

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

14

*El rol de la mujer en la enseñanza
del Derecho Administrativo en Venezuela*

Presentación

Carlos Reverón Boulton

El papel de la mujer en la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela

Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri

Estudios

Alternativas a los problemas de las ciudades y redes urbanas

Ana Elvira Araujo García

El principio de la tutela judicial efectiva y los intereses colectivos y difusos

Ana Elvira Araujo García

La prueba en el procedimiento administrativo: énfasis en la distinción
de los principios rectores que la diferencian de la prueba judicial

Gina González Betancourt

Reflexiones sobre la importancia del principio de legalidad
ante una arbitraria y desbocada legislación presidencial

María Amparo Grau

Actualización de los estudios sobre los actos
cuasijurisdiccionales y la reposición administrativa

Rosibel Grisanti de Montero

Principios generales de la organización administrativa (en Venezuela)

Claudia Nikken

Los principios rectores del procedimiento administrativo en Venezuela

Flavia Pesci Feltri

Militarización de la Administración Pública

Diana Trías Bertorelli

Justicia electoral y autoritarismo judicial electoral en Venezuela

Daniela Urosa Maggi

Enero - abril 2018

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

N° 14 enero - abril 2018

**EI ROL DE LA MUJER EN LA ENSEÑANZA
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
EN VENEZUELA**



© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
© Universidad Monteávila

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público
de la Universidad Monteávila

Final Av. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte,
Caracas, Venezuela

Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80

Fax (0212) 232-56-23

RIF J-30647247-9

www.uma.edu.ve

www.redav.com.ve

Hecho el Depósito de ley

Depósito legal ppi201302DC4673

ISSN: 2542-3169

Esta publicación no puede ser reproducida en todo o en parte,
salvo permiso escrito de los autores.

REVISTA ELECTRÓNICA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO
Publicación cuatrimestral

Consejo de Redacción

José Ignacio Hernández G.
Director

Carlos Reverón Boulton
Subdirector

Miembros del Consejo de Redacción

Antonio Silva
Claudia Nikken
Cosimina Pellegrino
Daniela Urosa Maggi
Flavia Pesci-Feltri
José Valentín González
Fabiola Tavares
Miguel Ángel Torrealba

“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”.

Federico Urbano
Exposición de Derecho administrativo venezolano
1910

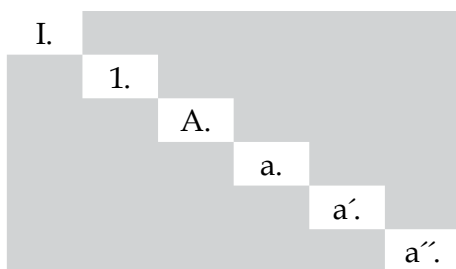
Normas de publicación

Las colaboraciones serán solicitadas por el Consejo de Redacción o serán recibidas por éste, para su evaluación a los efectos de su publicación, a las siguientes direcciones de correo electrónico: info@redav.com.ve. Las colaboraciones, solicitadas o recibidas, deben ser inéditas. REDAV no está en la obligación de publicar la colaboración solicitada o recibida. Los autores que publican colaboraciones en REDAV ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así como el derecho de explotar y usar la colaboración para posteriores publicaciones. Si el autor decide publicar su colaboración posteriormente, debe comunicarlo a REDAV.

Las colaboraciones recibidas, bien sea porque hayan sido solicitadas por REDAV, o porque hayan sido recibidas sin haber sido solicitadas, serán sometidas al arbitraje de dos miembros del Consejo de Redacción, quienes no conocerán la identidad del autor de la colaboración sometida a arbitraje. Si el dictamen de los dos miembros del Consejo de Redacción no coincidiera, se someterá al dictamen de un tercer miembro del Consejo de Redacción.

En todo caso, las colaboraciones deben cumplir con las siguientes políticas editoriales:

1. Deben presentarse a espacio y medio, en letra *Times New Roman*, 12, en hoja tamaño carta. Si el trabajo ha de ser publicado en la sección “estudios”, la extensión no debe sobrepasar las cuarenta cuartillas. Si ha de ser publicado en la sección “actualidad”, la extensión no debe sobrepasar las veinte cuartillas.
2. Utilizar los siguientes tipos para la división del texto según la jerarquía de sus partes:



3. Las notas bibliográficas deben ajustarse a las siguientes reglas. Para libros: nombre y apellidos del autor o compilador, en el caso que sea obra colectiva; título del libro (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número de la (s) página (s) citada (s). Para revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor; título del trabajo (entre comillas); nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número (s) de la (s) página (s) citada (s). Todas las notas bibliográficas deben realizarse al pie de la página correspondiente.
4. Antes del texto de la colaboración debe colocarse en un solo párrafo un resumen de la colaboración, en idiomas español e inglés, junto con cinco palabras claves, en idiomas español e inglés.
5. En texto aparte de la colaboración, deben señalarse todos los datos necesarios para ubicar al autor, además de un breve resumen de su información académica y profesional.

