pública, y que además se proveerá su incorporación a la Seguridad Social. Así mismo, el Estatuto deberá determinar las funciones y requisitos que deben cumplir todos los funcionarios públicos para poder ejercer sus cargos. Indudablemente ésta es una disposición

---

<sup>3</sup> Guillermo Cabanellas: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo III. Editorial Eliasta S.R.L. Buenos Aires, 1979, p. 447.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> M. Sánchez Morón: *Derecho de la Función Pública... ob. cit.*, p. 18.

meramente *enunciativa*, pues, ella es extendida en la LEFP, como se observará más adelante.

Por otro lado, es bueno destacar la *Reserva Legal*<sup>6</sup> que establece el propio artículo 144 de la Constitución Bolivariana para la elaboración del Estatuto de la Función Pública, cuando ella misma señala que la *ley* establecerá un Estatuto: esto quiere decir, que el único Poder Público que elaborará dicho marco normativo será el Poder Legislativo, a través de su órgano de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Vale acotar que, y dicho de otro modo, esto también significa que la Constitución ni está dando cabida ni está dejando espacio alguno al Poder Ejecutivo, a través del Presidente de la República, para que éste pueda elaborar Estatuto alguno mediante el uso de sus Decretos-Leyes.

No obstante, todo lo anterior, también debe decirse que el artículo arriba señalado, es una evolución del artículo 122 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, el cual rezaba lo siguiente:

Artículo 122. La ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social.

Los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna.

Todo funcionario o empleado público está obligado a cumplir los requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de su cargo<sup>7</sup>.

Efectivamente puede notarse que el artículo 144 de la Constitución del 99, es una evolución del artículo 122 de la Constitución del 61, pues, ambos indican que la *ley* establecerá la *carrera administrativa* (sustituida por *función pública* en la del 99) mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados (*funcionarios* en la actual) de la Administración Pública Nacional (la nueva elimina la palabra *Nacional*), y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social.

En cierto modo la Constitución del 99 mejoró la redacción y sentido de la “Función Pública” en Venezuela, al señalar la elaboración de un Estatuto que

---

<sup>6</sup> Entiéndase aquellas materias reguladas únicamente por el Poder Legislativo y que no pueden ser invadidas por la Administración Pública. Dicha *Reserva Legal* se encuentra señalada en el ordinal 1 del artículo 187 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) de 1999: “Corresponde a la Asamblea Nacional: Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional”.

<sup>7</sup> Allan Brewer-Carías: “Constitución de 1961”. *Las Constituciones de Venezuela*, Tomo II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008, pp. 1394 y 1395.

regulará dicha “Función Pública”, y cambió la palabra “empleados” por “funcionarios”; pero hasta ahí, no más que eso hizo la Constitución del 99 en comparación con la Constitución del 61. Además, debe destacarse que, a diferencia de la Constitución del 99, cuando la Constitución del 61 hablaba de “carrera administrativa” en su artículo 122, ella hacía referencia a una noción de *destino de vida* (permanencia, pertenencia, identidad) para el cual el funcionario debía prepararse. En pocas palabras, la Constitución de 1999, solamente *constitucionalizó* expresamente la “Función Pública”, a diferencia de la Constitución de 1961, y por ello, algunas de las disposiciones constitucionales en la Carta Fundamental del 99, no son más que una mera evolución de las contenidas en la Carta Fundamental del 61, como se verá a continuación.

El artículo 145 de la Constitución Bolivariana (segundo aparte del artículo 122 de la anterior Constitución de la República de Venezuela de 1961), señala que los funcionarios públicos *están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna*. Su nombramiento o remoción *no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política*. Quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de Derecho Público o de Derecho Privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ella, ni por sí ni por interpósita persona, ni en representación de otra, salvo las excepciones que establezca la ley. Éste es el caso del *deber de fidelidad o de lealtad*, que es una obligación del funcionario con la República y sus instituciones; y que no implica fidelidad alguna a un partido político ni a sus conductores<sup>8</sup>.

A continuación, el artículo 146 de la Constitución establece que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de *carrera*. Se exceptúan: (i) los de elección popular, (ii) los de libre nombramiento y remoción, (iii) los contratados, (iv) los obreros al servicio de la Administración Pública y (v) los demás que determine la ley. Su único aparte, indica que el *ingreso* de los funcionarios públicos a los *cargos de carrera* es por “concurso público”, fundamentado en los principios de *honestidad*, de *idoneidad* y de *eficiencia*. Además, el *ascenso* de los funcionarios públicos está sometido a métodos científicos, basados en el Sistema de Méritos, y el *traslado, suspensión o retiro* será de acuerdo con su desempeño. Por otro lado, ésta también es una disposición meramente *enunciativa*, pues al igual que el artículo 144 constitucional, ella también es extendida en la LEFP como se verá adelante.

En ese sentido, los concursos están abiertos a toda persona que reúna los requisitos generales expresados en la ley y las especificaciones del cargo al

---

<sup>8</sup> Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Exlibris. Caracas, 2010, p. 397.

que aspira, sin discriminaciones de ninguna índole. Estos son concursos de *presentación*, pues, los nombres de los que resulten aprobados son inscritos en el registro de elegibles. Los funcionarios de carrera son nombrados entre los candidatos que figuran en el registro de elegibles. Cuando hay necesidad de proveer un cargo y no existieren candidatos elegibles debidamente registrados, se puede nombrar a una persona no inscrita en el registro, pero con el nombramiento se hará constar su carácter provisional<sup>9</sup>.

Después, el artículo 147 constitucional sostiene que para ocupar cargos públicos de carácter *remunerado*, es necesario que sus respectivos “emolumentos”<sup>10</sup> estén previstos en el presupuesto correspondiente. Su segundo aparte, agrega que las “escalas de salarios” en la Administración Pública, se establecen *reglamentariamente* conforme a la ley. El tercer aparte del artículo estipula que la ley orgánica establecerá límites razonables a los “emolumentos” que devenguen los funcionarios públicos municipales, estatales y nacionales. El cuarto y último aparte, indica que la ley nacional establecerá el “Régimen de las Jubilaciones y Pensiones” de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales.

Más adelante, el artículo 148 de la Carta Fundamental (artículo 123 en la anterior Constitución de la República de Venezuela de 1961) advierte que *nadie* puede desempeñar, al mismo tiempo, más de un destino público remunerado, a menos que se trate de *cargos académicos, accidentales, asistenciales* o *docentes* que determine la ley. La *aceptación de un segundo destino* que no sea de los exceptuados, *implica la renuncia del primero*, salvo cuando se trate de *suplentes*, mientras no *reemplacen definitivamente* al principal. El único aparte

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 396 y 397.

<sup>10</sup> Entiéndase, según el artículo 4 de la *anulada* Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, la remuneración, asignación, cualquiera sea su denominación o método de cálculo, tenga o no carácter salarial, siempre que pueda evaluarse en efectivo y que corresponda a los altos funcionarios, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, con ocasión a la prestación de su servicio. A tal efecto, los emolumentos comprenden entre, otros: los salarios y sueldos; dietas; primas; sobresueldos; gratificaciones; bonos; bono vacacional; bonificación de fin de año y asignaciones monetarias o en especies de cualquier naturaleza. Quedan exentas las asignaciones que perciban los sujetos regulados por esta Ley para el cumplimiento de las funciones inherentes al cargo en el ámbito nacional e internacional. Esta Ley, fue *anulada* mediante Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 686 de fecha 14-08-2017 (recurso de nulidad interpuesto por la Legisladora del Estado Carabobo Neidy Rosal, contra la inconstitucionalidad de los artículos 4 y 17 de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, publicada en Gaceta Oficial N° 39.952, del 12-01-2011). Disponible en <http://histórico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/203057-686-14817-2017-17-0341.HTML>

del artículo señala que nadie puede disfrutar *más de una jubilación o pensión*, salvo los casos expresamente determinado en la ley.

Por último, el artículo 149 de la Constitución Bolivariana (artículo 125 en la anterior Constitución de la República de Venezuela de 1961) menciona que los funcionarios públicos *no pueden aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin la autorización* de la Asamblea Nacional.

## 2. LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Un *Estatuto*, dentro del Derecho Público, es la normación de una actividad pública, de los funcionarios y de los empleados públicos. Por ello, la LEFP regula *toda la actividad* de los *funcionarios públicos* y de los *empleados públicos*. En ese sentido, el artículo 1 del Estatuto indica que la Ley rige *todas las relaciones de empleo público* entre los funcionarios públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales. Ello comprende: (i) el sistema de dirección y de gestión de la función pública, y la articulación de las carreras públicas; y (ii) el sistema de administración de personal, el cual incluye: la planificación de los recursos humanos, procesos de reclutamiento, selección, ingreso, inducción, capacitación y desarrollo, planificación de las carreras, evaluación de méritos, ascensos, traslados, transferencia, valoración y clasificación de cargos, escalas de sueldos, permisos y licencias, régimen disciplinario y normas para el retiro. Además, el párrafo único del artículo 1 del Estatuto, señala que quedarán excluidos de la aplicación de la Ley los siguientes funcionarios públicos: (i) aquellos que se encuentran al servicio del Poder Legislativo Nacional; (ii) aquellos que se refiere la Ley Orgánica del Servicio Exterior; (iii) aquellos al servicio del Poder Judicial; (iv) aquellos al servicio del Poder Ciudadano; (v) aquellos al servicio del Poder Electoral; (vi) los obreros al servicio de la Administración Pública; (vii) los funcionarios que se encuentran al servicio de la Procuraduría General de la República; (ix) los funcionarios al servicio del SENIAT; y, por último, (x) los miembros del personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las universidades nacionales.

### A. Funcionarios públicos

Lo anterior, busca delimitar el significado entre *funcionario público* y *empleado público*, a los fines de lograr una aproximación mejor para la aplicación de otras leyes que puedan recaer sobre aquellas personas que ejercen la Función Pública; y, sin embargo, no es suficiente. Por ello, el artículo 3 del Estatuto, define lo que debe entenderse por *funcionario público* en Venezuela: toda persona natural que, en virtud de un nombramiento expedido por la

autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente.

A esta definición de *funcionario público* dentro de la Ley, cabe añadirle lo indicado por LARES MARTÍNEZ: “carece (...) de interés práctico en Venezuela establecer la distinción entre funcionarios y empleados públicos, pues las dos expresiones (...) tienen en nuestro ordenamiento jurídico un sentido equivalente”<sup>11</sup>. Más adelante, señala LARES MARTÍNEZ que: “Funcionarios o empleados públicos son los individuos que, en razón de nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participan en el ejercicio de funciones públicas, al servicio de las entidades públicas estatales”<sup>12</sup>. Luego, agrega que la anterior definición está integrada por varios elementos:

(i) Es necesario que el ingreso a la Administración se realice en virtud de nombramiento de la autoridad competente, de elección popular o del cuerpo calificado para ello, de sorteo o de otro sistema autorizado por las leyes que rijan la materia, que naturalmente son normas de Derecho Público<sup>13</sup>. Cuando la incorporación de un individuo a la Administración se efectúa en virtud de un *contrato*, no deja de serle aplicable la situación estatutaria organizada por las leyes; solo quedan a salvo las condiciones del contrato en cuanto no contradigan preceptos de orden público. Por ello, la importancia del *elemento formal* para calificar al individuo como *funcionario público*. Principalmente debe examinarse la labor misma encomendada al sujeto y las condiciones en que las presta. Puede darse el caso de verdaderos funcionarios públicos que para eludir la aplicación de ciertas normas jurídicas, no han ingresado a la función pública en virtud de nombramiento, sino amparados en un *contrato* de Derecho Privado, lo que resulta una *simulación*. Hay también *simulación* en sentido contrario, cuando un obrero al servicio del Estado se le expida nombramiento para crearle *ficticiamente*, la situación de *funcionario público*<sup>14</sup>.

(ii) Es indispensable que el individuo, para ser *funcionario* o *empleado público*, participe en el ejercicio de *funciones públicas*, cualesquiera que sea la naturaleza de éstas<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 372.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 373.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

(iii) No puede ser calificado como *funcionario público* quien no esté al servicio directo de una persona pública estatal: la República, un Estado, un Municipio o un Instituto Autónomo. Respecto de los institutos autónomos, son piezas de la administración descentralizada, que forman parte integrante del Estado en *sentido amplio*, su personal está sometido al mismo régimen de la administración centralizada, salvo que la ley establezca una excepción a la regla general y otorgue a los empleados respectivos el goce de alguna de las ventajas contempladas en la Ley Orgánica del Trabajo<sup>16</sup>.

No tienen el carácter de *funcionario o empleado público*: los individuos que prestan colaboración a los concesionarios de servicios u obras públicas, a las contratistas de obras públicas, o a las empresas del Estado, que por tener forma de sociedades o fundaciones, se rigen por el Derecho Privado<sup>17</sup>.

## B. Clasificación de los funcionarios públicos

Siguiendo el anterior orden de ideas, el artículo 19 del Estatuto clasifica a los funcionarios públicos en dos categorías, a saber: 1) *funcionarios de carrera* y 2) *funcionarios de libre nombramiento y remoción*, los cuales todos, en principio, están sujetos al Estatuto<sup>18</sup>.

(i) *Funcionarios de carrera* (artículo 19 LEFP): son aquellos que habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, prestan servicios remunerados y con carácter permanente.

(ii) *Funcionarios de libre nombramiento y remoción* (artículo 19 LEFP): aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos, sin otras limitaciones que las establecidas en el Estatuto<sup>19</sup>. Ellos, a su vez, se dividen en: *Cargos de alto nivel* (artículo 20 LEFP) o aquellos relacionados con la dirección política del país o con las tareas de los más altos gobernantes<sup>20</sup>: Vicepresidente Ejecutivo; Ministros; Jefes de Oficinas Nacionales o equivalentes; Comisionados Presidenciales; Viceministros; directores generales, directores y demás funcionarios de similar jerarquía al servicio de

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 395.

<sup>19</sup> Estos cargos son conocidos popularmente como *Grado 99*, debido al Manual Descriptivo de Clases de Cargos, exigido por el único aparte del artículo 46 LEFP, para la administración del sistema de clasificación de cargos de los órganos y entes de la Administración Pública. Por ejemplo: Manual Descriptivo de Cargos de la Defensoría del Pueblo.

<sup>20</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 396.

la Presidencia de la República, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministros; miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales; directores generales, directores y demás funcionarios de similar jerarquía en los institutos autónomos; registradores y notarios públicos; Secretario General de Gobierno de los estados; directores generales sectoriales de las gobernaciones, directores de las alcaldías y otros cargos de la misma jerarquía; máximas autoridades de los institutos autónomos estatales y municipales, así como sus directores y funcionarios de similar jerarquía; y *Cargos de Confianza* (artículos 20 y 21 LEFP) o aquellos cuyas funciones requieren de un alto grado de *confidencialidad* en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros, de los directores generales y de los directores o sus equivalentes. También son *cargos de confianza*, aquellos cuyas funciones comprenden principalmente actividades de *seguridad del Estado*, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en el Estatuto.

Puede decirse que existen distintos tipos o grados de *confidencialidad*: primero, aquellos cuyas funciones ordinarias y principales requieran de un *alto rango de confidencialidad* y no de *eventualidad*; segundo, aquellos cuyas funciones sean principalmente *fiscalización e inspección*, todo lo que sea *contraloría*; y tercero, aquellos que manejan *seguridad nacional*.

### **C. Deberes, prohibiciones y derechos de los funcionarios públicos**

Por otro lado, el Estatuto tiene por objeto regular los *deberes*, las *prohibiciones* y los *derechos* de los *funcionarios públicos* relacionados con las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales. De igual forma, debe decirse en este punto que, dentro de los deberes, prohibiciones y derechos, el Estatuto también va estableciendo, en cierto modo, una especie de régimen laboral para los funcionarios públicos.

#### **a. Deberes y prohibiciones de los funcionarios públicos**

Los principales deberes de los funcionarios públicos o empleados públicos son: *fidelidad o lealtad* (obligación del funcionario con el Estado y sus instituciones, según lo establecido en el artículo 145 de la Constitución Bolivariana, anteriormente citado), velar por los intereses de la Administración, velar por el patrimonio del Estado, desempeño personal del

cargo, dedicación al cargo, *guarda del secreto*, obediencia, *neutralidad política*, *conducta decorosa* y declaraciones juradas de patrimonio<sup>21</sup>.

En ese sentido, el artículo 33 del Estatuto, señala que, además de los deberes que impongan las leyes y los reglamentos a los funcionarios públicos, ellos “deben” estar obligados a:

(i) Prestar sus servicios personalmente con la eficiencia requerida (ordinal 1). Lo que significa, que no es posible la *delegación de funciones* sino en los casos expresamente autorizados por la Ley<sup>22</sup>.

(ii) Acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos (ordinal 2). Éste es el *deber de obediencia*, por el cual los funcionarios y empleados públicos tienen la obligación de ejecutar las órdenes que reciban de sus superiores jerárquicos. El *deber de obediencia* es importante en toda organización administrativa, porque es la garantía de la unidad de acción necesaria para el buen desarrollo de los servicios<sup>23</sup>.

Los autores modernos, en general, convergen en: (i) que el deber de obediencia de las órdenes recibidas por un superior jerárquico no es absoluto; (ii) que, en principio, el subalterno debe acatar la Ley antes que las órdenes de su superior; (iii) que sólo en el evidente caso de ilegalidad de la orden, se acepta que el subalterno no obedezca la orden, y que si la obedece incurre en sanciones disciplinarias y penales<sup>24</sup>: por ello, en los casos en que la orden emanada del superior jerárquico constituya una flagrante violación a la Ley o la comisión de un delito, el subalterno tiene el derecho y el deber de desobedecer tal orden<sup>25</sup>.

En ese sentido, señala BREWER-CARIÁS (citado por LARES MARTÍNEZ) que para que exista el *deber de obediencia*, necesariamente deben reunirse las siguientes condiciones: (i) que la orden dada emane del superior jerárquico; (ii) que la orden emitida esté dentro de las competencias de quien la dicta; (iii) que la orden emitida cumpla con las formalidades legales; y (iv) que la orden no manifieste ilegalidad alguna<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 397.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 398.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 399.

<sup>25</sup> Artículo 25 CRBV: “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 y las funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 400.

(iii) Cumplir con el horario de trabajo establecido (ordinal 3).

(iv) Prestar la información necesaria a los particulares en los asuntos y expedientes en que éstos tengan algún interés legítimo (ordinal 4).

(v) Guardar en todo momento una *conducta decorosa* (respetuosa, decente) y observar en sus relaciones con sus superiores, subordinados y con el público toda la consideración y cortesía debidas (ordinal 5). En ese sentido, la obligación de actuar *decorosamente* se impone en todo momento: durante y fuera del horario de trabajo, y, por consiguiente, dentro y fuera del ámbito de los lugares de servicio, es decir, en cualquier lugar que se encuentre el funcionario<sup>27</sup>.

(vi) Guardar la reserva, discreción y secreto que requieran los asuntos relacionados con las funciones que tengan atribuidas dejando a salvo prestar la información necesaria a los particulares en los asuntos y expedientes en los cuales éstos tengan un interés legítimo (ordinal 6). Todo funcionario y empleado público debe *guardar el secreto*<sup>28</sup>, es decir, la *obligación de no revelar*, sin justo motivo, *los secretos* de que tengan conocimiento en el cumplimiento de sus funciones, y cuya divulgación pueda causar algún perjuicio<sup>29</sup>.

Este deber de los agentes públicos, está relacionado con el artículo 170 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2014, que prohíbe a los funcionarios públicos conservar para sí documentos de los archivos de la Administración y publicar copia de ellos por cualquier medio, sin autorización del órgano superior respectivo<sup>30</sup>.

(vii) Vigilar, conservar y salvaguardar los documentos y bienes de la Administración Pública confiados a su guarda, uso o administración (ordinal 7). Éste, es el *deber de velar por intereses de la Administración* y es un corolario del *deber de fidelidad* al Estado en general<sup>31</sup>, descrito en el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señalado anteriormente.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Por la palabra “secreto”, deviene la palabra “secretario”: quien guarda el *secreto*.

<sup>29</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 398.

<sup>30</sup> Artículo 170 LOAP (Prohibición): “Se prohíbe a la funcionarias y funcionarios públicos conservar para sí documentos de los archivos de la Administración Pública y publicar copia de ellos por cualquier medio sin autorización del órgano superior respectivo”.

<sup>31</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 397.

**(viii)** Cumplir las actividades de capacitación y perfeccionamiento destinados a mejorar su desempeño (ordinal 8).

**(ix)** Poner en conocimiento de sus superiores las iniciativas que estimen útiles para la *conservación del patrimonio nacional*, el mejoramiento de los servicios y cualesquiera otras que incidan favorablemente en las actividades a cargo del órgano o ente (ordinal 9). El *deber de velar por la conservación del patrimonio del Estado*, también deriva del *deber de fidelidad* inserto en el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señalado *ut supra*; por lo cual, además, el funcionario tiene la obligación de *comunicar* a los supervisores, sugerencia alguna para la conservación del patrimonio y el mejoramiento de los servicios<sup>32</sup>.

**(x)** Inhibirse del conocimiento de los asuntos cuya competencia esté legalmente atribuida, en los siguientes casos (ordinal 10): *(i)* cuando personalmente, o su cónyuge, su concubino o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en un asunto (literal “a”, ordinal 10); *(ii)* cuando tuvieren amistad o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en un asunto (literal “b”, ordinal 10); *(iii)* cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o como funcionarios públicos hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar la resolución del asunto; o tratándose de un recurso administrativo que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna (literal “c”, ordinal 10); *(iv)* cuando tuvieren relación de subordinación con funcionarios públicos directamente interesados en el asunto (literal “d”, ordinal 10).

El *funcionario público de mayor jerarquía* en la entidad donde curse un asunto podrá ordenar, *de oficio* o *a instancia de los interesados*, a los funcionarios públicos incurso en las causales señaladas en el artículo 33 LEFP, que se abstengan de toda intervención en el procedimiento, designando en el mismo acto al funcionario que deba continuar conociendo del expediente (único aparte del literal “d”, ordinal 10).

**(xi)** Cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, los reglamentos, los instructivos y las órdenes que deban ejecutar (ordinal 11).