PRESENTACIÓN

Carlos Reverón Boulton

Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri, *El papel de la mujer en la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela.*

ESTUDIOS

Ana Elvira Araujo García, *Alternativas a los problemas de las ciudades y redes urbanas.*

Ana Elvira Araujo García, *El principio de la tutela judicial efectiva y los intereses colectivos y difusos.*

Gina González Betancourt, *La prueba en el procedimiento administrativo: énfasis en la distinción de los principios rectores que la diferencian de la prueba judicial.*

María Amparo Grau, *Reflexiones sobre la importancia del principio de legalidad ante una arbitraria y desbocada legislación presidencial.*

Rosibel Grisanti de Montero, *Actualización de los estudios sobre los actos cuasijurisdiccionales y la reposición administrativa.*

Claudia Nikken, *Principios generales de la organización administrativa (en Venezuela).*

Flavia Pesci Feltri, *Los principios rectores del procedimiento administrativo en Venezuela.*

Diana Trías Bertorelli, *Militarización de la Administración Pública.*

Daniela Urosa Maggi, *Justicia electoral y autoritarismo judicial electoral en Venezuela.*

PRESENTACIÓN

Constituye un gran placer y un privilegio dedicar este número 14 de la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, para realzar y rendir un justo homenaje a las Profesoras venezolanas de nuestra disciplina que con su notable talento han contribuido a lo que en algún momento fue la consolidación del Derecho Administrativo venezolano, como un sistema robusto y un verdadero contrapeso del ejercicio del Poder Público, apuntalando y cimentando las bases de la democracia. Labor que realizaron desde todos los ámbitos posibles, como Profesoras de nuestras prestigiosas universidades, ejerciendo la magistratura o alertando en foros y revistas especializadas todo aquello que podía ser revisado y mejorado en aras de fortalecer el Estado de Derecho.

En las décadas de los años ochenta y noventa del siglo pasado contamos con el honor de que el contencioso administrativo venezolano estuviese integrado por Magistradas y Juezas de una gran preparación académica, tal es el caso de Josefina Calcaño de Temeltas, Hildegard Rondón de Sansó, Cecilia Sosa Gómez, María Amparo Grau, Belén Ramírez Landaeta, Lourdes Wills Rivera, Armida Quintana Matos, Ana Elvira Araujo, Isabel Boscán de Ruesta y Teresa García de Cornet. Por ello no es casual, sino más bien justificado, que el aporte pretoriano de nuestra jurisdicción al crecimiento prolijo del Derecho Administrativo venezolano hicieron que toda Iberoamérica posara sus ojos en ese desarrollo intelectual que tanto prestigio nos dio.

Hoy, lamentablemente, asistimos como meros espectadores a la aniquilación de todo aquello a lo que se dedicó un concienzudo esfuerzo. Destrucción de las bases dogmáticas del Derecho Administrativo para afianzar el poder, vale decir, para fortalecer todo aquello sobre lo que el derecho administrativo históricamente ha alzado su voz, para prevenir la arbitrariedad

y para hacer valer frente a cualquier actividad administrativa los derechos subjetivos de los ciudadanos, que siempre han de ser una barrera en contra del ejercicio bárbarico del poder. En Venezuela más importancia y valor están teniendo las prerrogativas y privilegios (ilimitados) de la Administración que la persona, sobre la cual debe girar –sin ambages– el Derecho Administrativo en su rol de máximo garante y promotor de los derechos fundamentales.

Vale la pena destacar que entre esta tribuna (hasta el Nro. 13) y la Revista de Derecho Público (Nros. 121 al 151-152), las Profesoras venezolanas han participado en un número superior a 50 estudios publicados, muestra que denota el esfuerzo y la capacidad de las mujeres respecto al pensamiento crítico de nuestra disciplina.

Actualmente, esperamos agazapados, documentando y analizando profundamente la realidad de estos últimos lustros en iniciativas valientes como esta Revista, para volver a la carga y darle al Derecho Administrativo su justa medida, para remarcar con mayor ímpetu cuáles son las fronteras dentro de las que la Administración debe moverse. La experiencia de estos años ha demostrado que sin esa clara delimitación la libertad deja de existir y nos convertimos en súbditos maleables de un poder absoluto que desprecia a una sociedad abierta, plural, tolerante, que precisa de un férreo control, sin distorsión alguna.

No albergamos la más mínima duda de que todo aquello que se ha venido denunciando respecto a la transfiguración de nuestra disciplina es absolutamente perfectible y que puede reconducirse al sendero de lo que debe ser. Nuestra academia y Profesoras jamás han renunciado a esa idea. Testimonio de ello lo representa cada una de las monografías de esta edición de la Revista.

En virtud de lo anterior, invitamos a nuestros lectores a no claudicar en la posibilidad de revertir el deplorable estado de nuestro Derecho Administrativo. Afortunadamente, contamos con el talento humano para poder hacerlo y el compromiso ineludible asumido por las Profesoras que participan en el número 14 de la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*.