---

<sup>32</sup> *Ibidem*.

Por otro lado, el artículo 34 del Estatuto indica que, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes y los reglamentos, se “prohíbe” a los funcionarios públicos lo siguiente:

(i) Celebrar contratos por sí, por personas interpuestas o en representación de otro, con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de Derecho Público o de Derecho Privado estatales, salvo las excepciones que establezcan las leyes (ordinal 1).

(ii) Realizar propaganda, coacción pública u ostentar distintivos que los acrediten como miembros de un partido político, todo ello en el ejercicio de sus funciones (ordinal 2). En ese sentido, el Estatuto está imponiendo el deber de neutralidad política, que no prohíbe al funcionario público ser militante de un partido político, sino de actuar como militante con ocasión de sus funciones públicas o al ejercicio de dichas funciones, o en los lugares de trabajo<sup>33</sup>.

(iii) Intervenir directa o indirectamente en las gestiones que realicen personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que pretendan celebrar cualquier contrato con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de Derecho Público o de Derecho Privado estatales (ordinal 3).

(iv) Aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin que preceda la correspondiente autorización de la Asamblea Nacional (ordinal 4).

## **b. Derechos de los funcionarios públicos**

El Estatuto de la Función Pública consagra dos capítulos a los *derechos* de los funcionarios públicos, siendo unos *comunes* a todos los servidores y funcionarios públicos de la Administración Pública Nacional regidos por el Estatuto, ya sean de *carrera* o de *libre nombramiento y remoción*; y otros derechos que son *exclusivos* de los *funcionarios de carrera*<sup>34</sup>.

Así, entre los “derechos comunes” a todos los funcionarios públicos, se encuentran los siguientes: el derecho a la vacación anual, a la bonificación de

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 400.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 402 y 403.

fin de cada año, al beneficio de la jubilación y a las remuneraciones correspondientes al cargo.

(i) *Derecho a ser informado* (artículo 22 LEFP): todo funcionario público tiene derecho, al incorporarse al cargo, a ser informado por su superior inmediato acerca de los fines, organización y funcionamiento de la unidad administrativa correspondiente y de las atribuciones, deberes y responsabilidades que le incumben. En otras palabras, es un *derecho* del funcionario saber todas sus funciones. Este artículo 22 LEFP desarrolla el precepto constitucional del artículo 58 CRBV<sup>35</sup>.

(ii) *Derecho a percibir remuneraciones* (artículo 23 LEFP): los funcionarios públicos tienen derecho a percibir las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñen, conforme a lo establecido en el Estatuto y sus reglamentos.

Dichas *remuneraciones* son percibidas de acuerdo al Sistema de Remuneraciones previsto en el artículo 54 LEFP, que comprende los sueldos, compensaciones, viáticos, asignaciones y cualesquiera otras prestaciones pecuniarias o de otra índole que reciban los funcionarios públicos por sus servicios. Además, se establecerán en dicho Sistema, la Escala General de Sueldos, divididas en grados, con montos mínimos, intermedios y máximos. Cada cargo debe ser asignado al grado correspondiente, según el Sistema de Clasificación, y remunerado con una de las tarifas previstas en la escala. Según, el artículo 55 LEFP, el Sistema de Remuneraciones debe ser aprobado por el Presidente de la República.

Los sueldos y demás remuneraciones devengadas tienen el carácter de *derechos adquiridos* (créditos intangibles), y para hacerlos efectivos, el funcionario público puede intentar acciones judiciales contra la Administración Pública. Por otro lado, el *derecho de percibir el sueldo* comienza el día de la toma de posesión del cargo; antes de esa fecha, carece de causa<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> “La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 406.

El artículo 23 LEFP desarrolla el precepto constitucional del artículo 91 CRBV que, a pesar que *remuneración* y *salario* no son sinónimos, busca garantizar a todo trabajador el *derecho a un salario suficiente*<sup>37</sup>.

**(iii) Vacación anual y bonificación anual** (artículo 24 LEFP): Los funcionarios de la Administración Pública tienen derecho a disfrutar de *una vacación anual* de quince días hábiles durante el primer quinquenio de servicios (primeros cinco años de servicios); de dieciocho días hábiles durante el segundo quinquenio (segundos cinco años de servicios), de veintiún días hábiles durante el tercer quinquenio (terceros cinco años de servicios) y de veinticinco días hábiles a partir del decimosexto año de servicio. Así mismo de una *bonificación anual* de cuarenta días de sueldo.

Cuando el funcionario público egrese por cualquier causa antes de cumplir el año de servicio, bien durante el primer año o en los siguientes, tiene *derecho a recibir el bono vacacional proporcional al tiempo de servicio prestado* (único apartado del artículo 24 LEFP).

La interpretación de toda esta disposición legal es que los funcionarios públicos, en las distintas situaciones contempladas, tienen *derecho a una bonificación anual* de cuarenta días de sueldo y *un descanso anual* comprendido dentro de los días hábiles señalados: lapso en el cual percibirá el sueldo que normalmente le corresponde, teniendo, además, un bono adicional equivalente al sueldo de tres, cuatro o cinco días, según el tiempo de servicios<sup>38</sup>.

Este artículo 24 LEFP, desarrolla el único aparte del artículo 90 CRBV, el cual indica que los trabajadores tienen *derecho al descanso semanal y vacaciones remuneradas* en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas.

**(iv) Bonificación de fin de año** (artículo 25 LEFP): los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública, tienen derecho a disfrutar, por cada año calendario de *servicio activo*, dentro del ejercicio fiscal correspondiente, de

---

<sup>37</sup> “Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley. // El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La ley establecerá la forma y el procedimiento”.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 404

una bonificación de fin de año equivalente a un mínimo de noventa días de sueldo integral, sin perjuicio de que pueda aumentarse por negociación colectiva.

(v) *Permisos y licencias* (artículo 26 LEFP): los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública tienen derecho a los permisos y licencias que se establezcan en los reglamentos del Estatuto, los cuales pueden ser con goce de sueldo o sin él y de carácter obligatorio o potestativo.

(vi) *Protección Integral a través del Sistema de Seguridad Social* (artículo 27 LEFP): los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales, tendrán derecho a su protección integral a través del Sistema de Seguridad Social en los términos y condiciones que establezca la ley y los reglamentos que regulen el Sistema de Seguridad Social. Este artículo 27 LEFP, desarrolla el artículo 86 CRBV<sup>39</sup>.

(vii) *Prestación de antigüedad (cesantía y prestaciones sociales)* (artículo 28 LEFP): los funcionarios públicos gozarán de los mismos beneficios contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en lo atinente a la *prestación de antigüedad* y condiciones para su percepción. De esa forma, el artículo 28 LEFP, da cumplimiento a lo estipulado en el artículo 92 de la Constitución<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> “Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial”.

<sup>40</sup> “Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal”.

Debe destacarse que la *prestación de antigüedad* de los funcionarios públicos no está previsto dentro del artículo 6 de la LOTT; sin embargo, es un *derecho* que sí está consagrado dentro del artículo 92 de la CRBV y dentro del artículo 28 LEFP, el cual remite la *prestación de antigüedad* de los funcionarios a las leyes laborales.

En ese sentido, el artículo 141 LOTT, establece el Régimen de Prestaciones Sociales, con el cual todos los trabajadores, y por tanto los funcionarios públicos, tienen *derecho a prestaciones sociales* que les recompensen la *antigüedad en el servicio* y los *ampare* en caso de *cesantía*. El Régimen de Prestaciones Sociales regulado en la Ley Orgánica del Trabajo establece el pago de las *prestaciones sociales* de forma *proporcional* al *tiempo de servicio*, calculado con el último salario devengado por el trabajador (funcionario) al finalizar la relación laboral, garantizando la intangibilidad y progresividad de los derechos laborales. Las *prestaciones sociales* son *créditos laborales* de exigibilidad inmediata, por lo que toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozan de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal<sup>41</sup>.

El artículo 142 LOTT indica la garantía y cálculo de las prestaciones sociales de la siguiente manera: (i) el patrono depositará a cada trabajador por concepto de *garantía de las prestaciones sociales*, el equivalente a quince días, cada *trimestre* calculado con base al último salario devengado. El *derecho* a este depósito se adquiere desde el momento de iniciaría el *trimestre*; (ii) adicionalmente, y después del primer año de servicio, el patrono depositará a cada trabajador dos días de *salario* por cada año, acumulativos hasta treinta días de *salario*; (iii) cuando la relación de trabajo termine por *cualquier causa*, se calcularán las *prestaciones sociales* con base a treinta días por cada año de servicio o fracción superior a los seis meses calculada al *último salario*; (iv) el trabajador recibirá por concepto de *prestaciones sociales* el monto que resulta mayor entre el total de la garantía depositada, de acuerdo a lo establecido en los literales "a" y "b", y el cálculo efectuado al final de la relación laboral de acuerdo al literal "c"; (v) si la relación de trabajo termina antes de los tres primeros meses, el pago que le corresponde al trabajador por concepto de *prestaciones sociales* será de cinco días de *salario* por mes trabajado o fracción; (vi) el pago de las *prestaciones sociales* se hará dentro de los cinco días siguientes a la terminación de la relación laboral y, de no cumplirse el pago, generará intereses de mora a la *tasa activa* determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos del país.

---

<sup>41</sup> Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores. Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario, del 07-05-2012.

Además, el artículo 146 LOTTT resalta el derecho de los funcionarios públicos o empleados públicos nacionales, estatales o municipales, a regirse por todo lo dispuesto en el Capítulo III (De las Prestaciones Sociales), del Título III (De la Justa Distribución de la Riqueza y las Condiciones de Trabajo) de la LOTTT.

Todo lo anterior, alude a la *cesación definitiva* de la relación de trabajo existente entre la Administración Pública y el funcionario público, sea por voluntad del funcionario, por decisión del cuerpo legislativo, de la administración o de los órganos jurisdiccionales, y de hechos extraños a la *voluntad humana*<sup>42</sup>. Dicha cesación ocurre por ocho razones a saber:

(1) *Dimisión o Renuncia*: manifestación unilateral del funcionario, mediante la cual expresa su voluntad de separarse definitivamente del cargo que ejerce; no pueden renunciarse los cargos de aceptación forzosa. Para que la renuncia produzca efectos, debe ser aceptada. El funcionario tiene la facultad de retirar en cualquier momento su renuncia, obviamente mientras no se haya producido la aceptación de aquélla. Es importante destacar que en tanto no se acepte la renuncia del funcionario e instalado en el cargo al sucesor, el funcionario renunciante continúa investido de la plenitud de facultades inherentes al cargo y está obligado a cumplir los deberes correlativos. Salvo disposición expresa de la ley, la autoridad calificada para conocer de la renuncia es la misma que tiene la potestad para hacer el nombramiento respectivo<sup>43</sup>.

La renuncia puede ser tácita. Por ello, a pesar que el ordinal 1 del artículo 78 LEFP exige la renuncia de forma escrita, puede ser *tácita* en el caso previsto en el artículo 148 de la Constitución Bolivariana mencionado anteriormente, esto es, mediante la aceptación de un segundo destino público remunerado, lo cual implica la renuncia del primero<sup>44</sup>.

(2) *Supresión del Cargo*: la supresión del cargo público separa definitivamente al funcionario que lo desempeña, de la Administración Pública. La facultad ordinaria de los órganos legislativos y excepcionales del Poder Ejecutivo, de suprimir cargos públicos por razones de interés general de la comunidad, no puede ceder ante el *interés particular* del funcionario o empleado. Para que la supresión del cargo sea *lícita*, debe fundarse en razones

---

<sup>42</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 406.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 407.

de interés general, tales como: limitaciones financieras, reajustes presupuestarios, modificación de los servicios o cambios en la organización administrativa, y no debe consistir en un simple cambio de denominación hecho con la finalidad de desalojar del servicio al titular del cargo<sup>45</sup>.

El artículo 78 LEFP impone que en caso de *reducción de personal*, aprobada en Consejo de Ministros, la Administración Pública deberá *reubicar* al funcionario de carrera y, de no ser esto posible, quedará retirado y se le pagarán las *indemnizaciones* por la terminación de la relación de trabajo por causas ajenas al trabajador, establecidas en el artículo 92 de la LOTT<sup>46</sup>.

Es decir, el último aparte del artículo 78 LEFP indica que si el *retiro* del funcionario público de carrera se produjo por alguna medida de reducción de personal acordada en Consejo de Ministros, debido a limitaciones financieras, cambios en la organización administrativa, entre otras, antes de ser retirado debe ser *reubicado*: a tal fin, gozará de un mes de *disponibilidad* a los efectos de su *reubicación*, por el cual el funcionario tiene derecho a percibir su sueldo y complementos que le correspondan. De no ser posible la *reubicación* del funcionario, será *retirado* del servicio con el pago de las *prestaciones sociales* conforme a la LOTT e *incorporado* al Registro de Elegibles. En ese sentido, al funcionario se le aplicará el artículo 92 LOTT, el cual contempla la indemnización por terminación de la relación de trabajo por causas ajenas al trabajador: en caso de terminación de la relación de trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador, o en caso de despido sin razones que lo justifiquen cuando el trabajador manifestara su voluntad de no interponer el procedimiento para solicitar el *reenganche*<sup>47</sup>, el patrono deberá pagarle una *indemnización* equivalente al monto que le corresponde por las prestaciones sociales. Así, la *indemnización* será la prevista en el literal “c” del artículo 142 LOTT: treinta días por cada año de servicio, es decir, un mes de salario por cada año de *antigüedad* en el servicio o fracción superior a los seis meses calculada al último salario<sup>48</sup>.

**(3) Por decisión del Poder Ejecutivo:** el funcionario también queda retirado del servicio por decisión del Poder Ejecutivo, en los casos en que: (i) le ha sido acordada la *pensión de la jubilación*, por límites de edad y años de servicio; o (ii) por haberse *inhabilitado* para el desempeño de su cargo<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Véase, artículo 425 de la LOTT.

<sup>48</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 403.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 407.

(4) *Destitución*: es la manifestación unilateral de la Administración Pública mediante la cual el funcionario queda definitivamente separado del cargo. La facultad de destituir puede ser: (i) *discrecional*: cuando la autoridad que ejerce la facultad puede actuar a su *prudente arbitrio*, por los motivos que estime convenientes, sin obligación de expresar las razones de su decisión; o (ii) *reglada*: cuando sólo puede ejercerse la facultad, basada en las causales determinadas en el artículo 86 LEFP<sup>50</sup>.

(5) *Mediante sentencia*: la relación entre el funcionario y la Administración Pública también puede cesar mediante sentencia de órgano jurisdiccional, ya sea: (i) cuando un tribunal declara la nulidad de un nombramiento o elección por irregularidad jurídica; o bien (ii) cuando los jueces penales condenan a un funcionario a la pena de destitución de empleo, produciendo como efecto la separación del funcionario del empleo, sin poder ejercerlo otra vez sino por

---

<sup>50</sup> *Ibidem*. Se incluyen como causales: 1. Haber sido objeto de tres amonestaciones escritas en el transcurso de seis meses; 2. El cumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas; 3. La adopción de resoluciones, acuerdos o decisiones declarados manifiestamente ilegales por el órgano competente, o que causen graves daños al interés público, al patrimonio de la Administración Pública o al de los ciudadanos. Los funcionarios públicos que hayan coadyuvado en alguna forma a la adopción de tales decisiones estarán igualmente incurso en esta causal; 4. La desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario público, salvo que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal; 5. El incumplimiento de la obligación de atender los servicios mínimos acordados que hayan sido establecidos en caso de huelga; 6. Falta de probidad, vías de hecho, injuria, insubordinación, conducta inmoral en el trabajo o acto lesivo al buen nombre o a los intereses del órgano o ente de la Administración Pública; 7. La arbitrariedad en el uso de la autoridad que cause perjuicio a los subordinados o al servicio; 8. Perjuicio material severo causado intencionalmente o por negligencia manifiesta al patrimonio de la República; 9. Abandono injustificado al trabajo durante tres días hábiles dentro del lapso de treinta días continuos; 10. Condena penal o auto de responsabilidad administrativa dictado por la Contraloría General de la República; 11. Solicitar o recibir dinero o cualquier otro beneficio, valiéndose de su condición de funcionario público; 12. Revelación de asuntos reservados, confidenciales o secretos de los cuales el funcionario público tenga conocimiento por su condición de tal; 13. Tener participación por sí o por interpuestas personas, en firmas o sociedades que estén relacionadas con el respectivo órgano o ente cuando estas relaciones estén vinculadas directa o indirectamente con el cargo que se desempeña; y 14. Haber recibido tres evaluaciones negativas consecutivas, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 LEFP. En ese sentido, el artículo 58 LEFP indica que la evaluación debe realizarse dos veces por año, sobre la base de los registros continuos de actuación que debe llevar cada supervisor. Y en el proceso de evaluación, agrega el único aparte del artículo 58 LEFP, el funcionario debe conocer los objetivos del desempeño a evaluar, los cuales deben ser acordes con las funciones inherentes al cargo.

nueva elección o nombramiento; y, en general, (iii) en caso de ser condenado el funcionario a penas de presidio o prisión, las cuales llevan como pena accesoria la inhabilitación política, que produce, en consecuencia, la privación de los cargos o empleos públicos que tenga el funcionario<sup>51</sup>.

(6) *La expiración del término legal*: la expiración del término legal fijado para el desempeño, produce la cesación de las funciones del funcionario público. LARES MARTÍNEZ señala que, a falta de una disposición legal expresa, los funcionarios y empleados públicos designados por un período determinado, aun después de la expiración del término legal, y dada la necesidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos, conservan su investidura y están en el deber de proseguir cumpliendo sus obligaciones oficiales hasta que sean sustituidos legalmente. En lo que respecta al vencimiento del *período presidencial* como falta absoluta del Presidente, la Constitución Bolivariana prevé la posibilidad de que haya demora en la toma de posesión del Presidente electo dentro del término previsto y dispone para ese caso, que el Presidente de la República resigne a sus poderes ante el Presidente de la Asamblea Nacional (primer aparte del artículo 233 CRBV)<sup>52</sup>.

(7) *Llegada al límite de edad*: la llegada al límite de edad fijado en la Ley, hace cesar en las funciones al funcionario público<sup>53</sup>.

(8) *Fallecimiento*: el fallecimiento del funcionario público pone fin a la relación funcional. El ejercicio de funciones públicas tiene un carácter eminentemente personal, no transmisible a los herederos. En Venezuela, legalmente hablando, no existen cargos hereditarios<sup>54</sup>.

(viii) *Protección Integral a la Maternidad* (artículo 29 LEFP): las funcionarias públicas en *estado de gravidez* (embarazo), gozan de la *protección integral a la maternidad* en los términos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. No obstante, las controversias que puede dar lugar la presente disposición serán sustanciadas y decididas por los tribunales con competencia en lo Contencioso Administrativo Funcionarial.

---

<sup>51</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, pp. 407 y 408.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

En ese sentido, el artículo 29 LEFP garantiza lo establecido en el artículo 76 de la Constitución<sup>55</sup>. Debe destacarse que la *protección integral a la maternidad* de las funcionarias públicas en estado de *gravidez*, al igual que la *prestación de antigüedad* de todos los funcionarios públicos, no está previsto dentro del artículo 6 de la LOTT; sin embargo, es un *derecho* que sí está consagrado dentro del artículo 76 de la CRBV y dentro del artículo 29 de la LEFP, el cual remite la *protección integral a la maternidad* de las funcionarias a las leyes laborales.

Así, la LOTT, profundiza lo establecido en artículo 29 LEFP y el artículo 76 CRBV, pues, el artículo 331 LOTT señala la protección a la maternidad, indicando que en el *proceso social de trabajo* y desde cada entidad, se protegerá a la *maternidad* y se apoyará a los padres en el cumplimiento de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos. El artículo 332 LOTT, establece la prohibición de exigir examen médico, pues, en ningún caso, el patrono exigirá a la *mujer aspirante a un trabajo* que se someta a exámenes médicos o de laboratorio destinados a diagnosticar *embarazo*, ni algún otro de similar naturaleza, tampoco podrá pedirle la presentación de certificados médicos con tales fines.

El artículo 333 LOTT, habla sobre las actividades prohibidas por razones de embarazo: la trabajadora en estado de *gravidez* estará exenta de realizar cualquier tipo de tare o actividad que pueda poner en peligro su vida y la de su hijo en proceso de gestación. El artículo 334 LOTT, establece la necesidad de traslado para proteger el embarazo: la trabajadora *embarazada* deberá ser trasladada de su lugar de trabajo a otro sitio cuando se presuma que las condiciones de trabajo puedan afectar el desarrollo normal del *embarazo*, sin que pueda rebajarse su salario o desmejorarse sus condiciones por ese motivo. El artículo 335 LOTT, impone la protección especial: con el cual la trabajadora en esta de *gravidez*, gozará de *protección especial de inamovilidad*<sup>56</sup> desde el inicio del *embarazo* y hasta dos años después del parto, conforme a lo previsto en la ley. La *protección especial de inamovilidad* también se aplicará a la

---

<sup>55</sup> “La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos. // El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquél o aquella no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria”.

<sup>56</sup> Véase artículos 94 y 418 de la LOTT.

trabajadora durante los dos años siguiente a la colocación familiar de niños menores de tres años.

El artículo 336 LOTTT establece el descanso pre y post natal, donde la trabajadora en estado de *gravidez* tendrá *derecho a un descanso* durante seis semanas antes del parto y veinte semanas después, o por un tiempo mayor a causa de una enfermedad, que según dictamen médico le impida trabajar. El único aparte indica que en estos casos conservará su *derecho al trabajo* y al *pago de su salario*, de acuerdo con lo establecido en la normativa que rige la Seguridad Social. El artículo 337 LOTTT sostiene la prolongación del descanso prenatal: cuando el parto sobrevenga después de la fecha prevista, el descanso prenatal se prolongará hasta la fecha del parto y la duración del descanso postnatal no podrá ser reducida. Y el artículo 338 LOTTT dispone la acumulación de los descansos pre y post natal: cuando la trabajadora no haga uso de todo el descanso prenatal, por autorización médica o porque el parto sobrevenga antes de la fecha prevista, o por cualquier otra circunstancia, el tiempo no utilizado se acumulará al período de descanso postnatal. El único aparte indica que los “descansos de maternidad” son *irrenunciables*.

Por otra parte, el Estatuto también menciona los “derechos exclusivos” de los Funcionarios Públicos de Carrera, tales como el *derecho a la estabilidad*, *derecho al ascenso*, y el *derecho a indemnizaciones* en los casos que, por causas estipuladas en la Ley, puedan ser retirados los funcionarios públicos de la Carrera Administrativa<sup>57</sup>:

(i) *Estabilidad*<sup>58</sup> (artículo 30 LEFP): los funcionarios públicos de carrera que ocupan *cargos de carrera*, gozan de *estabilidad* en el desempeño de sus cargos. Por ello, sólo pueden ser retirados del servicio por las causales contempladas en el Estatuto.

De esta forma, el artículo 78 LEFP, indica los siete casos en que pueden ser retirados los funcionarios públicos de la Administración Pública: (i) por renuncia escrita del funcionario público debidamente aceptado; (ii) pérdida de la nacionalidad; (iii) interdicción civil<sup>59</sup>; (iv) jubilación y por invalidez de conformidad con la ley; (v) reducción de personal debido a limitaciones financieras, cambios en la organización administrativa, razones técnicas o la

<sup>57</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 402.

<sup>58</sup> Según el artículo 85 LOTTT, es el *derecho* que tienen los trabajadores a permanecer en sus puestos de trabajo. La LOTTT dispone lo conducente para limitar toda forma de *despido no justificado*, conforme a la CRBV.

<sup>59</sup> Entiéndase el “entredicho” que, según el artículo 393 del Código Civil Venezolano, es el mayor de edad y el menor emancipado que se encuentran en estado habitual de *defecto intelectual* que los haga *incapaces* de proveer sus propios intereses, aunque tengan intervalos lúcidos. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26-07-1982.

supresión de una dirección, división o unidad administrativa del órgano o ente. La *reducción de personal* será autorizada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, por los consejos legislativos en los estados o por los consejos municipales en los municipios; (vi) estar incurso en causal de *destitución*; y (vii) cualquier otra causa prevista en el Estatuto.

Por último, el artículo 30 LEFP, da cumplimiento al artículo 93 CRBV que consagra la *estabilidad* como un *derecho social*: la ley garantizará la *estabilidad* en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de *despido no justificado*. Los despidos contrarios a la Constitución son *nulos*.

(ii) *Derecho al Ascenso* (artículo 31 LEFP): los funcionarios públicos de carrera que ocupan *cargos de carrera*, tienen *derecho al ascenso* en los términos previstos en el Estatuto y sus reglamentos. Esto significa el derecho a ocupar distintos escalafones establecidos en el Sistema de Clasificación de Cargos; en ese sentido, los *ascensos* deben otorgarse por orden de *méritos*, de acuerdo a la *calificación* obtenida en las evaluaciones correspondientes, y para la provisión de *cargos vacantes de carrera* debe darse prioridad a los candidatos inscritos en el Registro de Ascensos del órgano que se trate o en los registros de la Administración Pública<sup>60</sup>.

(iii) *Derecho a organizarse sindicalmente*, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga (artículo 32 LEFP): los funcionarios públicos de carrera que ocupan *cargos de carrera*, tienen el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública. Todos los conflictos a los cuales diera lugar la disposición legal del artículo 32, serán conocidos por los tribunales competentes en lo Contencioso Administrativo Funcionario (único aparte del artículo 32 LEFP).

---

<sup>60</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 403.

De esta manera, el artículo 32 LEFP cumple con los artículos 95<sup>61</sup>, 96<sup>62</sup> y 97<sup>63</sup> de la Constitución que consagran el *derecho a organizarse sindicalmente*, el *derecho a la convención colectiva* y a la *solución pacífica de los conflictos*, y el *derecho a la huelga* respectivamente.

Debe destacarse que el *derecho* de los funcionarios públicos de carrera a *organizarse sindicalmente*, al igual que la *prestación de antigüedad* de todos los funcionarios públicos y la *protección integral a la maternidad* reconocido a las funcionarias públicas en estado de *gravidez*, tampoco está previsto dentro del artículo 6 de la LOTT; sin embargo, es un *derecho* que sí está consagrado dentro del artículo 95 de la CRBV para todos los trabajadores en general, sin *distinción alguna*, y dentro del artículo 32 de la LEFP para los funcionarios públicos de carrera, el cual, a su vez, remite el *derecho a organizarse sindicalmente* de los funcionarios públicos de carrera a las leyes laborales, pues, los funcionarios públicos son considerados por la LOTT como trabajadores al servicio de la Administración Pública.

## II. RÉGIMEN LABORAL APLICADO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

Anteriormente pudo observarse que, en Venezuela, la “Función Pública” se encuentra regida por la CRBV de 1999 y la LEFP. Sin embargo, existen otras

---

<sup>61</sup> “Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como el de afiliarse o no a ellas, de conformidad con la ley. Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Los trabajadores y trabajadoras están protegidos contra todo acto de discriminación o de injerencia contrarios al ejercicio de este derecho. Los promotores, promotoras e integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones. // Para el ejercicio de la democracia sindical, los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales establecerán la alternabilidad de los y las integrantes de las directivas y representantes mediante el sufragio universal, directo y secreto. Los y las integrantes de las directivas y representantes sindicales que abusen de los beneficios derivados de la libertad sindical para su lucro o interés personal, serán sancionados de conformidad con la ley. Los y las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales estarán obligados a hacer declaración jurada de bienes”.

<sup>62</sup> “Todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley. El Estado garantizará su desarrollo y establecerá lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales. Las convenciones colectivas ampararán a todos los trabajadores y trabajadoras activos y activas al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad”.

<sup>63</sup> “Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley”.

leyes que inciden y afectan, supletoriamente, a la “Función Pública”, tal es el caso de la LOTTT de 2012.

En ese sentido, la LOTTT rige a la Función Pública, cuando habla de los trabajadores al servicio de la Administración Pública, en su artículo 6:

Trabajadores y Trabajadoras al servicio de la Administración Pública. Artículo 6. Los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales se registrarán por las normas sobre la función pública en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad, jubilaciones, pensiones, régimen jurisdiccional; y por los beneficios acordados en esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

Los funcionarios públicos y funcionarias públicas que desempeñen cargos de carrera, tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a ejercer el derecho a la huelga, de conformidad con lo previsto en esta Ley, en cuanto sea compatible con la naturaleza de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública.

Los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada, se registrarán por las normas contenidas en esta Ley, la de Seguridad Social y su contrato de trabajo.

Los obreros y obreras al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados, estarán amparados y amparadas por las disposiciones de esta Ley y la de Seguridad Social.

El tiempo desempeñado en la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada, será considerado para todos los efectos legales y contractuales como tiempo de servicio efectivamente prestado y computado a la antigüedad.

Es de observarse que el artículo 6 LOTTT indica que los trabajadores al servicio de la Administración Pública solamente se registrarán por la LOTTT cuando se trate de los *beneficios* acordados en ella, que no estén previstos en la LEFP. En ese sentido, el artículo 6 LOTTT señala quiénes son considerados trabajadores al servicio de la Administración Pública para que puedan gozar de tales *beneficios* acordados en la LOTTT: (i) *funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera*: tienen derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a ejercer el derecho a huelga, de conformidad con lo previsto en la LOTTT, cuando sea compatible con la naturaleza de los servicios que prestan y las exigencias de la Administración Pública; (ii) *trabajadores contratados*: se rigen por las normas contenidas en la LOTTT, la de Seguridad Social y su contrato de trabajo; y (iii) *obreros*: están amparados por las disposiciones de la LOTTT y la de Seguridad Social.

Además, el tiempo desempeñado dentro de la *Administración* es considerado, para todos los efectos legales y contractuales, como tiempo de servicio *efectivamente prestado* y computado a la *antigüedad*.

De esta forma, la LOTTT aglutina con suma ligereza a *funcionarios con cargos de carrera, trabajadores contratados y obreros*, bajo una misma denominación de trabajadores al servicio de la Administración Pública: todo ello, en razón de la *evolución* que ha sufrido la Ley del Trabajo y la progresiva incorporación de los funcionarios públicos a las leyes laborales venezolanas, ya que el artículo 6 de la LOTTT, es una mera *evolución y ampliación* del artículo 8 de la anterior Ley Orgánica del Trabajo del 19-06-1997 (verdadera Reforma Parcial de la Ley Orgánica de 1991), tal y como se apreciará más adelante.

Por otra parte, el artículo 5 LOTTT exceptúa de las disposiciones de la Ley a los miembros de los Cuerpos Armados. Sin embargo, las autoridades respectivas dentro de sus atribuciones establecerán, *por vía reglamentaria*, los *beneficios* de los que deberá gozar el personal que allí presta servicios, los cuales no serán inferiores a los de los trabajadores regidos por la LOTTT, en cuanto sea compatible con la naturaleza de sus labores. El único aparte del artículo 5 LOTTT, sostiene que se entenderá por Cuerpos Armados los que integran la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (FANB) y los servicios policiales, los cuales se regirán por sus estatutos orgánicos o normativas especiales, quienes se encuentran directamente vinculados a la seguridad y defensa de la Nación y al mantenimiento del orden público.

## **1. Evolución de la función pública dentro de la legislación laboral venezolana**

Según el artículo 6 de la segunda Ley del Trabajo dictada en el año 1936, que estuvo vigente hasta el 01-05-1991 –por cierto, fecha en la cual se celebraba *internacionalmente* el “día del trabajador”–, no estaban sometidos a la Ley del Trabajo los *miembros de los cuerpos armados* ni los *funcionarios o empleados públicos*. Existían dos regímenes distintos, claramente diferenciados: (i) los funcionarios o empleados públicos que estaban regidos exclusivamente por las normas sobre carrera administrativa o reglas comprendidas en regímenes legales especiales; y (ii) los trabajadores de las empresas de Derecho Privado que estaban regidos por la Ley del Trabajo<sup>64</sup>. De hecho, la Ley del Trabajo de 1936, sufrió muchas modificaciones o reformas parciales posteriores, siendo la primera de ellas el 04-05-1945, para, precisamente, excluir de la aplicación

---

<sup>64</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 374.

de la Ley del Trabajo a los *funcionarios públicos*, por considerarlos objeto de una *ley especial* que debía regular toda su relación laboral y sus funciones.

La *ley especial* que debía regular a los funcionarios públicos no llegó sino hasta el año de 1976, cuando se dictó la derogada Ley de la Carrera Administrativa (LCA), la cual, dentro de su artículo 23, reconoció a los funcionarios públicos sujetos a la Ley el *derecho a organizarse sindicalmente* para la defensa y protección de los derechos que la LCA y su Reglamento les confería. Su párrafo único añadía que en cada organismo de la Administración Pública Nacional a cuyos funcionarios se aplique la LCA, dos directivos sindicales de los empleados públicos al servicio del mismo, tendrán *derecho a que se les otorgue permiso remunerado* para el cumplimiento de sus funciones de *dirigentes sindicales*, de conformidad con el Reglamento<sup>65</sup>. Dicho artículo 23 de la LCA de 1976, *evoluciona* en el actual artículo 32 de la LEFP.

Así mismo, el artículo 26 de la LCA estableció el *derecho* de los funcionarios públicos a *percibir prestaciones sociales*, el cual *evoluciona* en el actual artículo 28 de la LEFP. Posteriormente, fue incluida la *protección integral a la maternidad* reconocida a las funcionarias públicas en estado de *gravidez* (embarazo), dentro del artículo 29 LEFP.

En relación con los miembros de los Cuerpos Armados, el artículo 5 de la LOTT mantiene el sistema de *exclusión absoluta* del artículo 7 de la Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, que, a su vez, seguía la exclusión de los Cuerpos Armados dentro del Artículo 7 de la anterior Ley Orgánica del Trabajo de 1990. En cambio, las innovaciones aparecieron en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, continuado por el artículo 8 de la Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, que incluyó a los empleados públicos dentro de la aplicación de la LOT al prever<sup>66</sup>:

EMPLEADOS PÚBLICOS. Artículo 8. Los funcionarios o empleados públicos Nacionales, Estadales o Municipales se regirán por las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

Los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera, tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, de conformidad con lo previsto en el Título VII de esta Ley, en

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 376. Y *Principales Leyes y sus Reglamentos (Compilaciones C. Mendoza - Neira)*, Tomo I. Ediciones Mendoza Álvarez & Asociados. Caracas, 1989, pp. 426 y 428.

<sup>66</sup> César Augusto Carballo Mena y Humberto Villasmil Prieto: *Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, Anotado y concordado*. Editorial Texto. Caracas, 1999, pp. 34 y 35.

cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública.

Los obreros al servicio de los entes públicos estarán amparados por las disposiciones de esta Ley.

Puede notarse que el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, continuado de igual forma por el artículo 8 de la Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, sometió a la aplicación de la Ley del Orgánica del Trabajo a los *funcionarios o empleados públicos Nacionales, Estadales o Municipales*, quienes solamente gozarían de los beneficios acordados en LOT en todo lo no previsto por las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales; y además, los *funcionarios o empleados públicos que desempeñan cargos de carrera tienen derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga*, en cuanto sea compatible con los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública. Esta disposición evolucionó en el actual artículo 6 de la actual LOTT de 2012.

En ese sentido, como ha podido notarse, la *evolución* de la legislación laboral venezolana y la de las leyes que rigen a la Función Pública en Venezuela, ha sido la de conferirle a los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera, el *derecho a la negociación colectiva*, el *derecho a la solución pacífica de los conflictos* y el *derecho a la huelga*; sin dejar a un lado, aquellos *derechos laborales* reconocidos dentro de la LEFP: la *prestación de antigüedad* de todos los funcionarios públicos, la *protección integral a la maternidad* reconocida a las funcionarias públicas en estado de *gravidez* y el *derecho a organizarse sindicalmente* de los funcionarios públicos de carrera; son todos *derechos laborales* de los funcionarios públicos que no se encuentran señalados dentro del artículo 6 LOTT y, sin embargo, son derechos que se rigen íntegramente por las disposiciones establecidas en la LOTT.

## 2. El régimen jurisdiccional

Según el artículo 6 LOTT, los funcionarios públicos están sujetos, en cuanto al *régimen jurisdiccional*, a las normas dictadas sobre la Función Pública. Ello significa que son las normas referentes a la Función Pública las que determinan la competencia para conocer y decidir acerca de las acciones que interpongan los funcionarios públicos para hacer valer los derechos emanados de la relación de empleo público. En ese sentido, quedan completamente fuera de la *jurisdicción laboral* los procedimientos intentados con motivo de conflictos derivados de la relación de empleo público<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 375.

No corresponde a este trabajo hacer un análisis procesal del Contencioso Administrativo Funcionarial contenido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la CRBV, por tanto, solamente se limitará a señalar el artículo 93 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual indica que corresponderá a los tribunales competentes en materia Contencioso Administrativo Funcionarial, conocer y decidir todas las controversias que se susciten con motivo de la aplicación del Estatuto y: (i) las reclamaciones que formulen los funcionarios públicos o aspirantes a ingresar en la Función Pública, cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la Administración Pública; y (ii) las solicitudes de declaratoria de nulidad de las cláusulas de los *convenios colectivos*.

### **3. Aplicación supletoria de la LOTTT a los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales**

La parte final del encabezamiento del artículo 6 LOTTT, indica que los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales gozarán de los beneficios acordados en esta Ley, en todo lo no previsto en los ordenamientos sobre la *Función Pública*. Es decir, los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales disfrutarán de los beneficios acordados en la LOTTT que no estén previstos en las normas sobre la *Función Pública* que hayan sido dictadas por la Asamblea Nacional, los consejos legislativos estatales y los consejos municipales; y se regirán por normas sobre la *Función Pública*, en todo lo relativo a su *ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad, jubilaciones, pensiones y régimen jurisdiccional*. En pocas palabras, las disposiciones de la ley laboral se aplicarán *supletoriamente* en beneficio de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales<sup>68</sup>.

### **4. Derechos laborales de los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera**

El primer aparte del artículo 6 LOTTT confiere a los funcionarios públicos que desempeñen cargos de carrera, el *derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga*. Los límites de estos *derechos laborales* son su compatibilidad con la naturaleza de los servicios que prestan los funcionarios públicos y las exigencias de la Administración Pública.

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 375 y 376.

Por otro lado, la *prestación de antigüedad* de todos los funcionarios públicos (artículos 92 CRBV y 28 LEFP), la *protección integral a la maternidad* reconocido a las funcionarias públicas en estado de *gravidez* (artículos 76 CRBV y 29 LEFP), y el *derecho a organizarse sindicalmente* de los funcionarios públicos de carrera (artículos 95 CRBV y 32 LEFP), son *derechos laborales* de los funcionarios públicos que no se encuentran señalados dentro del artículo 6 LOTTT, sin embargo, son derechos que se rigen íntegramente por las disposiciones establecidas en la LOTTT.

Por último, debe señalarse que, según el numeral 2 del artículo 89 de la CRBV, tales *derechos laborales* (el *derecho a la negociación colectiva*, a la *solución pacífica de los conflictos* y a la *huelga* todos reconocidos a los funcionarios públicos que desempeñen cargos de carrera, la *prestación de antigüedad* de todos los funcionarios públicos, la *protección integral a la maternidad* reconocido a las funcionarias públicas en estado de *gravidez*, y el *derecho a organizarse sindicalmente* de los funcionarios públicos de carrera) también son *irrenunciables* para los funcionarios públicos.

#### **A. Derecho a la negociación colectiva**

Según el artículo 431 LOTTT, en concordancia con el artículo 96 de la CRBV y el artículo 32 de la LEFP, la LOTTT favorecerá armónicas relaciones colectivas entre trabajadores (vale decir funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera) y patronos (Administración Pública), para la protección del trabajo y el desarrollo del trabajador para alcanzar los fines del Estado. Para ello, su único aparte indica que todos los trabajadores tienen derecho a la *negociación colectiva* y a celebrar *convenciones colectivas de trabajo* bajo los requisitos señalados en la LOTTT, para establecer las condiciones en las cuales debe prestarse el trabajo, los derechos y las obligaciones que correspondan a cada una de las partes, con el fin de proteger el trabajo y lograr la *justa distribución de la riqueza*.

Además, el artículo 432 LOTTT señala los efectos de la convención colectiva, y es que las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo tienen la “característica especial” de convertirse en *cláusulas obligatorias y parte integrante de los contratos individuales de trabajo* celebrados o que se celebren durante su vigencia en el ámbito de la aplicación de la convención, aun para aquellos trabajadores que no sean integrantes de la organización sindical que haya suscrito la convención. Las estipulaciones de las convenciones colectivas beneficiarán a todos los trabajadores de la entidad de trabajo, aun cuando ingresen con posteridad a su celebración. Excepto los representantes del patrono a quienes les corresponde autorizar y participan en su discusión, salvo disposición en contrario de las partes.

Así mismo, el único aparte del artículo 432 LOTTT indica que cuando una entidad de trabajo tenga departamentos o sucursales en localidades que correspondan a jurisdicciones distintas, la convención colectiva que celebre con la organización sindical que represente a la mayoría de sus trabajadores, se aplicará a los demás departamentos o sucursales.

LARES MARTÍNEZ recuerda que sobre la *convención colectiva de trabajo* no rige el principio del Derecho Civil conforme al cual los contratos solamente producen efectos entre las partes contratantes. Por el contrario, la *convención colectiva de trabajo* tiene la naturaleza jurídica de los actos-reglas, es decir, aquellos actos jurídicos creadores de derechos y obligaciones para un conjunto indeterminado de personas: para todas aquellas que se encuentren en las condiciones de hecho previstas en la LOTTT. En ese sentido, la *convención colectiva de trabajo* que llegase a celebrarse entre un sindicato de funcionarios públicos y un organismo público no puede establecer condiciones de trabajo que derogasen o relajasen las disposiciones legales en el que esté interesado el orden público y las buenas costumbres. Según el artículo 6 LOTTT, la *convención colectiva de trabajo* tampoco puede regular las materias que se rigen por las normas de la *Función Pública: ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad, jubilaciones, pensiones y régimen jurisdiccional*. En cambio, sí pueden ser objeto de la *convención colectiva de trabajo* celebrado entre un sindicato de funcionarios públicos y la Administración Pública: las *prestaciones sociales* (salvo cuando ellas sean una consecuencia directa e inseparable del *retiro* o de la *estabilidad*), los *permisos* y las *licencias*, la *duración de la jornada de trabajo* y el *régimen de vacaciones*. Por último, debe destacarse, que sólo tienen derecho a participar en la *negociación colectiva de trabajo* los funcionarios que desempeñen cargos de carrera<sup>69</sup>.

## B. Derecho a la solución pacífica de los conflictos

Los funcionarios públicos de carrera también tienen *derecho a la solución pacífica de los conflictos*: ello va referido a los *pliegos conflictivos* dentro del Conflicto Colectivo de Trabajo contenido en la LOTTT. De esta forma, el artículo 472 LOTTT habla de la normativa aplicable para las negociaciones y conflictos colectivos que surjan entre una o más organizaciones sindicales de trabajadores y uno o más patronos, para modificar las condiciones de trabajo, para reclamar el cumplimiento de las convenciones colectivas, o para oponerse a que se adopten determinadas medidas que afecten a los trabajadores: todo ello se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en la LOTTT.

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 377 y 378.

El artículo 473 LOTTT señala la mediación para la solución pacífica previa al conflicto, donde los funcionarios del Trabajo, procurarán la solución armónica de las diferencias que surjan entre patronos y trabajadores, aún antes que las mismas revistan carácter conflictivo por hecho público o por la presentación del pliego correspondiente, sin que ello pueda ser alegado para negar su admisión. Su único aparte reza que las organizaciones sindicales llevarán a cabo los procedimientos previamente establecidos con miras a la solución de las diferencias que surjan entre las partes, y deberán cumplirlos antes de la iniciación del *proceso conflictivo*.

El artículo 474 LOTTT sostiene las negociaciones previas, donde el Inspector del Trabajo, al tener conocimiento de que está planteada o por plantearse una diferencia de naturaleza colectiva, procurará abrir una etapa breve de negociaciones entre el patrono y la organización sindical respectiva, y podrá participar en ellas personalmente o por medio de un representante, para interesarse en armonizar sus puntos de vista e intereses. Su único aparte señala que en ningún caso se coartará el *derecho* de la organización sindical a *presentar el pliego de peticiones* cuando los juzgue conveniente.

El artículo 475 LOTTT dispone la notificación a la Procuraduría General cuando se plantee un conflicto colectivo relacionado con un servicio público u organismo dependiente del Estado; para ello, el Inspector del Trabajo notificará de inmediato a la Procuraduría General de la República, a la Procuraduría Estadal o a la Sindicatura Municipal, según sea el caso.

El artículo 476 LOTTT señala las causas de un pliego conflictivo, indicando que el *procedimiento conflictivo* comenzará con la presentación ante la Inspectoría del Trabajo de un pliego de peticiones, en el cual la organización sindical expondrá sus planteamientos. Para su admisión, debe cumplir alguna de las siguientes condiciones: (i) que el patrono haya dejado de asistir a la negociación de la convención colectiva debidamente convocada o que hayan culminado los lapsos establecidos para la negociación de una convención colectiva de trabajo sin que se haya logrado acuerdo entre las partes; (ii) que hayan culminado los lapsos para la negociación de una convención colectiva de trabajo debidamente convocada o que hayan culminado los lapsos establecidos para la negociación de una convención colectiva de trabajo sin que se haya logrado acuerdo entre las partes; (iii) que hayan culminado los lapsos establecidos para la negociación de una convención colectiva de trabajo en Reunión Normativa Laboral y la representación de los trabajadores haya rechazado la posibilidad de arbitraje; (iv) que se hayan agotado los procedimientos conciliatorios previstos legalmente y los pactados en las convenciones colectivas que se tengan suscritas; y (v) cuando el patrono haya

incumplido los acuerdos derivados de la negociación reciente de un pliego de peticiones.

El artículo 477 LOTTT advierte de la prohibición de nuevos planteamientos, porque ya una vez presentado un pliego de peticiones contentivo de uno o más planteamientos, durante la discusión del mismo y hasta su definitiva solución, la organización sindical presentante no podrá hacer nuevos planteamientos y reclamos, salvo que se trate de hechos ocurridos con posteridad a la presentación del pliego.

El artículo 479 LOTTT habla sobre la Junta de Conciliación, pues, una vez admitido el pliego, el Inspector del Trabajo solicitará de la organización sindical, por una parte, y del patrono, por la otra, la designación, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, de dos representantes principales y de un suplente por cada parte, para constituir la Junta de Conciliación, la cual estará presidida por el Inspector del Trabajo o a quien éste designe, y funcionará de acuerdo a lo siguiente<sup>70</sup>.

El artículo 480 LOTTT agrega el acuerdo de la Junta de Conciliación, donde la Junta de Conciliación continuará reuniéndose hasta que haya acordado una recomendación unánimemente aprobada, o hasta que haya decidido que la conciliación es imposible. La recomendación de la Junta de Conciliación o en su defecto, el acta en que se deja constancia que la conciliación ha sido imposible, pondrá fin a esta etapa del procedimiento. El segundo aparte del artículo 480 LOTTT, dice que la recomendación de la Junta de Conciliación, podrá contener términos específicos de arreglo o la recomendación que la disputa sea sometida a arbitraje. A falta de otra

---

<sup>70</sup> De acuerdo con el mismo artículo el funcionamiento de la Junta opera del modo siguiente: 1) dentro de las veinticuatro horas siguientes, se instalará la Junta de Conciliación. En caso de ausencia o incapacidad de uno de los representantes, será sustituido por su respectivo suplente. 2) Los representantes sindicales de la Junta de Conciliación deberán ser trabajadores de la entidad de trabajo contra las que se promueva el conflicto, y los representantes de la entidad de trabajo deberán ser el patrono o miembros del personal directivo de la entidad de trabajo. Ambos podrán estar acompañados por los asesores que a tal efecto designen. 3) El funcionario del Trabajo que preside la Junta de Conciliación, intervendrá en sus deliberaciones con el propósito de armonizar el criterio de las partes o mediar para lograr acuerdos. 4) Los suplentes podrán asistir también a las reuniones, pero no tendrán derecho a voto, salvo que estén reemplazando a su representante titular. 5) En caso de que uno de los miembros suplentes de la Junta de Conciliación haya tenido que reemplazar definitivamente a un representante titular, el funcionario del Trabajo que presida la Junta exigirá inmediatamente a la parte respectiva que nombre, a la brevedad posible, otro suplente. 6) Ninguna sesión se podrá constituir válidamente sin la asistencia de un representante por lo menos, de cada una de las partes.

proposición de arbitraje deberá hacerla el presidente de la Junta de Conciliación.

El tercer aparte del artículo 480 LOTTT indica que si se decide que la conciliación es imposible, haya o no ocurrido la paralización de labores por *huelga*, y si los trabajadores rechazaren el arbitraje, el presidente de la Junta de Conciliación expedirá un informe fundado que contenga la enumeración de las causas del conflicto, un extracto de las deliberaciones y una síntesis de los argumentos expuestos por las partes. En dicho informe deberá establecerse expresamente alguno de los siguientes hechos: (i) que el arbitraje insinuado por el presidente de la Junta de Conciliación haya sido rechazado por ambas partes; (ii) que el arbitraje, aceptado o solicitado por una de las partes, la cual se determinará en el informe, haya sido rechazado por la otra. Por último, a ese informe se le dará la mayor publicidad posible.

El artículo 481 LOTTT plantea el conflicto de varias entidades de trabajo que forman parte de una misma rama de actividad económica, agrícola, industrial, comercial o de servicios, donde podrá tramitarse dicho conflicto como uno solo y acordarse la designación de una sola Junta de Conciliación.

Por último el artículo 482 LOTTT señala la finalización del procedimiento conflictivo con el arreglo entre las partes o la decisión de someter la disputa a arbitraje, dando por terminado el procedimiento conflictivo.

### C. Derecho a la huelga

Los funcionarios públicos de carrera también tienen *derecho a la huelga*. En ese sentido, el artículo 486 LOTTT explica el concepto de huelga, entendido como la suspensión colectiva de las labores por los trabajadores (en este caso los funcionarios públicos) interesados en un *conflicto colectivo de trabajo*. Para ello, se permitirá la presencia colectiva de trabajadores (funcionarios públicos) en las inmediaciones del lugar de trabajo (organismo público), una vez declarada la *huelga*. Por otro lado, el artículo 487 LOTTT indica los requisitos de la huelga, para que los trabajadores puedan iniciarla: (i) que haya sido presentado un *pliego de peticiones* conforme a la LOTTT; (ii) que hayan sido fijados los servicios mínimos indispensables y los servicios públicos esenciales que no serán afectados por la paralización de las labores; y (iii) que hayan transcurrido al menos ciento veinte horas desde el momento de la admisión del *pliego de peticiones*.

Con anterioridad a la LEFP, no existía el *derecho a la huelga* en el área de la Administración Pública, pues, ninguna disposición legal había autorizado

la *huelga* de funcionarios públicos en Venezuela<sup>71</sup>. Ahora, tanto la CRBV, como la LEFP y la LOTTT reconocen el *derecho a la huelga* de los funcionarios públicos en cargos de carrera administrativa, en cuanto sea compatible con la naturaleza de los servicios que prestan y las exigencias de la Administración Pública.

Existen, además, límites al *derecho a la huelga* en la LOTTT que también aplican a la Función Pública. Así, un primer límite lo establece el artículo 485 LOTTT que habla sobre el caso de *huelga*, y dispone que en caso de *huelga*, los trabajadores obligados a continuar prestando servicios, serán los estrictamente necesarios de conformidad con los requerimientos técnicos propios de la actividad. El segundo aparte del artículo 485 LOTTT indica que la organización sindical y el patrono acordarán el número de trabajadores que continuarán prestando servicio. El tercer aparte sostiene que la organización sindical podrá hacer las observaciones que estime pertinentes, cuando a su juicio se exija trabajo a personas, sin justificación suficiente. Y su cuarto y último aparte señala que los servicios mínimos indispensables de mantenimiento y seguridad de las entidades de trabajo, así como la producción de bienes y servicios esenciales, no podrán ser fijados con tal extensión que comprometan la eficacia de la *huelga* y los intereses a que está llamado a tutelar.

Por otro lado, un segundo límite al *derecho a la huelga* lo señala el artículo 488 LOTTT, cuando habla sobre la *huelga* en transporte, e indica que los trabajadores que presten *servicio en transporte terrestre* o en *transporte aéreo* no podrán suspender sus labores en sitios distintos a aquellos donde tengan su base de operaciones o sean terminales de itinerario dentro del territorio nacional. El segundo aparte del artículo 488 LOTTT, sostiene que los trabajadores que prestan servicio en *transporte marítimo* podrán declarar la *huelga* cuando la embarcación se encuentre fondeada en un puerto dentro del territorio nacional, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la LOTTT, y abandonarán el buque, excepto aquellos que tienen la *responsabilidad de custodiario*. El tercer y último aparte señala que mientras dure la *huelga*, el buque no podrá abandonar el puerto salvo que razones técnicas o económicas lo hagan indispensable.

El tercer y último límite al *derecho a la huelga*, lo indica el artículo 492 LOTTT que estipula el arbitraje obligatorio en caso de *huelga*, que por su extensión, duración o por otras circunstancias graves que pongan en peligro inmediato la vida o la seguridad de la población o de una parte de ella, aun cuando la Junta de Conciliación (artículos 479 y 480 LOTTT, anteriormente

---

<sup>71</sup> E. Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo... ob. cit.*, p. 378.

citados) no haya concluido sus labores, el Ministro del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante Resolución motivada, dará por terminado el procedimiento conflictivo y por tanto la *huelga*, y someterá el conflicto a *arbitraje*.

Es difícil precisar los límites del *derecho a la huelga* dentro de las circunstancias peculiares de la Administración Pública: en general, el Derecho Colectivo del Trabajo sólo puede ejercerse cuando sea compatible con la naturaleza de los servicios que prestan los funcionarios públicos y con las exigencias de la Administración Pública. Estos límites deben ser aclarados por la doctrina, y precisada en cada caso por la jurisprudencia venezolana<sup>72</sup>.

## 5. Régimen laboral aplicado a los trabajadores contratados al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada

El tercer aparte del artículo 6 LOTTT, sostiene que los *trabajadores contratados* al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada, se regirán por las normas contenidas en la LOTTT, la de Seguridad Social y su *contrato de trabajo*.

En ese sentido, el Título IV de la LEFP señala todo lo referente al Personal Contratado. Así, el artículo 37 LEFP sostiene que sólo podrá procederse por la vía del *contrato* en aquéllos casos en que se requiera personal altamente *calificado* para realizar tareas *específicas y por tiempo determinado*. Su único aparte indica que se prohibirá la *contratación de personal* para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la LEFP.

Así el artículo 62 LOTTT, consagra el contrato a tiempo determinado el cual concluirá por la expiración del término convenido y no perderá su condición específica cuando fuese objeto de una prórroga. En caso de dos prórrogas, el contrato se considerará *indeterminado*, a no ser que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación. El segundo aparte del artículo 62 LOTTT, dice que las previsiones de este artículo se aplicarán también cuando, vencido el término e interrumpida la prestación del servicio, se celebre un nuevo contrato entre las partes dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del anterior, salvo que se demuestre claramente la voluntad común de poner fin a la relación. El tercer aparte, estipula que el contrato de trabajo se considerará por *tiempo indeterminado*, si existe la intención por parte del patrono de interrumpir la relación laboral a través de mecanismos que impidan la

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 379.

continuidad de la misma. Y su último aparte, agrega que en los *contratos por tiempo determinado* los trabajadores no podrán obligarse a prestar servicios por más de un año.

Además, el artículo 64 LOTTT, indica los supuestos de contrato a tiempo determinado, el cual podrá celebrarse únicamente en los siguientes casos: (i) cuando lo exija la *naturaleza del servicio*; (ii) cuando tenga por objeto sustituir provisional y lícitamente a un trabajador; (iii) cuando se trate de trabajadores de nacionalidad venezolana que prestarán servicios fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo establecido en la LOTTT; (iv) cuando no haya terminado la labor para la que fue contratado el trabajador y se siga requiriendo de los servicios, bien sea por el mismo trabajador u otro. El único aparte del artículo 64 LOTTT, sostiene que será *nulo el contrato de trabajo por tiempo determinado* por causas distintas a las antes señaladas, en consecuencia, el trabajador se encontrará investido de la estabilidad prevista en la Ley.

Por otro lado, el artículo 38 LEFP dispone que el régimen aplicable al *personal contratado* será aquél previsto en el respectivo *contrato* y en la *legislación laboral*. Por último, el artículo 39 LEFP prevé que en ningún caso el *contrato* podrá constituirse en una *vía de ingreso* a la Administración Pública.

Por ello, y por el significado de *Estatuto* dentro del Derecho Público, señalado anteriormente como la normación de una actividad pública, de los funcionarios y de los empleados públicos, es bueno recordar la *Teoría de la Situación Objetiva o Estatutaria*, según la cual la relación existente entre el Estado y sus agentes no tiene carácter contractual, ni emana tampoco de un acto coercitivo de los gobernantes.

En ese sentido, LARES MARTÍNEZ sostiene que los *funcionarios y empleados públicos* se encuentran en una situación *estatutaria*: esto es de origen legal y reglamentario, y, por tanto, de Derecho Público. Por esa razón, no es posible admitir que entre el Estado y sus agentes exista vínculo contractual alguno, ni siquiera de Derecho Público, como sí existe en una relación contractual entre patrono y trabajador, regida por las normas del Derecho del Trabajo que regulan una relación laboral cualquiera; pues, los contratos surgen como acuerdo de las voluntades entre las partes contratantes, y eso no existe en la relación creada por el ingreso de los individuos a la Función Pública. El contenido de la situación subjetiva del funcionario es fijado por la Constitución, las leyes y los reglamentos: sus derechos y obligaciones pueden ser modificadas unilateralmente por el Estado mediante reforma de la

Constitución, las leyes o reglamentos, sin que pueda alegar derechos adquiridos, ni reclamar indemnización alguna<sup>73</sup>.

## **6. Régimen laboral aplicado a los obreros al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados**

Según la parte final del artículo 6 LOTT, los *obrer*os al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados están amparados por las disposiciones de la LOTT. La normativa del año 1936 disponía que los *obrer*os al servicio de la Nación, los Estados y las Municipalidades debían ser objeto de *legislación especial*, y que mientras no se dictase dicha legislación, quedarían protegidos por las disposiciones de la Ley del Trabajo y su reglamentación. La *legislación especial* nunca fue dictada y, por ello, en definitiva, la nueva Ley Orgánica del Trabajo de 1990 ordenó que los *obrer*os al servicio de los órganos y entidades públicas estén amparados por las disposiciones de esa Ley<sup>74</sup>. Este artículo, en particular, ocasionó fuertes controversias y profundas polémicas alrededor de los años 90.

## **CONCLUSIÓN**

Este trabajo cumplió con la reseña de la aplicación de la LOTT a la Función Pública en Venezuela, sin embargo, debe hacerse un mayor esfuerzo por determinar los límites existentes entre las leyes laborales y las leyes que rigen a la Función Pública, para aclarar mucho más la aplicación de la legislación laboral sobre los funcionarios públicos, sus límites y su compatibilidad con la naturaleza de los servicios que prestan y las exigencias de la Administración Pública. También debe hacerse un mayor esfuerzo en revisar las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia laboral funcional y el proceso que deben atravesar los funcionarios públicos en el Contencioso Administrativo Funcional para exigir el cumplimiento de algunos *derechos laborales* reconocidos dentro de la LEFP.

Por otro lado, esta investigación espera haber aportado alguna orientación dentro de la aplicación de la LOTT a la Función Pública y los *derechos laborales* reconocidos a los funcionarios públicos tanto en la CRBV, la LEFP como en la LOTT.

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 384-386.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 379.

# LOS ACTOS CUASI JURISDICCIONALES DICTADOS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO COMO RUPTURA DE LA POTESTAD DE AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Pedro José Romero Albor<sup>1</sup>

**Resumen:** *Mediante el presente trabajo se pretende realizar una revisión de la naturaleza jurídica de los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, haciendo especial énfasis en aquellos que dimanen del procedimiento constitutivo de solicitud de reenganche, así como también, la imposibilidad de ejecución de los mismos, con ocasión a la indebida y veleidosa asignación de competencias efectuada por el Ejecutivo al momento de dictar el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras confiriéndole a estos órganos integrantes de la Administración Pública Central funciones de naturaleza cuasi jurisdiccional, equiparándolo erróneamente con un juez erigiéndolo como un tercero imparcial, el cual se inmiscuirá y decidirá controversias que se susciten entre particulares, lo cual en ningún momento propugna la protección del interés general.*

**Palabras clave:** *Actos Administrativos – Actos cuasijurisdiccionales – Potestades Administrativas.*

**SUMARIO. Introito. I.** La Potestad de autotutela de la Administración Pública y su recepción en Venezuela. **II.** Los actos dictados por las Inspectorías del Trabajo y su naturaleza jurídica. **III.** La imposible ejecución de los actos dictados por la Inspectoría del Trabajo y la consecuencial ruptura de la potestad de autotutela administrativa. **Conclusiones.**

## INTROITO

Con la egida de la revolución norteamericana y francesa, se edificaron un conjunto de postulados –libertad igualdad y fraternidad– debido a la realidad político-social que existía en aquel otrora momento; mediante la cesión de una fracción de la libertad de los sujetos individualmente entendidos, –en la que “cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes”<sup>2</sup>–, a una enteleguía jurídica que se eleva sobre aquellos, denominada como cuerpo político o Estado al cual le fue conferida, dicha porción, para que desplegara la función de normar (legislativo), administrar (ejecutivo) e impartir justicia (judicial), –lo que de seguida se denominó Principio de Separación del Poder–, irradiando de contenido única y exclusivamente dentro de los límites establecidos por el

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2017).

<sup>2</sup> Jean-Jacques Rousseau: *El Contrato Social*. Biblioteca Edaf N° 85. Madrid, 1982, p. 54.

pacto social, existiendo la necesidad, según CHARLES LUIS DE SECONDANT, “de un equilibrio entre los diversos órganos que ejercitan el Poder, mediante la afirmación que el Poder controlaría el ejercicio del Poder, lo cual garantizaría los derechos y las libertades individuales”<sup>3</sup>.

Esta tripartición nace, como se menciona anteriormente, del Principio de Separación del Poder Público, entendido tradicionalmente como los espacios estancos competenciales atribuidos prístina y típicamente a un determinado órgano, existiendo una identidad entre aquel y la función estatal que le fue conferida, en otras palabras es “el confinamiento de cada una de las funciones estatales como competencia propia o, más bien, adjudicada de modo preferente o preponderante al centro o complejo orgánico que ejerce el Poder Público de su respectivo nombre”<sup>4</sup>. Posteriormente esta tajante segmentación se vio atenuada, es decir, se permitió que estas funciones estatales puedan ser ejercidas por órganos que sustancialmente no le correspondería detentarlas.

Ahora bien, al ser, éste, un principio universalmente reconocido por el constitucionalismo tradicional y contemporáneo, es recogido por las constituciones venezolanas desde 1811 hasta nuestros días, entendiéndolo no sólo como “uno de los principios esenciales de la democracia y con ella de la libertad”<sup>5</sup> sino también como un instrumento configurativo “para la organización formal del Estado, no debiendo dicho carácter instrumental,

---

<sup>3</sup> Carlos Luis Carrillo Artilles: “La composición del Poder Público en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. *Libro Homenaje Enrique Tejera París*. Centro de Investigaciones Jurídicas y Fundación Estudios Administrativos. Caracas. 2001.

<sup>4</sup> José Araujo Juárez: *Derecho Administrativo Constitucional*. Colección de Manuales y obras generales N° 1. Centro para la Integración y el Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, p. 130.

<sup>5</sup> Manuel García Pelayo, “La división de poderes y la Constitución Venezolana de 1961”, en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, Tomo III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1403 y 1420; Hildegard Rondón de Sansó, “La separación de los poderes en Venezuela”, en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, Tomo III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1979, pp. 1369-1403; Allan R. Brewer-Carías, *Los Principios fundamentales del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2005, p. 67 ss. Obras citadas por Allan R. Brewer-Carías: “El Principio de la separación de poderes como elemento esencial de la democracia y de la libertad, y su demolición en Venezuela mediante la sujeción política del Tribunal Supremo de Justicia”. *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo. Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Año 12, N° 12, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, San José, 2012, pp. 31-43. Ver en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2012/09/739.-725.-Brewer.-El-principio-de-la-separaci%C3%B3n-de-poderes-como-base-esencial-de-la-democracia-y-su-demolici.pdf>

opacar su importancia política vinculada a la garantía de la democracia y de la libertad ciudadana”<sup>6</sup>

Así las cosas, el sistema constitucional venezolano vigente, consagra en el primer aparte del artículo 136<sup>7</sup> la penta distribución horizontal del Poder Público Federal<sup>8</sup>, adicionando dos noveles e inéditas ramas, a las clásicamente edificadas (Rama Legislativa, Rama Ejecutiva y Rama Judicial) como sería la Rama Electoral y la Rama Ciudadana<sup>9</sup>. De lo antes mencionado, no se identifican los elementos típicos configurativos de la clásica enunciación del Principio de separación absoluta del Poder Público, sino que por el contrario se denota una atenuación en ésta tajante segmentación; sin hacer querer, en ningún momento, entrever la posibilidad que las prístinas funciones estatales conferidas debido a una sustancia material que unge a cada una de ellas, pudieren verse afectadas por la injerencia de cualesquiera otra Rama del Poder Público a la que le haya sido atribuido el concurrente ejercicio de una función estatal que originariamente no le correspondiera, fijando la

---

<sup>6</sup> Allan R. Brewer-Carías obra citada en la nota anterior.

<sup>7</sup> Del primer aparte del artículo 136 de la Constitución se colige que: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”.

<sup>8</sup> Esta penta distribución a la que se hace alusión únicamente opera en el ámbito federal, ya que en las dos estratificaciones que incluye la Constitución, vale decir, nivel federado y local, existe una bicefalía en la ramificación del Poder Público, “se distinguen básicamente dos complejos orgánicos que ejercen respectivamente el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo”. Ver al respecto Allan R. Brewer-Carías: *Los Principios Fundamentales del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello N° 17. Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 2005, p. 69. Disponible en : <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/PRINCIPIOS-FUNDAMENTALES-DEL-DERECHO-P%C3%9ABLICO-2005.pdf>

<sup>9</sup> Es nuestro considerar que, adicionar estas dos ramas al Poder Público (Electoral y Ciudadana), no aporta nada novedoso al andamiaje constitucional, ya que los órganos que se condensaron en dichas ramas se encontraban edificados en la Constitución de 1961, como es el caso del otrora Consejo Supremo Electoral, órgano con autonomía funcional, actualmente denominado como Consejo Nacional Electoral, ente rector de la Rama Electoral (artículo 292 de la Constitución de 1999). Idéntica situación ocurre con el Ministerio Público (artículo 218 y ss.) y la Contraloría General de la República –órgano auxiliar del Congreso con autonomía funcional según exaltaba el artículo 236 de la Constitución de 1961–, que en la actualidad junto al Defensor del Pueblo integran la Rama Ciudadana del Poder Público según se colige del artículo 279 de la Constitución de 1999. Evidenciándose que no existe tal novedad, aunado al hecho que la sustancia de las funciones que desempeñaron en la vigencia de la Constitución de 1961 no dista de las hoy desarrolladas (pasando de órganos efectivamente independientes a órganos insertos en alguna de las Ramas del Poder Público) sin ser más que funciones meramente administrativas, existiendo una disonancia con los criterios sentados en las discusiones realizadas por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999.

constitución “una delimitada esfera de funciones estatales que fija en forma precisa la órbita de actuación de cada una de ellas en forma positiva y en estos casos no pueden haber interferencias ya que habría entonces el vicio grave de usurpación de funciones”<sup>10</sup>, configurándose, de este modo, el sucedáneo Principio de Colaboración entre las Ramas del Poder Público recogido en el segundo a parte del artículo 136 constitucional<sup>11</sup>.

Debido a esta construcción jurídica y de la letra, del ya no tan novísimo, Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en su articulado se denota, según nuestro parecer, una muy peculiar asignación de competencias, puesto que se le confiere a las Inspectorías del Trabajo, la posibilidad de dirimir controversias intersubjetivas, que como se verá de seguida al no existir la tutela del interés general no gozaría de la potestad de ejecutividad ni de ejecutoriedad, reduciéndose, en gran medida, su poderío coactivo.

Sin embargo, al tratarse de un acto administrativo tradicionalmente gran parte de la doctrina y la jurisprudencia le han atribuido a la Administración Pública un carácter de legalidad, legitimidad<sup>12</sup> y veracidad<sup>13</sup> a los proveimientos administrativos, por ésta proferidos, constituyendo dicho sea de paso “un privilegio de la administración fundamentada en la celeridad y

---

<sup>10</sup> José Araujo Juárez. Obra citada, pp. 132 y 133.

<sup>11</sup> La parte *in fine* del artículo 136 constitucional exalta que: “Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”.

<sup>12</sup> Siendo recogido en tres sentencias líderes de la extinta Corte Suprema de Justicia dictadas por la Sala Político-Administrativo, a saber: “a) la sentencia del 4 de abril de 1963 de acuerdo a la cual los actos administrativos gozan de una presunción de legitimidad que sólo puede ser desvirtuada mediante prueba del reclamante; b) La sentencia del 7 de diciembre de 1964 conforme a la cual los actos administrativos gozan de una presunción de legitimidad que debe ser desvirtuada por el recurrente; c) la sentencia del 2 de agosto de 1973 que dejó sentado que la presunción de legitimidad de los actos administrativos hace que éstos conserven su eficacia probatoria hasta que sea desvirtuada por el recurrente”. Al respecto véase el fragmento de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, Vol. I, p. 369. Obra citada por Jesús Caballero Ortiz: “La Eficacia de los Actos Administrativos”. *Revista de Derecho* N° 2. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2000, p. 27.

<sup>13</sup> La sentencia de la Sala Político-Administrativo de la Corte Federal y de Casación del 18-04-1939 conforme a la cual las decisiones de los funcionarios públicos, dentro de la órbita de sus atribuciones, contienen una presunción de veracidad en su contenido. Al respecto véase el fragmento de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y estudios de Derecho Administrativo*, tomo III, Vol. I, p. 369. Obra referida por Jesús Caballero Ortiz en la obra citada en la nota anterior, p. 27

seguridad de la actividad administrativa”<sup>14</sup> atribuyéndole éste carácter debido a la “preocupación y necesidad de evitar todo posible retardo en el desenvolvimiento de la actividad de la Administración Pública”<sup>15</sup>.

A pesar de los postulados pacíficamente reiterados con el devenir del tiempo, se ha aceptado casi inequívocamente que los actos administrativos en la mayoría de los casos, se encontrarían unidos de esta presunción *juris tantum*<sup>16</sup>, que propugna la tutela del interés general para que efectivamente esta pudiera aplicar vehementemente cualesquiera de sus potestades para hacer cumplir sus dichos, aunque el fundamento de los actos administrativos seguidos, sea el encuentro y salvaguardo de un interés particular.

Así las cosas, sería poco feliz aseverar tal situación, aunado al hecho que los proveimientos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo devienen de una función que en sustancia es inversamente opuesta a las que éste posee naturalmente, como sería la función cuasi jurisdiccional, puesto que en el entendido que al elevarse como un tercero imparcial al cual se le plantearían controversias entre particulares, teniendo la consecuencial obligación de emitir un acto que en ningún momento se equipararía a una sentencia y al no encontrarse recubierto de los elementos tanto endógenos como exógenos de aquella, sucedáneamente, dicho dictamen, no podría doblegar la voluntad individual de la parte vencida por no encontrarse revestida de la autoridad de la cosa juzgada sino de la cosa decidida, impidiendo, de este modo, la materialización forzosa del pronunciamiento emitido por este órgano, aunque detente una gama plurisubjetiva de competencias tendientes a garantizar su ejecución, vulnerándose el derecho de la parte que resultó vencedora, pudiendo imponer, por dicho incumplimiento, sanciones satélite hasta tanto sea acatado el decir del acto;

---

<sup>14</sup> Jesús Caballero Ortiz, Obra citada, p. 27.

<sup>15</sup> Allan R. Brewer-Carías: “Aspectos de la ejecutoriedad y de la ejecutoriedad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio *salve et repete*”. *Revista del Ministerio de Justicia* N° 53. Año XIV. Abril-Diciembre 1965, p. 71.

<sup>16</sup> Sin embargo, esto pareciera ser un tanto exacerbadamente, puesto que perfectamente puede ser exigido el cumplimiento de alguno de los dichos contenidos en un proveimiento administrativo proferido por la Administración Pública cuando adolezca de alguno de los vicios reconocidos por el ordenamiento jurídico, aunque exista la posibilidad de atacar dicho acto, –por la presunción *juris tantum* que lo reviste–, lo cual, en ningún caso por el mero ejercicio de cualquiera de los vehículos, ya sean procedimentales o procesales, supondría que el acto administrativo sería carente de efectos. Circunstancia que carece de “toda razonabilidad ya que ninguna argumentación doctrinaria puede destruir el hecho de que puedan existir actos manifiestamente viciados; y ello, a su vez, implicará necesariamente que en tales casos el acto no podrá tener presunción de legitimidad.” Agustín Gordillo: *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo 3. 10° ed. Fundación de Derecho Administrativo. Ver disponible en: [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo5.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo5.pdf)

sanciones que en ningún momento satisfacen el interés particular y mucho menos el interés general cuya tutela le fue reservada, produciendo una consecuencia ablatoria a la esfera jurídica de los particulares interesados por no conferirles la efectiva realización de la justicia.

## I. LA POTESTAD DE AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU RECEPCIÓN EN VENEZUELA

Históricamente en Venezuela ha existido una dualidad en la forma como se presenta y entiende la potestad de la Administración Pública de autotutelar sus conductas; una de las construcciones doctrinales más tradicionales versa sobre la idea reiterada que estas potestades se encuentran irrestrictamente apegadas al poder que detentan los órganos de revisar y corregir sus dichos expresados en un acto administrativo, encontrando su regulación en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos pudiendo “desdoblarse en tres potestades: potestad revocatoria, potestad convalidatoria y potestad correctiva”<sup>17</sup> restringiendo a la “Ejecutividad” y la “Ejecutoriedad” que detenta la Administración Pública exclusivamente como “una condición relativa a la eficacia del acto”<sup>18</sup>.

Según esta postura, no vienen a ser potestades autónomas que ostenta la Administración Pública, sino que por el contrario, son reminiscencias de la eficacia de un acto administrativo que debido a la presunción de legitimidad de la cual se encuentra ungido y al ser válidamente notificado, podrá ser ejecutado sin necesidad de un acto homologatorio que le “otorgue eficacia jurídica a una decisión precedente, la cual en espera de esta última, se presenta como válida y existente, pero carente de eficacia”<sup>19</sup>, pudiendo ser ejecutado hasta forzosamente por el órgano que emitió dicho acto.

Frente a este sector, se erigen los seguidores de la doctrina española, la cual tiene su origen en la época del absolutismo monárquico, que como es bien sabido el rey poseía un conjunto de omnímodas potestades, las cuales no tenían ninguna limitación, puesto que, se encontraban supeditadas a la voluntad de aquel, pero debido a una delegación de competencias tanto territorial como funcional efectuada por el monarca, al ser éste el poseedor de la soberanía producto de una vinculación irracional que existía en ese estadio

---

<sup>17</sup> Allan R. Brewer-Carías: *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Colección Estudios Jurídicos N° 16. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010, p. 66 y ss.

<sup>18</sup> Hildegard Rondón de Sansó: “Las potestades de Autotutela de la Administración en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1983, p. 77.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 75

histórico, edificada sobre la base de la existencia de una relación directa con la divinidad, fue distribuyéndose en diversas personalidades estas funciones, vale decir, función jurisdiccional, función administrativa y gubernativa.

En este entendido, “esa delegación generó la idea marcada, que de ninguna manera podría haber interferencias o supeditaciones de un delegado sobre otro, ya que ambos operaban en virtud de la misma fuente, por igual mandato delegado por el monarca”<sup>20</sup>, en consecuencia “carecía de sentido que los actos de la Administración, emanados desde luego por delegados del rey, para poder cumplirse tuvieren que someterse a la jurisdicción de los mismos delegados del monarca”<sup>21</sup>. “El fundamento del sistema aquí es obvio, como ya hemos advertido: Administración y Tribunales participan en la misma sustancia soberana que participa el Rey”<sup>22</sup>, por lo que consecuentemente “No hay, por ello, razón de que aquella se someta a éstos, sus respectivas decisiones, a través de esa identidad de origen y de la unidad indivisible de la soberanía personalizada en el Monarca, de quien una y otros son igualmente delegados, han de tener, por consiguiente, idéntico rango y validez”<sup>23</sup>.

Actualmente esta construcción doctrinaria ha ido cambiando con el devenir del tiempo y con la egida del Estado moderno fue abolido la concepción de la dominación por razones irracionales, como ocurría en ese otrora estadio histórico, vale decir, la supuesta conexión directa con la divinidad, pasando de una asignación veleidosa de funciones por parte del monarca a una que “es realmente producto del Estado de Derecho que materializa el principio de legalidad a través del cual se unge a quienes ejercitan la función administrativa”<sup>24</sup> y no, como es pensado genéricamente, del principio de separación de Poderes del Poder Público.

Ahora bien, los seguidores de este postulado establecen que el poder de estos órganos deviene de un conjunto de potestades expresas que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para producir actos con fuerza intrínseca propia que puedan crear modificar o extinguir situaciones

---

<sup>20</sup> Carlos Luis Carrillo Artilles: “La imbricación de la noción y contenido de la Potestad de Autotutela de la Administración Pública en Venezuela”. *Derecho Administrativo Iberoamericano*. Tomo II. Ediciones Paredes. Caracas, 2007.

<sup>21</sup> José Peña Solís: *Manual de Derecho administrativo*. Volumen Tercero. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003, p. 52. Citado en *ibíd.*

<sup>22</sup> Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández: *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Civitas. 4<sup>o</sup> ed., Madrid, 1986, p. 463. Citado por Carlos Luis Carrillo Artilles. *La imbricación...*

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> Carlos Luis Carrillo Artilles. *La imbricación...*

jurídicas en las cuales los particulares tengan interés sin necesidad que dicho instrumento sea ratificado o convalidado por un órgano externo a este, que generalmente vienen a ser los Tribunales o cualesquiera otros órganos del Poder Público, es decir, es “el poder de la Administración de dimanar actos con fuerza intrínseca de títulos ejecutivos”<sup>25</sup> siendo identificado como “Autotutela Declarativa o Ejecutividad”.

Adicionalmente, pudiere hacer valer sus dichos mediante el empleo de medios coactivos, para constreñir la voluntad del particular y a través de estos, poder hacer cumplir con lo establecido en el acto administrativo, dicho en otros términos “la factibilidad de materializar en la práctica lo dispuesto en tales actos, inclusive por mecanismos de coacción física ante la resistencia pasiva del destinatario del acto en cumplir voluntariamente lo ordenado”<sup>26</sup> denominado como “Autotutela Ejecutiva o Ejecutoriedad”.

## II. LOS ACTOS DICTADOS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Tal y como reconoce el primer aparte del artículo 506 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras<sup>27</sup>, el cual exalta que las Inspectorías del Trabajo son órganos dependientes del Ministerio del Poder Popular con competencia en trabajo y seguridad social<sup>28</sup>, más allá de la imprecisa delimitación realizada por el legislador federal, estas son órganos desconcentrados integrantes de la Administración Pública Central.

Ahora bien, es cristalino afirmar que, al tratarse de un órgano integrante de la estructura organizativa del Estado, específicamente a la Administración Central, la misma, cualquiera que sea su manifestación de voluntad tiene que irrestrictamente proferirla siguiendo el conjunto encadenado de fases,

---

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> Artículo 506 el cual exalta que: “En todos los estados del país, en el Distrito Capital, en las dependencias federales y territorios federales funcionará, al menos, una Inspectoría del Trabajo dependiente del Ministerio del Poder Popular con competencia en Trabajo y Seguridad Social. Por circunstancias especiales, y para facilitar la atención de los trabajadores y las trabajadoras, se podrá extender la jurisdicción territorial de alguna Inspectoría a una zona inmediata de otro Estado colindante a aquel donde tenga su sede, tomando como base la población existente y ofrecer un servicio de atención integral en materia laboral. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Trabajo y Seguridad Social, progresivamente pondrá en funcionamiento una Inspectoría o Subinspectoría en cada municipio del país”.

<sup>28</sup> Hoy Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social Trabajo.

–procedimiento administrativo–, que a la postre devendrá en un acto administrativo definitivo.

Este acto administrativo entendido en términos genéricos por el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>29</sup> como una declaración de voluntad, per se insuficiente, para encasillar la complejidad de la actuación administrativa. Es por ello que, doctrinalmente se ha tratado de establecer una serie de caracteres que permitan delinear esta sensible actividad; la Corte Federal y de Casación definió el acto administrativo como “aquella declaración de voluntad realizada por la Administración con el propósito de producir un efecto jurídico”<sup>30</sup>, más profundamente como “aquella manifestación de voluntad realizada por una autoridad pública actuando en ejercicio de la función administrativa con el objeto de producir efectos jurídicos determinados que pueden ser, o la creación de una situación jurídica individual o general, o la aplicación a un sujeto de derecho de una situación jurídica general”<sup>31</sup>.

Ahora bien, inequívocamente nos encontramos en presencia de un acto administrativo, debido al carácter orgánico, por el que se encuentra revestido el proveimiento. Sin embargo, es nuestro parecer que además del prístino *carácter administrativo* que detentan los actos por ella dictados, a su vez, le fue atribuida una atípica función asimilable<sup>32</sup> a la desplegada por los jueces<sup>33</sup>, vale decir, *pseudo jurisdiccional*, resolviendo sobre posibles conflictos intersubjetivo entre particulares devenidos de una vinculación de índole laboral, tutelando

---

<sup>29</sup> Artículo 7: “Se entiende por acto administrativo, a los efectos de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida por de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública”.

<sup>30</sup> CF–59–1, 3–6– 59 citada por Allan R. Brewer-Carías: *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III Los Actos Administrativos y los Contratos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2013, p. 87.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>32</sup> Puesto que, al no tratarse de una función propia, y al ser detentada concurrentemente, no puede extralimitarse en su ejercicio, caso en el cual, los actos que esta dicte no se encontrarán revestidos de la cosa juzgada, elemento de toda sentencia, cuyas notas características permiten que el órgano judicial constriña la voluntad de la parte perdedora, circunstancia que según nuestro entender, no ocurre con los actos pseudo jurisdiccionales dictados por estos órganos administrativos en cumplimiento de esta función.

<sup>33</sup> Al respecto ver Aristides Rengel Romberg: *Tratado de derecho procesal civil venezolano (según el nuevo código de 1987)*. Volumen I. Editorial Arte. Caracas, 1992, p. 105. Caso en el cual el autor la entiende como aquella “función estatal destinada a la creación por el juez de una norma jurídica individual y concreta necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de intereses y de asegurar por la fuerza, si fuere necesario, la practica ejecutiva de la norma creada”.

un interés particular o privado, sin que se evidencie la nítida existencia de un interés general en estas circunstancias.

Así las cosas, desvelar la naturaleza jurídica de los actos dictados por órganos administrativos, en materia del trabajo<sup>34</sup>, que les fue conferida esta peculiar función, ha sido tema de acrisoladas discusiones desde los años 80, iniciando con una sentencia dictada por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 08-08-1978, la cual estableció que los actos administrativos de las Comisiones Tripartitas “son actos de naturaleza claramente jurisdiccional por más que emanen de un órgano administrativo estando por ello revestido de la autoridad de la cosa juzgada”<sup>35</sup>, resultado poco feliz las aseveraciones sentadas en esta sentencia

Sin embargo, en Sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en fecha 10-01-1981, que revisó el criterio antes mencionado, estableció que “se trataba de decisiones de carácter administrativo sin valor o atributo de cosa juzgada propio de los fallos de los órganos jurisdiccionales”<sup>36</sup>, adoptando “una definición material de las funciones del Estado, es decir basada en la naturaleza de la actividad estatal y no en la forma o el órgano del cual emana”<sup>37</sup>, por ello resulta indispensable “no confundir la función misma con el acto que emana de su ejercicio, o sea que no debe mezclarse la naturaleza de la actividad estatal (función) con el resultado de su ejercicio (actos jurídicos)”<sup>38</sup>.

Como se expuso en líneas precedentes, las diversas ramas del Poder Público se encuentran facultadas para ejercer funciones distintas a las que naturalmente les corresponden, atendiendo a las funciones prístinas o a las secundarias, en el caso *in comento*, la función jurisdiccional puede ser ejercida tanto por la rama judicial como por la rama ejecutiva; la primera de ellas en forma principal y la segunda por vía concurrente, pero lo que las diferencia es la naturaleza del acto que emana de estas; debido al recelo del constituyente como del legislador, únicamente quien puede emitir un dictamen con autoridad de cosa juzgada sería un Tribunal, es decir, la sentencia vendría a ser la que se encontraría unguido con este carácter. Es por ello que “solo los

---

<sup>34</sup> En idéntica situación se encuentran los actos administrativos tendentes a regular la relación arrendaticia de bienes inmuebles destinados para uso de vivienda, dictados por la Superintendencia Nacional de Arrendamientos de Vivienda (SUNAVI).

<sup>35</sup> Mary Ramos Fernández: “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre 1980”. *Revista de Derecho Público* N° 1, 1980. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, p. 129.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 133.

tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal, por lo que solo los órganos del Poder judicial pueden desarrollar la función judicial”<sup>39</sup>, pero cuando “la Administración Pública emite actos de sustancia jurisdiccional, estos actos, no obstante su expresada sustancia, son actos administrativos, debiendo ser tratados jurídicamente como tales”<sup>40</sup>.

De otra parte, al ser el criterio explanado por la Sala Político-Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia sobre un órgano distinto al aquí analizado, es decir, las Comisiones Tripartitas, debido a la identidad en la naturaleza jurídica entre estas y las Inspectorías del Trabajo edificadas por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, guardando recelo con sus respectivas particularidades, pudiere ser perfectamente aplicado, según nuestro considerar para desvelar la naturaleza jurídica del acto administrativo que rige en la actualidad.

Ahora bien, resulta preciso reiterar que el acto dictado por las Inspectorías del Trabajo no pierde su naturaleza administrativa, aunque se encuentren desempeñando funciones pseudo jurisdiccionales, por lo cual en ningún momento pudieren dictar un acto que se asemeje a una sentencia.

### **III. LA IMPOSIBLE EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DICTADOS POR LA INSPECTORÍA DEL TRABAJO Y LA CONSECUENCIAL RUPTURA DE LA POTESTAD DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA**

Ahora bien, en un segundo estadio, debido a las dificultades devenidas de la posibilidad del ejercicio por parte de la Administración Pública de sus potestades autonómicas, como vendrían a ser la “Autotutela Declarativa y la Autotutela Ejecutiva” tendentes a garantizar la ejecución de sus dichos<sup>41</sup>, ya sea por cuenta propia o a través de un tercero, fue edificado por la Sala Político-Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia en fecha 09-11-1989, mediante la cual se ventiló la posible ejecución o, no de los actos

---

<sup>39</sup> Allan Brewer Carías: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975, p. 133.

<sup>40</sup> Mary Ramos Fernández, Obra citada, p. 133.

<sup>41</sup> Dificultades estas que se suscitan cuando versan sobre el ejercicio de la función pseudo jurisdiccional, debido a que como se ha reiterado en diversas ocasiones, la Administración Pública en dichas circunstancias, no se encuentra tutelando un interés general, sino por el contrario conoce de un conflicto intersubjetivo entre particulares que, inequívocamente se encuentra revestido de un interés particular, situación que la inhibe del poderío de ejecución de sus propios dichos, al no encontrarse inserto el resguardo de este interés.

dictados por la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento, de la que se colige que “la decisión que autoriza el desalojo de un inquilino de vivienda, constituye, en efecto, un acto administrativo de autorización, encaminado a suprimir los obstáculos jurídicos previamente impuestos por la ley al libre ejercicio del derecho propio del arrendador”, aduciendo de seguida que “se trata de una forma de intervención de la Administración en el ámbito jurídico de los particulares, fundamentada en que la ley concede potestades al órgano administrativo para producir efectos jurídicos aun en situaciones que afecten a otro individuo”<sup>42</sup>.

Para así concluir que “por estar dotado de ejecutoriedad, el acto administrativo adoptado en los términos expuestos, no requiere de homologación alguna por parte del juez: la ejecución de dicha decisión opera por su propia virtualidad, y con los mismos efectos para el caso de una sentencia judicial”<sup>43</sup>. Se *extravierte* la posibilidad, según esta concepción, que dichos actos al tratarse de unos de sustancia administrativa, pudieren ser ejecutados por la misma administración sin necesidad de ser homologados por cualesquiera de los otros órganos del Poder Público, debido a las autonómicas potestades declarativas y ejecutivas, teniendo aparejada la presunción de legalidad y legitimidad que ostentan estos proveimientos administrativos, todo ello sin hacer mención alguna al interés tutelado por dicho acto.

Ahora bien, es nuestro considerar que, admitir el criterio sentado por el Magistrado LUIS HENRIQUE FARIAS MATA, conllevaría a aceptar que, sin existir la tutela del interés general, la Administración Pública podría, sin más, ejecutar cualquier acto administrativo, aunque verse sobre un interés particular, como sería el caso del amparo al derecho al trabajo, sin existir un beneficio general en dicha protección y al no versar sobre la tutela del interés general, –fin perseguido por la Administración Pública–, no gozaría de las potestades, anteriormente desarrolladas, por lo que resultaría imposible que dicho acto con ocasión de su fuerza intrínseca pudiese ser ejecutado por la propia Administración doblegando de este modo la voluntad de los particulares mediante medios coactivos.

Asimismo, al no encontrarse aparejado el resguardo de este interés el acto administrativo por ella proferido en función cuasi jurisdiccional, tendría que equipararse a una sentencia con autoridad de cosa juzgada, lo cual en ningún momento pudiese ocurrir, debido a que esta función se encuentra, como se

---

<sup>42</sup> Mary Ramos Fernández: “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Cuarto Trimestre 1989”. *Revista de Derecho Público* N° 40, 1989. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, p. 79.

<sup>43</sup> *Ibid.*

arguyó en líneas anteriores, privativamente conferida a los órganos jurisdiccionales a los cuales se les ha encomendado la administración de la justicia y, de aceptarse esta errónea equiparación se estaría incurriendo en el vicio de usurpación de funciones entendido este como la “incompetencia que se produce en aquellos casos en que un órgano de una de la ramas del Poder Público ejerce una función que, de acuerdo con la Constitución y las leyes está atribuida a otra de las ramas del Poder Público”<sup>44</sup>.

Además de ello, al tratarse de un acto administrativo se encuentra revestido de la cosa decidida administrativa y no de la cosa juzgada, característico de toda sentencia, lo cual fue delineado, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos<sup>45</sup>:

Los conceptos de cosa juzgada y cosa decidida administrativa no pueden ser empleados como sinónimos, la primera encuentra su fundamento en el ordinal 8 del artículo 60 de la Constitución, norma esta que consagra un principio general del derecho aplicable a las sentencias de todos los órganos jurisdiccionales (civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, de amparo); mientras que la segunda tiene un fundamento de rango legal, desarrollado en los artículos 19 ordinal 2 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y es aplicable solamente a los actos administrativos.

Resulta evidente que ambas figuras jurídicas son bien distantes, tal y como ha establecido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo bajo ponencia del Magistrado GUSTAVO URDANETA TROCONIS, del cual se colige<sup>46</sup>:

En el ámbito del Derecho Administrativo, las decisiones administrativas no son inmutables, salvo que hayan creado derechos subjetivos a los particulares, como lo establece la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos cuando, si bien dispone en un ordinal 2º del artículo 19 como causal de nulidad absoluta de los actos administrativos la resolución de un caso precedentemente decidido con carácter de definitivo y que haya creado derechos particulares, al mismo tiempo dispone el 82 la posibilidad de la revocación en cualquier momento de los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular y el artículo 83 otorga la facultad a la administración para que en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, reconozca la nulidad absoluta de los actos dictados por ella.

---

<sup>44</sup> Vid. Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 31-01-1990 caso Farmacia Unicentro C.A., Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez. En José Araujo-Juárez: *La Nulidad del Acto Administrativo*. Serie Monografías. Ediciones Paredes. Caracas, 2015, p. 82.

<sup>45</sup> Vid. Sent. de la CPCA de fecha 04-08-1994, caso *Felix Miralles C.*, Magistrado Ponente: Teresa García de Cornet, *Revista de Derecho Público* N° 59/60, p. 201. En *ibíd.*, p. 95.

<sup>46</sup> Vid. Sent. de la CPCA de fecha 20-05-1994, casos varios, Magistrado Ponente: Gustavo Urdaneta Troconis, *Revista de Derecho Público* N° 57/58, p. 254. En *ibíd.*, p. 94.

Como resulta evidente, la intensidad de la cosa decidida administrativa resulta menor al conferido a la cosa juzgada, es por ello que equipararla resultaría un craso error, sin dejar de lado el hecho que esta relación procedimental no propugna la protección del interés general.

Así las cosas, es preciso hacer mención a los dos criterios de los magistrados disidentes, de los dichos sentados por el magistrado ponente LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA, resaltando el voto salvado del Magistrado RAMÓN DUQUE CORREDOR, el cual adujo que “estima que la sala ha debido regular la jurisdicción a favor del Juzgado Noveno de Parroquia del Municipio Libertador, para que éste conociera de la acción”, arguyendo que “la autorización de desalojo no es un acto constitutivo como se afirma en la sentencia de la cual disiento, porque no crea el derecho a desalojar, sino que remueve el obstáculo que existía para ejercerlo”, puesto que, este es un derecho que “nace del contrato de arrendamiento y no del acto autorizatorio”<sup>47</sup>, con lo cual “trátase de, por tanto, la autorización de desalojo de un acto declarativo que faculta al arrendador para que proceda al desalojo”, es decir, lo capacita para su ejercicio. En tal sentido, la doctrina nacional ha reconocido que “la autorización tiene por efecto suprimir el obstáculo legal para que el poder o derecho preexistentes puedan cabalmente ser ejercidos... otras veces, la actividad autorizada consiste en actos jurídicos... con el objeto de pedir a un inquilino la desocupación de una casa”<sup>48</sup>.

Además, asevera que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en caso de ejecución forzosa no detenta “ninguna competencia para que la administración lleve a cabo medidas ejecutivas de apremio sobre bienes privados, para hacer cumplir obligaciones de hacer en favor de otros particulares”<sup>49</sup>, tal y como exalta el artículo 80 *eiusdem*<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Mary Ramos Fernández. Obra citada. Nota 42, p. 80.

<sup>48</sup> Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. 5º ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1983, pp. 154 y 155.

<sup>49</sup> Mary Ramos Fernández. Obra citada. Nota 42, p. 81.

<sup>50</sup> Artículo 80: “La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes: 1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que esta designe, a costa del obligado. 2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que se le hubieran aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado. Cada multa podrá

Como argumento final el Magistrado asevera “que la Sala ha debido regular favorablemente la jurisdicción del Tribunal Noveno de Parroquia del Municipio Libertador del Distrito Federal, puesto que es a dicho Juzgado”<sup>51</sup>.

Siendo nuestro considerar que, al ser el criterio explanado por el Magistrado disidente del fallo proferida por la Sala Político-Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos dictados por la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento, mediante la cual se negó el posibilidad que la propia Administración Pública ejecutara sus dichos y guardando recelo con sus respectivas particularidades, pudiere ser perfectamente aplicado al caso en concreto, con lo cual se tendría que acudir a la Rama Judicial por conducto de sus funcionarios competentes, para que se materialice dicho acto administrativo deviniendo en la ruptura de la Autotutela Declarativa o Ejecutividad y la Autotutela Ejecutiva o Ejecutoriedad que ostenta la Administración Pública como potestades autonómicas. Existiendo, a su vez, la posibilidad de modificar este Decreto devolviendo esa función al órgano que naturalmente la ejerce.

Sin embargo, al no existir un vehículo reconocido por el ordenamiento jurídico, para hacer valer un acto administrativo dictado por las Inspectorías del Trabajo, la jurisprudencia no ha sido conteste en determinarlo; en un primer intento para resolver este problemática, de dejar incierta a las partes debido a la imposible ejecución del proveimiento administrativo dictadas por la Inspectoría del Trabajo, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 23-09-1999 caso Aidee Campo Pérez “declaro que se podía acudir al recurso por abstención o carencia en contra de la negativa de las inspectorías del trabajo a ejecutar sus propios actos administrativos”<sup>52</sup>, empero, no pareciere ser el vehículo procesal más idóneo, puesto que al existir un acto administrativo, esto no conlleva aparejada la existencia de una abstención por parte de la Administración Pública.

---

tener un monto de hasta diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), salvo que otra ley establezca una mayor, caso en el cual se aplicará ésta”.

<sup>51</sup> Mary Ramos Fernández. Obra citada. Nota 42, p. 81.

<sup>52</sup> Alejandro Manuel Canónico Sarabia: *El control Jurisdiccional sobre la Actividad de la Administración del Trabajo luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Trabajo Especial de Grado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo. Caracas 2012, p. 49 Ver disponible en: <http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/4105/1/T026800006524-0>  
canonicoalejandro\_finalpublicacion-000.pdf

En un segundo estadio, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1089 de fecha 11-05-2000 caso José Roger Zambrano “siendo la providencia dictada por el Inspector del Trabajo un acto administrativo, éste debía ejecutarla sin necesidad del auxilio judicial, por aplicación del principio de ejecutoriedad que de todo acto posee”<sup>53</sup>, criterio que según las consideraciones antes expuestas no pudiere ser aplicable.

Posteriormente, se adoptó la tesis de la implementación del amparo constitucional autónomo para hacer cumplir un acto administrativo dictado por las Inspectorías del Trabajo, todo ello mediante sentencia N° 285 de fecha 19-02-2002 dictada por la Sala Político-Administrativa de la cual se colige que:

Ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia de este alto Tribunal en cuanto a que los efectos del amparo constitucional son siempre restablecedores y nunca constitutivos, entendiéndose que el efecto restablecedor significa poner una cosa en el estado original, por lo que solo puede pretender el quejoso que se le coloque en la situación que ostentaba antes de que se produjera la lesión denunciada ante el juez.

No obstante, tampoco pareciere ser el adecuado para dicho fin, puesto que únicamente supondría colocar a la parte que resultó vencedora en el procedimiento administrativo, en la situación que se encontraba anteriormente a la vulneración de su esfera jurídica, caso en el cual debido a la pluralidad de situaciones que se pueden ventilar ante dicho órgano administrativo, se precisan realizar las siguientes consideraciones:

(i) En caso que se trate de un acto administrativo devenido del procedimiento administrativo de *reenganche*, restitución de la situación jurídica infringida y pago de salarios caídos, edificado en el artículo 425 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, apareja una bicefalia en las obligaciones para el patrono como sería primeramente una *obligación de hacer*, colocar al trabajador quejoso en la situación jurídica anterior a la vulneración de su esfera subjetiva y además, supone una *obligación de dar*, como sería el pago de los salarios caídos y demás beneficios laborales dejados de percibir; al existir esta dualidad de obligaciones tiene que forzosamente ser desechado este vehículo procesal extraordinario, debido a que al exigirse el pago de sumas de dinero, conjuntamente con la restitución del derecho infringido, se desnaturalizaría dicha acción.

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 50.

(ii) En caso que se trate de un acto administrativo devenido del procedimiento administrativo de solicitud de autorización de despido erigido en el artículo 422 *eiusdem*, entendido como un acto autorizatorio, que en ningún caso podría subsumirse dentro del ámbito de irradiación de la acción de amparo constitucional autónomo, al no existir la restitución de un derecho infringido, sino por el contrario, el levantamiento de los obstáculos construidos por el ordenamiento jurídico para ejercicio de un derecho.

Por todo lo antes expuesto, es nuestro considerar que, debe ser desechado el empleo del amparo constitucional autónomo para tal fin.

Respecto a la ejecución de decisiones administrativas y el medio idóneo para hacerlas efectivas, la Sala Constitucional en sentencia N° 2308, dictada el 14-12-2006 ha establecido lo siguiente:

Como se observa, la Sala ha sido del criterio, reiterado en fecha reciente para el caso concreto de los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, de que la ejecución de las decisiones administrativas debe ser exigida primeramente en vía administrativa y, en caso de no ser fructífera la gestión, agotado como haya sido el procedimiento de multa previsto en la Ley Orgánica del Trabajo Título XI, podría recurrir a los mecanismos jurisdiccionales ordinarios de los que conocen los tribunales de lo contencioso administrativo.

En fecha 30-04-2013, mediante sentencia N° 428 dictada por la Sala Constitucional ha sentado que:

En todo caso, sí procedería el amparo –sin lugar a dudas– en los supuestos en que, pese a la diligencia del interesado en solicitar la actuación de la Administración, no consiga satisfacción a su primigenia pretensión –el desalojo, el reenganche, por ejemplo–, pues es sabido que el poder de los órganos administrativos, a los efectos de la ejecución de cierto tipo de decisiones, es limitado, por lo que, en caso de desacato, apenas cuenta con instrumentos indirectos de presión, como las multas, las cuales en ocasiones se presentan como insuficientes para influir realmente en la conducta del obligado.

Se trata, pues, de un asunto que debe ser resuelto en atención a las circunstancias particulares del caso, teniendo como principio la necesidad, por una [sic] lado, de mantener los poderes de la Administración –la ejecutoriedad, en especial–y, por el otro, el respeto a los derechos de los particulares, que no pueden verse negados en caso de que las vías ordinarias demuestren su ineficacia.

...mientras que, en los casos que se susciten bajo la vigencia de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en la Gaceta Oficial (Extraordinaria) N° 6076, del 7 de mayo de 2012, se aplica el procedimiento que expresamente debe seguirse para la ejecución de providencias emanadas de la Inspectoría del Trabajo (Ver artículos 508 y siguientes). Así se declara.

Del criterio antes mencionado, el Magistrado ponente aduce que se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 508 y siguientes de la norma sustantiva que regula la materia, pero es el caso que, en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras no se consagra procedimiento de ejecución alguno, sino que genéricamente se le atribuyen al Inspector del Trabajo la competencia para ejecutar sus dichos<sup>54</sup>, por lo que mal pudiere el sentenciador remitir a un supuesto procedimiento de ejecución cuando no se encuentra tipificado. En cuanto al empleo del amparo constitucional autónomo, entiéndanse reproducidas las consideraciones antes realizadas.

Más recientemente mediante sentencia contenida en el Exp. N° 2019–0125 de fecha 08-10-2019 dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la cual se colige: “se impone ratificar una vez más el criterio –reiterado en sentencia de esta Sala Nro. 64 del 30 de enero de 2013– conforme al cual los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo son actos administrativos que gozan de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad”.

Sigue arguyendo que:

Por aplicación de los citados principios y en ejercicio de la potestad de autotutela, la Administración puede por sí sola realizar todas las actuaciones materiales tendentes a obligar o constreñir a los particulares a cumplir con sus actos o providencias, a cuyo fin cuenta con mecanismos expresamente previstos en la ley para ejecutar forzosamente sus decisiones...

...la Sala advierte que mediante la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, el Legislador patrio amplió los mecanismos con los cuales cuentan las Inspectorías del Trabajo para lograr la ejecución de sus propias decisiones, estableciendo además del procedimiento de multa –el cual, según las actas que conforman el expediente, no se evidencia que haya sido agotado en el caso de autos– una serie de actos u acciones, entre las que cabe referir la posibilidad de solicitar la pena de arresto para el patrono que incumpla u obstruya la ejecución de los actos emanados de las autoridades administrativas del trabajo (artículo 538 eiusdem).

En igual sentido, importa resaltar que el precitado cuerpo normativo en su artículo 512, creó la figura del Inspector de Ejecución dentro del seno de cada Inspectoría del Trabajo, en los términos siguientes:

---

<sup>54</sup> “Artículo 508: Cada Inspectoría del Trabajo estará a cargo de Inspector o Inspectora del Trabajo, quien ejercerá la representación de aquella en todos los asuntos de su competencia y cumplirá las instrucciones que le trasmita el ministro o ministra del Poder Popular en materia de trabajo y seguridad social. // Los Inspectores e Inspectoras del Trabajo, en el ejercicio de sus funciones y competencias. Podrán ejercer actos o acciones que garanticen la supervisión, divulgación y ejecución de sus propias decisiones”.

(...)

Así tenemos que, corresponde a dichos funcionarios la ejecución de los actos administrativos particulares que impongan alguna obligación a los patronos y, a propósito de tal competencia, se les faculta para adoptar determinadas previsiones ante el incumplimiento del obligado, a saber, dictar medidas cautelares, ordenar el procedimiento de sanción contra el patrono rebelde o reincidente, y solicitar la revocatoria de la solvencia laboral, pudiendo incluso requerir el apoyo de la fuerza pública y del Ministerio Público para el procedimiento de arresto.

De lo anterior se deriva, que la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, contempla de manera sistemática todo un mecanismo para hacer cumplir, en el ámbito de la propia Administración, las decisiones que emanen de las autoridades del trabajo, entre ellas, aquellas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, motivo por el cual, al no constatarse que dicho procedimiento haya sido agotado en el caso sub examine, debe esta Sala forzosamente concluir que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer y decidir la presente causa, por lo que corresponde a la Inspectoría del Trabajo ante la cual se ampararon los demandantes identificada por ellos como “Capital Sur”, agotar los mecanismos legales establecidos en el ordenamiento jurídico vigente, a efectos de obtener el cumplimiento de los citados actos. Así se declara.

Del último criterio sentado por la Sala se afirma que, con la egida de este Decreto se ampliaron las competencias atribuidas a la propia administración para la materialización de sus propios actos administrativos, mencionando el conjunto de sanciones satélites, que en el caso concreto, van desde la imposición de multas<sup>55</sup>, con ocasión del desacato a una orden dimanada del funcionario del trabajo (artículo 532)<sup>56</sup> pudiendo verse aumentada con ocasión de su reincidencia<sup>57</sup>, hasta la de mayor afectación como sería el arresto (artículo 538)<sup>58</sup>, según se colige de la norma sustantiva *eiusdem*, las cuales en

---

<sup>55</sup> Debiendo seguirse un procedimiento administrativo sancionatorio para tal fin, tal y como se erige en el artículo 542 y siguientes del Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

<sup>56</sup> “Artículo 532: Desacato a una orden del funcionario o funcionaria del trabajo Todo desacato a una orden emanada de la funcionaria o funcionario del ministerio del Poder Popular con competencia en materia de trabajo y seguridad social, acarreará al infractor o infractora una multa no menor del equivalente a sesenta unidades tributarias, ni mayor del equivalente a ciento veinte unidades tributarias”.

<sup>57</sup> “Artículo 540: En caso de que un infractor o una infractora al que se refieren los artículos anteriores reincida en el hecho que se le imputa, la pena prevista para la infracción se aumentará en la mitad”.

<sup>58</sup> “Artículo 538 El patrono o patrona que desacate la orden de reenganche de un trabajador amparado o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral; el que incurra en violación del derecho a huelga, y el que incumpla u obstruya la ejecución de los actos

ningún momento satisfacen el derecho de la parte vencedora en el procedimiento, debido a que con ellas no se puede doblegar la contumacia de la parte vencida, aduciendo, además, el sentenciador, que debe agotarse dicho procedimiento, vale decir, por el desacato, que según nuestro considerar, no supondría un avance alguno en el tema y no podría entenderse como un requisito transversal para el ejercicio de una futura acción en la sede judicial.

A su vez, hace mención a la inserción de un Inspector de ejecución según la letra del artículo 512 *eiusdem*<sup>59</sup>, a quien se le confirió la materialización de los actos administrativos, así como también, una muy peculiar, como sería el hecho de dictar las medidas cautelares cuando el acto administrativo no se cumpla en la temporalidad de ley o por no acatar sus condiciones, todo ello sin hacer mención a cual pudiera ser el ámbito de irradiación de la tutela cautelar, desnaturalizándola de cierto modo, ya que tal y como se encuentra redactado el artículo, pareciera que serán dictadas con posterioridad a que sea proferido el acto administrativo definitivo, rompiendo con las características intrínsecas de toda providencia cautelar, –instrumentalidad, provisoriedad, variabilidad, urgencia–, existiendo cuando “en vez de ser autónomo, sirve

---

emanados de las autoridades administrativas del trabajo, será penado con arresto policial de seis a quince meses. Esta pena, tratándose de patronos o patronas asociados o asociadas, la sufrirán los instigadores o instigadoras a la infracción, y de no identificarse a éstos o estas, se aplicará a los miembros de la respectiva junta directiva. El inspector o inspectora del trabajo solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente”.

<sup>59</sup> “Artículo 512: Cada Inspectoría del Trabajo tendrá Inspectores o Inspectoras de Ejecución con la suficiente jerarquía, facultad y competencia para ejecutar y hacer cumplir todos los actos administrativos de efectos particulares, que hayan quedado firmes y que requieran medios y procedimientos para hacer cumplir el contenido de los mismas, que garanticen la aplicación de las normas de orden público del trabajo como hecho social y protejan el proceso social de trabajo. Serán facultades y competencias de los Inspectores o Inspectoras de Ejecución: a) Ejecutar los actos administrativos de efectos particulares que le sean aplicables a los patronos y las patronas. b) Dictar medidas cautelares en los supuestos en que el acto administrativo no se cumpla en el plazo de ley, ni acatadas sus condiciones, pudiendo ordenar el procedimiento de sanción por reincidencia o rebeldía del patrono o patrona. c) Solicitar la revocatoria de la Solvencia Laboral hasta que se demuestre el cumplimiento del acto administrativo de que se trate. // A los efectos de ejecutar las previsiones mencionadas y en caso de necesidad, cuando exista obstrucción por parte del patrono o patrona o de sus representantes, los Inspectores e Inspectoras de Ejecución podrán solicitar el apoyo de la fuerza pública que estará en la obligación de prestarlo. El Inspector o Inspectoras de Ejecución podrá solicitar, además, la actuación del Ministerio Público para el procedimiento de arresto del patrono, patrona o sus representantes que obstaculicen la ejecución de la medida, de lo cual informará al ministro o ministra del Poder Popular en materia de Trabajo y Seguridad Social”.

para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)”<sup>60</sup>.

Entonces “como quiera que el proceso cautelar nunca es autónomo, en el sentido que necesariamente está referido a otro proceso, presenta igualmente un carácter provisional”<sup>61</sup>, es por esta razón que aceptar que un funcionario una vez proferido el acto definitivo dicte una determinada medida cautelar sería un despropósito, al primero no anticipar “la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior; segundo satisfi[er] la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo... y tercero, sus efectos están preordenados y atendidos a lo que resuelve la providencia de mérito subsecuente”<sup>62</sup>, sin mencionar el hecho que en ningún momento se requiere que medie solicitud de parte interesada, supliendo, dicho funcionario, las actuaciones que conciernen a las partes.

De otra parte, de asumir la interpretación que únicamente el funcionario podrá ordenar el procedimiento de sanción por reincidencia o rebeldía del patrono, cuando el acto administrativo no se cumpla en el plazo de ley o no sean acatadas sus condiciones, así como también, revocar su solvencia laboral, como supuestos del proveimiento cautelar, se evidenciaría la errónea terminología empleada por el legislador y su falta de técnica legislativa, al atribuir un supuesto carácter cautelar a una potestad sancionatoria, en tal tendido se reeditaría el criterio precedentemente expuesto, en el cual este órgano administrativo por conducto de sus funcionarios solo tendría la competencia de imponer un conjunto de sanciones satélites que en ningún momento doblegaría la contumaz voluntad de la parte vencida, siendo irrisoria la ejecución del acto administrativo definitivo dictado por las Inspectorías del Trabajo.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Como queda evidenciado a lo largo de este opúsculo, en ningún caso las Inspectorías del Trabajo podrían hacer cumplir de modo coactivo los actos administrativos, por ella proferidos, puesto que al encontrarse en juego un interés particular, ésta no podría desplegar las autonómicas potestades para autotutelar su actuar, necesitando de la asistencia de la Rama Judicial para

---

<sup>60</sup> Francesco Carnelutti: *Instituciones del Proceso Civil*. Primera edición castellana, traducido por Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959. Vol. I. Obra citada por Ricardo Henríquez La Roche: *Medidas Cautelares (según el Nuevo Código de Procedimiento Civil)*. 3° ed. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Maracaibo. 1988, p. 26.

<sup>61</sup> Ricardo Henríquez La Roche. Obra citada, p. 27.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 39.

que, mediante un acto homologatorio pueda otorgarle eficacia al acto primigenio, siendo por sí sólo inejecutable vulnerando flagrantemente, de este modo, el derecho que nace en cabeza del particular.

Así las cosas, salta a la vista la necesidad de modificar el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, con el objeto de suprimir las Inspectorías del Trabajo y con ello las peculiares competencias que les han sido otorgadas y devolverlas al órgano que naturalmente las desempeña, como viene a ser la Rama Judicial del Poder Público, a los fines que no se convierta en letra muerta la resolución de estas controversias.

# LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS O DIFUSOS EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Jesús Villegas<sup>1</sup>

**Resumen:** La defensa de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, se compone de un sistema integral de acuerdo al cual, en diversas estructuras orgánicas, se establecen determinados organismos encargados de su protección. En el caso particular de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes, se establece un complejo orgánico mediante el cual organismos de diversa naturaleza, están facultados para hacer frente a la violación o amenaza de violación de este tipo de derechos. Al estudio de este sistema, están dedicadas las siguientes líneas.

**Palabras clave:** Derechos colectivos o difusos – Niños, niñas y adolescentes – LOPNNA.

**SUMARIO. Introducción. I.** Consideraciones generales sobre los derechos colectivos o difusos. **II.** De la protección de los derechos colectivos o difusos en los niños, niñas y adolescentes: **1.** La protección en sede jurisdiccional. **2.** La protección en sede administrativa. **III.** Críticas. **Conclusión.**

*“Anyway, I keep picturing all these little kids playing some game in this big field of rye and all. Thousands of Little kids, and nobody’s around –nobody big, I mean– except me. And I’m standing on the edge of some crazy Cliff. What I have to do, I have to catch everybody if they start to go over the Cliff –I mean– if they’re running and they don’t look where they’re going I have to come out from somewhere and catch them. That’s all I’d do all day. I’d just be the catcher in the rye and all. I know it’s crazy, but that’s the only thing I’d really like to be. I know it’s crazy”. The Catcher in the Rye. J. D. Salinger.*

## INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos colectivos o difusos, ha supuesto un punto de especial interés en nuestro ordenamiento jurídico en lo que a su reconocimiento respecta. Directamente vinculados al fenómeno social de masificación de la sociedad, su regulación ha venido aparejada a cambios estructurales en la concepción del Estado. En ese sentido, de acuerdo al nuevo modelo de Estado social de derecho, se parte de la idea primigenia –aunque

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2009).

no de un modo absoluto, claro está- de que lo colectivo se impone a lo individual<sup>2</sup>.

Es por ello entonces que a partir de la Constitución de 1999, a la par del clásico reconocimiento a los derechos individuales se establece la protección de los derechos de naturaleza transpersonal o supraindividual. En efecto, de conformidad con el artículo 26 de la norma fundamental, se reconoce el derecho de toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer no sólo sus derechos individuales sino también los derechos colectivos o difusos.

Se trata entonces de un derecho de rango constitucional cuyo reconocimiento, por cierto, figura como una auténtica novedad en el constitucionalismo venezolano. Tal situación en principio, es hecha valer a través de una acción judicial que sería luego positivizada en nuestro ordenamiento jurídico.

Ese reconocimiento, en principio, de cara a la Constitución solo se admite, en sede judicial. Pues, de hecho, del mencionado artículo 26 se deriva el principio generalmente conocido como de la tutela judicial efectiva. Sin embargo y ante ello, cabría la pregunta de si tales derechos no pueden ser reconocidos en sede administrativa, y antes por el contrario, su protección es única y exclusiva de la sede jurisdiccional.

Pues bien, dicha situación de vulnerabilidad de ese tipo de derechos pudiera incidir en la práctica, en la esfera jurídico subjetiva de un grupo de personas. Tal pudiera ser el caso entonces, de la lesión o amenaza de lesión de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes, situación que de presentarse tendría al menos dos vías claras de tutela o protección a tales derechos, a saber, la vía administrativa y la vía judicial.

Nos hemos referido ya, a la acción judicial que en tales supuestos se pudiera intentar por ante los tribunales a los fines de que el órgano judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional dicte una decisión tendente a restituir la situación jurídica infringida. Pero por otro lado, de acuerdo a la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante, LOPNNA) y formando parte del sistema rector de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, figura de manera específica la presencia de determinado organismo, que en sede administrativa, tiene encomendada la misión de proteger este especial tipo de derechos en la materia de niños, niñas y adolescentes.

---

<sup>2</sup> Rafael Badell Madrid: *La protección de los intereses difusos o colectivos en Venezuela (Class Action)*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2014, p. 5.

En el presente artículo, queremos examinar de manera general el sistema de protección de las violaciones o amenazas de violaciones a los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes, que como vemos, se nos presenta desde dos perspectivas. Por un lado, la protección a nivel jurisdiccional a través de dos especiales acciones judiciales y por el otro, en sede administrativa, por medio del reconocimiento de específicas atribuciones en la materia al Consejo de Derechos del Niño, Niña y Adolescente previsto en la LOPNNA el cual forma parte, repetimos, de lo que la propia ley consagra como el sistema rector de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Sobre este último punto, queremos destacar ciertas inconsistencias en cuanto a su función como el protector de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes, al tiempo de hacer varias críticas a su actividad protectora, todo ello en atención al papel que de acuerdo a la Ley, está llamado a jugar este especial organismo de tutela de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes.

## **I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DERECHOS COLECTIVOS O DIFUSOS**

Como hemos dicho ya, a partir de la Constitución de 1999 se consagra de manera novedosa el reconocimiento de los derechos colectivos o difusos, cuya protección de cara al artículo 26 constitucional, deberá ser ventilada en sede jurisdiccional, lo cual se materializará en la práctica por medio de una verdadera acción judicial. Se ha consagrado entonces, a partir de la Constitución de 1999, el reconocimiento a la tutela judicial de los derechos colectivos o difusos. Ello, nos revela la idea de una situación de afectación que debe incidir de manera directa en la esfera jurídica subjetiva de un grupo o colectivo de personas de carácter determinable o no. Razón por la cual, tienen la característica de ser verdaderos derechos de naturaleza supraindividual, por oposición al derecho que le asiste a toda persona individualmente considerada.

Hay que ser enfático en reconocer, por otra parte, el hecho de que se trata de dos tipos de derechos de naturaleza distinta. En abono de ello destaca la utilización de la “o” como conjunción que expresa diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o idea.

En ese sentido se hace necesario hacer la debida distinción entre este especial tipo de derechos. Por una parte, los intereses colectivos denotan la idea de aquéllos derechos pertenecientes a determinado grupo de personas, pero que tengan la categoría de perfectamente determinables, lo cual quiere

decir que el grupo del cual se trate, forme parte de una colectividad limitada y determinada, y la cual se encontraría unida mediante un vínculo jurídico común. Sector poblacional que es determinable e identificable como característica fundamental de este tipo de derechos. Como ejemplo de derechos colectivos, estarían los pertenecientes a las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, las comunidades organizadas, entre otros.

Por su parte los difusos, versan igualmente sobre una pluralidad de sujetos pero que en este caso particular los mismos no presentan la particularidad o el carácter de determinables e individualizables. Se trata de la existencia de grupos no organizados jurídicamente. Como ejemplo de este caso podemos traer a colación el clásico ejemplo de las asociaciones que pretenden evitar la venta o distribución de productos nocivos para la salud. Lo difuso entonces, por el carácter indeterminado del grupo y por la imposibilidad de ser identificable e individualizable.

Para el caso de los niños, niñas y adolescentes, es colectivo el derecho de un grupo específico de niños, por ejemplo los de un aula en la escuela. Es difuso cuando corresponde a las comunidades, cuando los perjudicados no pueden ser individualizados inmediatamente, por ejemplo, todos los niños de un municipio. Con relación al derecho a la salud, por ejemplo, si en una localidad se instala una fábrica de cemento que contamina el aire y amenaza afectar (o afecta) los pulmones de todos los niños y adolescentes que allí residen, se trataría de un caso de amenaza a sus derechos difusos<sup>3</sup>. Si esa misma lesión se produce con respecto a una escuela que se encontraría, en un caso hipotético, colindando con dicha fábrica, estaríamos refiriéndonos entonces a la violación de derechos colectivos.

Finalmente, debemos precisar que los derechos colectivos o difusos serían amenazados cuando un grupo de personas está en la inminencia de ser privados de bienes o intereses protegidos por ley. Serían violados entonces, cuando esa privación se concreta. Asimismo, y como la situación no es restrictiva en lo absoluto en atención a un grupo o grupos específicamente considerados, bien pudiera darse el caso entonces de una situación de lesión o amenaza de lesión de un colectivo configurado por un grupo de niños, niñas y adolescentes, quienes en ese supuesto de hecho requerirían de la debida protección de sus derechos colectivos o difusos.

---

<sup>3</sup> María G. Morais de Guerrero: *El sistema de protección previsto en la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente. Especial referencia a los órganos administrativos. Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas, 2000, p. 87.

A las dos vías de protección que en principio existirían para la tutela de tales derechos, para el caso de los niños, niñas y adolescentes, dedicaremos las siguientes líneas.

## II. DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS O DIFUSOS EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

### 1. La protección en sede jurisdiccional

La constitucionalización de la tutela judicial de los derechos colectivos o difusos, ha traído consigo la implementación de una serie de instrumentos adjetivos de impugnación capaces de atacar conductas, hechos u omisiones lesivas de estos derechos. Referido al ámbito de la protección de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes, uno de los tipos de protección de estos derechos, sería el realizado a nivel jurisdiccional. Hablamos aquí en todo caso de la protección judicial de tales derechos.

A partir de la Constitución de 1999, la defensa de los derechos colectivos o difusos supone un verdadero derecho de acción destinado a proteger derechos de tipo supraindividual y no susceptibles de fragmentación, por la acción, actuación u omisión de sujetos de Derecho Privado o Público<sup>4</sup>. Lo cual implica que, tal reconocimiento debe llevar aparejado un procedimiento judicial para su satisfacción. En ese sentido, haremos referencia aquí entonces, al mecanismo procesal previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para la tutela de este especial tipo de derecho de naturaleza transpersonal.

La acción para la defensa de los intereses colectivos o difusos debe ser entendida entonces como un medio de impugnación de rango constitucional, especial, autónomo, subjetivo, de orden público y con efectos *erga omnes*, conferida a los titulares de derechos e intereses colectivos o difusos, de índole supraindividual no susceptibles de fragmentación, que no está sometida a lapsos de prescripción o caducidad, y se ejerce para obtener la tutela de los mencionados derechos e intereses, por la actuación u omisión de sujetos de Derecho Público o Privado<sup>5</sup>.

Con relación a la figura de la acción debemos destacar que ésta es una de eminente orden procesal. Al respecto, la doctrina nacional<sup>6</sup> ha señalado que junto con las nociones de proceso y jurisdicción, conforman un “trinomio

---

<sup>4</sup> Rafael Badell Madrid: Ob. cit., p. 7.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 4.

<sup>6</sup> Aristides Rengel-Romberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Editorial Arte. Caracas, 1995, p. 97.

sistemático fundamental” dentro del derecho procesal moderno. También se ha señalado que en el lenguaje ordinario la acción suele ser confundida comúnmente con la pretensión para señalar que muy comúnmente la figura suele ser identificada con el derecho material que se quiere proteger, y así se hace alusión a la acción posesoria, la acción reivindicatoria, entre otras, lo cual es considerado como un sentido material o sustancial incorrecto ya que ésta, la acción, es una sola, autónoma e independiente<sup>7</sup>. Considerada incluso una especie dentro del género del derecho de petición<sup>8</sup>. Entonces tenemos que la acción vendría a ser la petición para activar la función jurisdiccional la cual se ejercita por medio de la demanda que contiene a su vez la pretensión como el objetivo concreto que persigue el demandante en un proceso<sup>9</sup>. No obstante ello, de acuerdo a su definición más sencilla, la acción vendría a ser el derecho a la jurisdicción.

Comúnmente conocidas también como *Class Actions* en atención a ordenamientos foráneos, mayormente vinculados al sistema de derecho del *common law*, este especial mecanismo de tutela judicial ha atravesado en el país un breve recuento que es necesario destacar. Primeramente como sabemos, la Constitución de 1999, incorpora en su artículo 26 el reconocimiento judicial a esta clase de derechos de carácter supraindividual. Sin embargo, hasta ese entonces no había una especial vía jurisdiccional para hacer valer tal especial tipo de pretensiones. Tradicionalmente se consideró que el mecanismo de protección de tal tipo de derechos sería el amparo constitucional<sup>10</sup>. No obstante, sería en un primer momento la jurisprudencia la que iría perfilando los caracteres esenciales tanto de tipo sustancial como formal de la institución<sup>11</sup>. Hasta que finalmente, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>12</sup> aparecería consagrada un especial mecanismo jurisdiccional de tutela de este tipo de derechos: la demanda de protección de derechos colectivos o difusos<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> Hernando Devis Echandía: *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad. Buenos Aires, p. 196.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p. 183.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 175.

<sup>10</sup> María Amparo Grau: “Los intereses colectivos y difusos”. *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*. N° 2. Caracas, 2001, p. 195.

<sup>11</sup> Sentencia de la Sala Constitucional N° 2354 del 03-10-2002.

<sup>12</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29-07-2010, reimpressa en N° 39.483 del 09-08-2010 y N° 39.522 del 01-10-2010.

<sup>13</sup> Allan Brewer Carías: “Introducción general al régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los Procesos y Procedimientos constitucionales y contencioso electorales”. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Editorial Jurídica Venezolana*. Caracas, 2010, pp. 141 y ss.

Con relación a este especial mecanismo de protección a nivel jurisdiccional, conviene pasar revista brevemente por algunos aspectos de orden procesal como lo relativo a la legitimación, competencia, requisitos de la demanda, emplazamiento de los interesados, lapso probatorio, medidas cautelares, audiencia pública, decisión de juicio y apelación.

En primer lugar, en lo referido al tema de la legitimación debemos destacar que se trata de una verdadera acción popular dado que “toda persona” puede demandar la protección de los derechos colectivos o difusos (artículo 146). Con relación a este tema de la legitimación es pertinente traer a colación la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>14</sup>, relativa al tema de la legitimación en el marco de acciones intentadas en la defensa de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, en el caso referido se trataba de una petición de tutela constitucional ejercida con base en los derechos o intereses colectivos, que involucran a toda la sociedad venezolana, y en específico referido al bienestar de los niños y adolescentes que habitan en el país.

En esa oportunidad, los accionantes adujeron además de obrar en nombre de los niños y adolescentes, actuar en nombre propio, para ejercer amparo constitucional contra los medios de comunicación televisivos por haber cercenado y manipulado los hechos que acaecieron el 11-04-2002, creando, supuestamente, con tal actuación un caos en la convivencia humana, al incitar al odio, a la violencia y al irrespeto contra los demás habitantes de Venezuela y solicitar que durante el horario destinado al público infantil sólo se exhiban programas educativos.

En el caso concreto, sobre el tema de la legitimación la Sala afirmó que no existía en los actores una verdadera legitimación para intentar la acción ya que no podría admitirse como legítimos representantes de la sociedad civil, a grupos de personas que por iniciativa propia se adjudiquen tal representación, sin que se conozca cuál es su respaldo en la sociedad ni sus intereses, y sin que pueda controlarse a qué tipo de intereses responden.

Por otra parte, en relación a la competencia existe un fuero atrayente por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, siempre que se trate de casos que tengan especial trascendencia nacional. Para todos los demás casos serán competentes para conocer este especial medio de impugnación judicial los tribunales de primera instancia en lo civil existentes dentro de la localidad en donde los hechos se hayan generados (artículo 146).

---

<sup>14</sup> Sentencia N° 2425 del 11-10-2002.

De acuerdo a la propia Sala Constitucional<sup>15</sup> ante circunstancias que afecten el normal desenvolvimiento de derechos constitucionalmente protegidos a un número indeterminado de sujetos, y que presenten evidente proyección nacional, la competencia para el conocimiento y decisión de una acción por intereses colectivos o difusos le corresponde de conformidad con su propia doctrina sobre la materia.

Por su parte, y a los fines de la admisión de la demanda, el escrito presentado debe presentar una serie de formalidades (artículo 147) relativas a: la identificación del demandante y la persona que actúe en su nombre; suficiente identificación del demandante y del demandado, señalando a su vez su domicilio; la relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión; cualquier explicación complementaria relacionada con la situación jurídica infringida, a fin de ilustrar el criterio jurisdiccional; y la identificación de los instrumentos en que se fundamenta la pretensión, los cuales deben ser producidos con el escrito de demanda. Asimismo, para el caso de que la solicitud no llene estos requisitos se le concede a la parte un lapso de tres días para que corrija los defectos u omisiones.

Con relación al tema de la admisión, de conformidad con el artículo 151 de la Ley el tribunal debe pronunciarse sobre la misma en el lapso de cinco días de despacho siguientes a la oportunidad en que se dé cuenta de la demanda o de su corrección. A su vez, el emplazamiento de los interesados debe realizarse mediante cartel el cual debe ser publicado en un diario de circulación nacional o regional para que los interesados concurran dentro de los diez días de despacho siguientes a que conste en autos su publicación (artículo 153).

En cuanto al lapso de pruebas, vencida la oportunidad para dar contestación a la demanda se debe iniciar un lapso de diez días de despacho para promover pruebas (artículo 156). También, en cualquier estado y grado del proceso las partes pueden solicitar al tribunal y éste puede acordar aún de oficio las medidas cautelares que estime pertinente (artículo 163). Las partes deben asistir a la Audiencia Pública que el Tribunal fijará en donde la insistencia del actor se entenderá como desistimiento de la demanda salvo que el Tribunal considere que la causa es de orden público.

Contra la decisión que se dicte en primera instancia se oirá apelación ante el juzgado superior en lo civil, dentro de los cinco días de despacho siguientes a su publicación o notificación (artículo 161).

---

<sup>15</sup> Sentencia N° 1560 del 21-10-2008.

En palabras de la Sala Constitucional<sup>16</sup>, mediante este tipo de demandas lo que se persigue es enervar una lesión que proviene de violaciones a derechos y garantías constitucionales, la vía procedente es la acción de amparo para restablecer una situación jurídica ante esas infracciones. Si lo que se pretende es exigir resarcimientos a los lesionados, solicitar el cumplimiento de obligaciones, prohibir una actividad o un proceder específico del demandado, o la destrucción o limitación de bienes nocivos, restableciendo una situación que se había convertido en dañina para la calidad común de vida o que sea amenazante para esa misma calidad de vida, lo procedente es incoar una acción de esta naturaleza, en cuyo fallo se podrá condenar al demandado a realizar determinadas obligaciones de hacer o no hacer, y hasta indemnizar a la colectividad, o a grupos dentro de ella, en la forma como ordene el juez, con señalamiento de cuáles instituciones sociales o públicas, o cuáles personas, serán acreedoras de la indemnización.

Por otra parte, debemos traer a colación el hecho de que como nota novedosa la LOPNNA ha incorporado en su articulado la llamada acción de protección. Se trata de una verdadera acción judicial de protección, la cual sólo procede, a nivel jurisdiccional y para la tutela de derechos e intereses colectivos o difusos de niños y adolescentes, lo que permite situarla dentro de la exclusiva competencia de los jueces de protección<sup>17</sup>.

Ubicada en el artículo 276 de la LOPNNA, a tal respecto la referida norma establece lo siguiente: “La acción de protección es un recurso judicial contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos o instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes”.

De conformidad con la Ley, la referida acción incorpora una serie de notas definitorias las cuales podemos agruparlas todas de la manera siguiente. Se trata en primer lugar de una verdadera acción judicial que sólo puede ser ejercida por ante los tribunales, en este caso los tribunales de protección. La finalidad que persigue es la tutela jurisdiccional de los derechos supraindividuales de los niños, niñas y adolescentes. Cuenta con un número cerrado de legitimados activos que se encuentran señalados en la Ley como los exclusivos representantes de los derechos e intereses colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes (artículo 278).

Se trata entonces de una acción judicial con una acción de protección, reservada, como se dijo, ámbito judicial, y cuya finalidad es, de manera

---

<sup>16</sup> Sentencia N° 3649 del 19-12-2003.

<sup>17</sup> LONGO, Paolo: “La acción de protección”. *Introducción al Estudio de la LOPNA*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000.

exclusiva, la tutela de intereses colectivos y difusos referidos a niños, niñas y adolescentes. Se constituye la referida acción, en un recurso judicial destinado hacer cesar la amenaza o vulneración mediante la imposición de obligaciones de hacer o no hacer.

De acuerdo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>18</sup> la acción de protección se erige en un medio procesal idóneo para tutelar situaciones que afecten derechos colectivos o difusos de niños, niñas y adolescentes. A su vez ha precisado la Sala<sup>19</sup> que, respecto de la competencia para su conocimiento y decisión, la misma recae en los órganos competentes en materia de protección de niños, niñas y adolescentes por expresa previsión legal, ello como una excepción a la competencia natural de la Sala para conocer las demandas por intereses colectivos o difusos de acuerdo al criterio rector fijado en su oportunidad<sup>20</sup>.

En la acción de protección los sujetos serían los siguientes: un solicitante debidamente legitimado para actuar en beneficio de una colectividad o de una categoría subjetiva en situación difusa; un evento que atente contra la integridad y pleno goce de un derecho que comparten en forma indivisible todas aquellas personas determinadas o no que se encuentra en la misma situación jurídica y que por ello constituyen un colectivo, o un evento que atente contra la integridad de un derecho que comparten todos, más allá de cualquier categoría subjetiva colectiva; y un vínculo común a todos, que en el supuesto del interés colectivo ha de ser un acto, un comportamiento, una situación o cualquier entidad jurídica que obre como causa o título común alrededor del cual se constituye el colectivo; mientras que en el caso del interés difuso es la simple y llana condición de ciudadano, de habitante de un territorio, de individuo de la especie humana. Estos elementos en su conjunto constituirían la pretensión de la acción de protección; esto es, los sujetos, el objeto y la causa de pedir.

No dudamos en reconocer que la acción de protección es el instrumento más poderoso que tiene a la mano el Consejo de Protección en el marco de la defensa de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, la LOPNNA consagra en el segundo párrafo del artículo 466 la posibilidad de solicitar medidas preventivas en forma previa al proceso como un mecanismo de protección a la niñez y adolescencia, lo cual también resulta aplicable para la protección de derechos colectivos o difusos de niños, niñas y adolescentes en interpretación del artículo 322 *ejusdem*. En ese sentido,

---

<sup>18</sup> Sentencia N° 1560 del 21-10-2008.

<sup>19</sup> Sentencia N° 1659 del 16-06-2003.

<sup>20</sup> Sentencia N° 656 del 30-06-2000.

podemos traer a colación la solicitud de medida preventiva anticipada interpuesta por la Asociación Civil Centros Comunitarios de Aprendizaje (CECODAP) por ante Juzgado de Protección en materia de niños, niñas y adolescentes, contra el Ministerio del Poder Popular para la Salud, y a favor de los derechos difusos de niños, niñas y adolescentes en relación al acceso a medicamentos esenciales y protección del derecho a la salud<sup>21</sup>.

La solicitud de medida preventiva anticipada, como un mecanismo especialísimo de protección a la niñez y adolescencia, se fundamentó en la dificultades en el acceso y la situación de escasez de medicamentos esenciales para los niños, niñas y adolescentes, siendo una circunstancia que abiertamente vulnera el artículo 41 de la LOPNNA, específicamente en la obligación que tiene el Estado venezolano de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el suministro gratuito y oportuno a medicamentos, prótesis y otros recursos necesarios para su tratamiento médico o rehabilitación. Todo ello en el marco del derecho en el acceso a medicamentos como condición necesaria del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes.

## 2. La protección en sede administrativa

Con relación a ese especial sistema de protección, el mismo parte de lo que al respecto se establece en la Ley rectora en la materia que no es otra que la LOPNNA. Promulgada en octubre de 1998, esta Ley simboliza la conclusión de un proceso de adecuación de la legislación venezolana a la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989 y ratificada por Venezuela, en 1990. La LOPNNA como la definitiva adecuación de la legislación venezolana a los principios establecidos en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (CIDN), partió entre otras cosas, del principio de desjudicialización de la atención a la infancia, lo cual permitió la existencia de organismos administrativos de protección, permitiendo descentralizar la atención y terminar con el colapso de los tribunales.

Este conjunto orgánico de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes es lo que ha dado por llamarse como la Administración Pública para la protección de los niños, niñas y adolescentes<sup>22</sup>. En ese sentido, por tal expresión debemos entender, aquél complejo orgánico dotado de una serie de figuras organizativas dispuestas por la Ley a los fines de alcanzar de manera

---

<sup>21</sup> <http://elucabista.com/wp-content/uploads/2016/02/CECODAP-medida-preventiva-acceso-a-medicamentos-esenciales-25012016.pdf>

<sup>22</sup> Jorge Luis Suárez Mejías: *Derecho Administrativo, LOPNNA y protección de niños, niñas y adolescentes*. Editorial Jurídica Venezolana. CIDEP. Caracas, 2015.

integral la protección de los sujetos destinatarios que en definitiva serían los niños, niñas y adolescentes.

Podríamos partir indicando que esa estructura se agrupa en lo que se conoce de acuerdo a la Ley como el sistema rector. Conformado por una serie de organismos de naturaleza administrativa, ese sistema se compone a su vez, de ciertos organismos de carácter estrictamente judicial. Por lo que entonces, en ese sistema rector confluyen una serie de organismos pertenecientes a estructuras de naturaleza administrativa y judicial.

En el artículo 119 se establecen los integrantes de ese sistema, y al respecto se destacan los siguientes: Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de protección integral de niños, niñas y adolescentes; Consejos de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y Consejos de Protección de niños, niñas y adolescentes; Tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes y Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia; Ministerio Público; Defensoría del Pueblo; Servicio Autónomo de la Defensa Pública; Entidades de atención; Defensorías de niños, niñas y adolescentes; y los consejos comunales y demás formas de organización popular.

Como vemos, el sistema está compuesto por órganos tanto administrativos como judiciales. Dentro de los organismos de naturaleza administrativa pertenecientes a dicho sistema vale traer a colación los Consejos de Protección y los Consejos de Derechos. Estos últimos, de especial importancia a los fines del presente trabajo.

En efecto, la Ley encomienda la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes tanto en su perspectiva individual como supraindividual a dos organismos en particular. Por una parte, los Consejos de Protección, son los encargados en la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes individualmente considerados. Por su parte, los Consejos de Derechos son los encargados en la protección de los derechos de la infancia y adolescencia en su perspectiva de derechos supraindividuales, por ello, son estos organismos entonces los facultados para ejercer la protección de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes en sede administrativa.

Conformando lo que se ha dado por denominar como el diseño estructural del sistema integral de protección de los derechos e intereses de los niños y de los adolescentes, conformado por dos grandes dimensiones o componentes; a saber, la estructura administrativa y la estructura jurisdiccional. Dentro de la estructura administrativa, se encuentran como se dijo dos organismos de vital importancia en la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ellos son, el Consejo de Derecho y el Consejo de

Protección. Aunque su diferenciación de cara a la Ley merece algunas líneas, baste por ahora tan solo con destacar que al primero de ellos le corresponde la defensa de los derechos colectivos o difusos, mientras que al segundo, la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, individualmente considerados.

Se trata entonces de dos órganos de la Administración Pública, que como dijimos, presentan ciertas particularidades desde el punto de vista de la organización administrativa que conviene precisarlas de seguidas. En primer lugar, en cuanto a la naturaleza jurídica de ambas figuras, por el lado del Consejo de Derecho se trata de verdaderos Institutos Autónomos (cita ley) y por el lado de los Consejos de Protección, de unidades administrativas dentro de las Alcaldías correspondientes.

En efecto, en el caso del Consejo de Derechos, pese a que el mismo tiene presencia en los tres niveles político territoriales, nacional estatal y municipal, se presente siempre bajo la forma jurídica de Instituto Autónomo, derivándose de ello las consecuencias jurídicas de autonomía en el ejercicio de sus funciones, a nivel presupuestario, etc. De manera de que no se trata en todo caso de órganos pertenecientes a la estructura orgánica de cualquiera de las personas político territoriales. Situación que en cambio, sí sucede en el caso de los Consejos de Protección, al ser estos verdaderas unidades administrativas ubicadas dentro de la estructura orgánica de los Municipios, en una clara y notoria relación de jerarquía con relación a la máxima autoridad de la persona territorial de la cual forman parte.

Los Consejos de Derechos están presentes como vimos, en los tres niveles, entiéndase, municipal, regional y nacional, mientras que los Consejos de Protección sólo están presentes de conformidad con la Ley, en el nivel local, entiéndase municipal.

Pues bien, de conformidad con la Ley los Consejos de Derechos son los organismos que en sede administrativa tienen encomendada la protección de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes (artículo 134). Para el caso de la protección de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes en sede administrativa, y de acuerdo a la LOPNNA, habría que dar cuenta de las competencias otorgadas por la ley a los Consejos de Derechos (artículos 137, 143 y 147): *“Artículo 137. Atribuciones. Son atribuciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes: (...) m) Conocer casos de amenazas o violaciones a los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes”*.

Ésta facultad está reconocida igualmente para los Consejos Municipales de Derechos, reducida al ámbito municipal. Al respecto, la LOPNNA señala

lo siguiente: *“Artículo 147. Atribuciones. Son atribuciones de los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes: (...) k) Conocer casos de amenazas o violaciones a los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito municipal”*.

Como vemos, en una forma bastante parca la norma destaca solo la facultad para el Consejo de Derechos para conocer los casos de violación o amenaza de violación de los derechos colectivos o difusos. Creemos que esa facultad estaría dada solamente para que el Consejo de Derechos teniendo en cuenta una situación concreta de amenaza o violación de derechos colectivos o difusos, intente por ante los Tribunales de Protección, la correspondiente Acción de Protección.

Sin embargo, y desde un punto de vista práctico, de la referida situación se derivan una serie de interrogantes como por ejemplo, quienes estarían legitimados para denunciar la situación en sede administrativa, la forma de hacer la denuncia, necesidad o no de hacerse acompañar por abogado, la posibilidad de dictar diligencias preliminares, medidas preventivas y decretos de sustanciación que se consideren necesarios a fin de garantizar una pronta reparación de la situación jurídica infringida, pero por sobre todo la atención que en sede administrativa debería dársele a los afectados en atención a la situación en concreto. Sobre todo porque en muchos casos se requerirá de una acción expedita tendente a proteger los derechos colectivos o difusos violados o amenazados de violación.

El sistema de protección en sede administrativa, se nos presenta entonces como francamente limitado. Ello lo decimos porque, de cara a la Ley, las acciones que en dado caso pudiera ejercer el Consejo de Derechos carecen de eficacia jurídica directa, correspondiéndole entonces al juez en el ejercicio de la función jurisdiccional, el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Consideramos que esta situación debe solventarse en el reglamento de la LOPNNA instrumento normativo que no ha sido dictado a la fecha y cuya elaboración corresponde según la Ley (artículo 133) al órgano rector, entiéndase por tal al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de protección de niños, niñas y adolescentes.

De conformidad con la Ley (artículo 134), los Consejos de Derechos ejercen funciones deliberativas, contraloras y consultivas. Al respecto se reconoce que de acuerdo al control que por Ley está llamado a prestar el Consejo de Derechos podría dividirse en tres grandes ámbitos, relativos o lo que ha dado por llamarse como “formas de control de los derechos colectivos

o difusos”<sup>23</sup>. Así, en primer lugar se destaca el control primario o de prevención de acuerdo al cual el órgano administrativo ejerce su función contralora de manera inmediata y directa, incluso, antes de que se produzca el acto o la omisión violatoria o amenazante de derechos, jugando un papel fundamental en esta fase, las políticas públicas que al respecto se elaboren por parte de la autoridad correspondiente.

Por otra parte está el control intermedio o secundario en donde figura expresamente el control que de manera “directa” se haría sobre el caso en concreto en sede administrativa. Sin embargo lo curioso en esta materia es que tal tipo de control se limita solamente, repetimos, a la determinación de la violación o amenaza de derechos colectivos o difusos. Finalmente, estaría el control judicial implementado por medio del ejercicio de la acción de protección, como mecanismo judicial de protección que busca en sede jurisdiccional la restitución de la situación jurídica infringida.

Honestamente, no creemos que deba ser esa la función de los Consejos de Derechos, más aún y cuando son ellos los encargados por Ley (artículo 134) en proteger los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes. Esta situación contrasta con la regulación extensiva que de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, individualmente considerados, se hace en la Ley. Al respecto, téngase en cuenta las amplias facultades que en sede administrativa tiene el Consejo de Protección (artículo 126) en la defensa de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes en su perspectiva individual.

A su vez, tal situación contrasta igualmente con algunos casos que presenta nuestro ordenamiento en donde se reconoce una clara protección de este tipo de derechos en sede administrativa. A tal respecto, valga mencionar a título de ejemplo, lo previsto en la Ley de Responsabilidad social en Radio y Televisión<sup>24</sup>, instrumento normativo que en su artículo 12, numeral 3, señala lo siguiente:

Artículo 12. Los usuarios y usuarias de los servicios de radio y televisión, con el objeto de promover y defender sus intereses y derechos comunicacionales, podrán organizarse de cualquier forma lícita, entre otras, en organizaciones de usuarios y usuarias. Son derechos de los usuarios y usuarias, entre otros, los siguientes:

---

<sup>23</sup> Yuri Emilio Buaiz Valera: “La naturaleza jurídica y las atribuciones de los órganos administrativos del sistema nacional de protección integral en la nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”. *XI Jornadas sobre la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente: La Reforma*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2008, p. 56.

<sup>24</sup> Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.579 del 22-12-2010, reimpressa en N° 39.610 del 07-02-2011.

(...)

3. Promover y defender los derechos e intereses comunicacionales, de forma individual, colectiva o difusa ante las instancias administrativas correspondientes.

Vemos como en leyes administrativas existe la posibilidad de defensa de los derechos colectivos o difusos en sede administrativa, lo cual contrasta con la función totalmente precaria que tienen los Consejos de Derechos en la protección de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes.

Ello evidentemente da la impresión de que el órgano encargado de la protección en sede administrativa de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes fungiría únicamente como un mero órgano receptor de denuncias para luego y de acuerdo a la gravedad de la situación, repetimos, pueda intentar la Acción de Protección, de la cual por cierto y de acuerdo a la ley figura como uno de los varios legitimados para intentarla, y no el único (artículo 278).

Esta situación evidentemente trae consigo un problema práctico en cuanto a la inmediatez o no en que tal protección se realice en la realidad. Pongamos un ejemplo. Recientemente circuló en la prensa la noticia referida al cierre técnico del servicio de terapia intensiva del Hospital J.M. de los Ríos, centro asistencial que como es sabido es de referencia nacional en cuanto a atención de los niños, niñas y adolescentes<sup>25</sup>. Ahora bien, ante una noticia como ésta, de una clara situación de vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en su perspectiva transindividual, el Consejo de Derecho correspondiente debería actuar en esa situación en concreto. Sin embargo, y como hemos visto, de acuerdo a la Ley lo más que haría el órgano encargado en proteger los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas ya adolescentes sería, intentar por ante los tribunales la correspondiente acción de protección.

Ante ello, tomando en cuenta el hecho de tratarse de una situación con vocación de permanencia en el tiempo y aunado al ya conocido retardo de nuestro sistema de justicia, lo que nos revela el carácter, en ocasiones, disfuncional del derecho, materializado a través de una justicia lenta y a la vez costosa<sup>26</sup> tendríamos a fin de cuentas, que tal protección distaría mucho de ser eficaz, oportuna y sobre todo efectiva.

---

<sup>25</sup> <https://talcualdigital.com/denuncian-cierre-tecnico-del-servicio-de-terapia-intensiva-del-jm-de-los-rios/>

<sup>26</sup> Manuel Atienza: *Introducción al Derecho*. Editorial Barcanova. Barcelona, 1985, p. 33.

Finalmente, queremos destacar que ante claros escenarios de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes en su esfera transindividual, los organismos competentes en la materia, no han realizado los pronunciamientos debidos ni las acciones concretas que prioricen la atención de la niñez y adolescencia, a pesar de estar obligados por Ley. A tal respecto, valga traer a colación dos casos relativamente recientes sobre el tema.

El primero de ellos sería el caso del Instituto Escuela<sup>27</sup>. Se trató de una situación de discriminación escolar en el cual estuvieron involucradas dos niñas. En concreto, la representante de dos menores de edad que cursaban estudios en el Instituto Escuela, denunció en su momento que sus hijos fueron expulsados de dicha institución educativa luego que su hija le diera un beso a una estudiante de bachillerato.

El Colegio, en evidente acto discriminatorio, ordenó la expulsión de varios niños y adolescentes, encubierta a través de una supuesta solicitud de cambio de ambiente. Al respecto, la profesora Tamara Adrián, en su condición de abogada de la representante señaló en su oportunidad que “Ningún colegio puede negar el derecho a la educación sobre la base de la expresión de afecto que no sea igualitario, quiere decir que lo mismo tendría que ser aplicado tanto a las relaciones heterosexuales como a las relaciones de personas del mismo sexo”.

La nota positiva de este caso, es que finalmente el mismo tuvo una adecuada solución, pues, el Consejo de Protección del niño, niña y adolescente del Municipio Baruta, dictó medida de protección a favor de los menores discriminados, ordenando la reinscripción, cursos de no discriminación a todo el personal y el seguimiento de medida, entre otras medidas. Lo particular del caso es que fue el Consejo de Protección el que finalmente terminó solventando la situación, pese a ser un caso colectivo, al estar involucrados, en principio, dos hermanos, a los que se les negó la inscripción en el Colegio en el próximo año escolar. Situación que correspondía en todo caso al Consejo de Derechos, como el órgano encargado en la defensa de ese tipo de derechos en la materia.

El otro caso es el que tuvo lugar con ocasión al concierto efectuado en el Parque del Este del artista venezolano Neutro Shorty. Se trató de una situación de evidente lesión a los derechos de la infancia y la adolescencia en donde incluso fallecieron varios adolescentes, a la par de un considerable

---

<sup>27</sup> <https://epmundo.com/2019/expulsan-a-una-nina-de-un-colegio-en-caracas-y-no-creera-la-razon/>

número de lesionados<sup>28</sup>. En ese caso, sencillamente el organismo encargado en la protección de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes, no se pronunció.

Finalmente, queremos destacar que consideramos totalmente positiva la existencia de órganos que en sede administrativa tengan encomendada la defensa de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes. No obstante ello, tal situación conllevaría a una actuación mucho más activa en la defensa de tales derechos, sobre todo para el caso de los Consejos Municipales de Derechos, cuya mera existencia a nivel local supone que tendrían un grado mayor de interrelación con los particulares que haría que deban actuar en la defensa de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes, en un sentido mucho más contundente, y no como simples órganos receptores de denuncias.

### III. CRÍTICAS

Una vez realizadas las consideraciones anteriores, hemos destacado una serie de críticas a la presente temática, las cuales enumeramos de la manera siguiente:

(i) Notable desequilibrio en cuanto a la protección de los derechos individuales con relación a los derechos supraindividuales de los niños, niñas y adolescentes.

(ii) El ejercicio de la acción de protección por parte de los Consejos de Derechos del niño, niña y adolescentes pudiera no estar en la práctica verdaderamente institucionalizado.

(iii) El órgano encargado de la defensa de los derechos colectivos o difusos no debería figurar como un mero órgano receptor de denuncias.

(iv) No está claro en la Ley la facultad del Consejo de Derechos en la protección en sede administrativa. El Reglamento de la LOPNNA debería precisar qué estaría comprendido dentro de sus facultades en el conocimiento de los casos de violación o amenaza de violación de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes.

(v) El órgano encargado de la defensa de los derechos colectivos o difusos debiera contar también con la facultad de dictar medidas que en sede administrativa pudieran restituir la situación jurídica infringida.

---

<sup>28</sup> <https://cronica.uno/tres-adolescentes-fallecidos-y-unos-20-heridos-en-estampida-previa-a-concierto-en-parque-del-este/>

(vi) La actividad de los Consejos de Derechos de los niños, niñas y adolescentes en la práctica termina siendo solapada por el Consejo de Protección quien sí cuenta con la facultad de dictar medidas administrativas que procuren la restitución inmediata de la situación jurídica infringida.

## CONCLUSIÓN

El reconocimiento de los derechos colectivos o difusos ha sido una conquista verdaderamente importante en el marco del ordenamiento jurídico venezolano. Para el caso de los derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y a adolescentes, cuentan éstos con expresos mecanismos de protección que se pueden hacer valer en sede jurisdiccional.

La situación es totalmente distinta en sede administrativa, en donde, como hemos visto, se cuenta con un organismo encargado de la protección de tales derechos en los niños, niñas y adolescentes, pero que sin embargo su actuación en esa materia es muy básica y casi insignificante, diríamos.

Al respecto, urge redimensionar las facultades que con relación a esta materia tienen los Consejos de Derechos. Sobre todo para que ese organismo sepa asistir de manera efectiva a los niños, niñas y adolescentes, como el verdadero (y citando a SALINGER) “Guardián entre el Centeno” que de cara a la Ley está llamado a ser, en el marco de la protección de sus derechos colectivos o difusos.