Carlos Reverón Boulton

Caracas, 15 de febrero de 2019

EL PAPEL DE LA MUJER EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri¹

Profesoras de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *El trabajo recoge una serie de hallazgos y recomendaciones a tomar en cuenta para un ulterior estudio profundizado sobre el papel de la mujer en la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela. Para ello se proporcionan algunos datos de interés en relación con la aparente poca influencia que las mismas tienen en esta área del saber.*

Palabras clave: *Mujer. Enseñanza. Investigación. Derecho Administrativo.*

Abstract: *The paper assembles a few findings and recommendations to be considered for a further in-depth study on the role of women in the teaching of Administrative law in Venezuela. To do so, some interesting data is provided in relation to the apparent little influence that they have in this area of knowledge.*

Key words: *Woman. Teaching. Research. Administrative law.*

Recibido: 20 de febrero de 2019

Aceptado: 12 de abril de 2019

1 Claudia Nikken es abogado de la UCV; DEA (máster) de Derecho Público Interno de la Universidad Panthéon-Assas (París II); Doctora en Derecho de la misma universidad; Profesora de derecho administrativo de la UCV; Profesora de la Maestría de Derecho Constitucional de la UCAB; Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público y de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo.

Flavia Pesci Feltri es abogado de la UCV; especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de esa misma ciudad; profesora de Derecho Administrativo de la UCV; Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo.

El 15 de octubre de 2018 recibimos una peculiar invitación de mano del Director de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo editada por la Universidad Monteávila (REDAV): participar en un número especial de la revista cuyo objeto es *“realzar el rol de la mujer en la enseñanza del Derecho Administrativo venezolano”*. Esa invitación, según se nos informó en el mismo mensaje, fue solo dirigida a *“profesoras de nuestra disciplina”*.

Cada una por su lado pensaba en qué podría escribir para esa especial publicación. Visto que se nos autorizaba para *“remitir artículos previamente publicados, bastando para ello con la correspondiente indicación de la fuente original –y de ser el caso–, el correspondiente permiso del editor”*, parecía que la cuestión podía resolverse muy fácilmente. Sin embargo, conversando acerca del tema, preferimos hacer un trabajo original.

Explorando diversas posibilidades, nos planteamos hacer un trabajo colectivo para ser incluido en el número especial de la revista como *dossier*. La condición era que cada una de las autoras que participaría en el proyecto escogiera algún tema fundamental de derecho administrativo, para trabajarlo *exclusivamente* con base en la obra de mujeres; es decir, la bibliografía y las citas solo podían contemplar obras de mujeres.

Al comenzar a desarrollar ese ejercicio nos dimos cuenta de que se trataba de una *misión imposible*. A partir de la bibliografía de que disponemos –que no es despreciable, valga decirlo–, lo que pudimos constatar es que no son muchas las mujeres que escriben en materia de derecho administrativo; que las que escriben lo hacen en general de manera poco constante y sistemática y; por último, que son pocas las que se ocupan de las cuestiones fundamentales del derecho administrativo, dedicándose la mayoría a aspectos puntuales o especializados. En concreto, constatamos que una sola entre todas las autoras cumple con los parámetros antes señalados, además de haber sido profesora titular de derecho administrativo en la Univer-

sidad Central de Venezuela, de ser Doctora en Derecho y ser Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales².

Esa constatación nos puso en un aprieto: a nuestro modo de ver, para *realzar* alguna cosa, esa cosa debe existir. Por ello, nos preguntamos –les preguntamos–: ¿tiene la mujer algún papel en la enseñanza del derecho administrativo venezolano?

La respuesta aparente y automática es: ¡por supuesto que sí!

Nosotras, sin embargo, no lo tenemos tan claro y, en todo caso, no hemos logrado precisar cuál sería ese rol o papel y, mucho menos en caso de que lo hubiera, si el mismo debe ser realzado.

Tratando de encontrar respuestas, seguimos en nuestra investigación casi detectivesca, para encontrar los siguientes datos:

Consultamos la *Revista de Derecho Público* y la *Revista de Derecho Administrativo*. De la primera se constató que desde su primer volumen en el año 1980 hasta el último que tenemos acceso, publicado en junio de 2016, los autores varones que han participado con artículos, ensayos o comentarios jurisprudenciales y legislativos han sido un total de 265; mientras que las autoras publicadas desde la fecha de inicio referida hasta junio del 2016 fueron 75. En la *Revista de Derecho Administrativo*, con 20 números publicados entre 1996 y 2005, las proporciones son bastante similares: artículos escritos por autores hombres 244; y, por autoras 73; 4 artículos escritos a cuatro manos en paridad.

2 Nos referimos a la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, quien además fue juez del Tribunal de la Carrera Administrativa, magistrada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y magistrada de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

En las obras colectivas que revisamos y que a continuación se describen, hicimos la siguiente verificación:

1. *Archivo de derecho público y ciencias de la administración. Volumen III. 1972-1979. Régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela. Homenaje del Instituto de Derecho Público al Profesor Antonio Moles Caubet. Tomo 1.* Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1981. Artículos publicados de autores 6; artículos publicados de autoras 6; artículos en conjunto con mayoría femenina 1.
2. *Servicio público. Balance y perspectiva.* Vadell hermanos editores. Caracas, 1999. Artículos publicados de autores 7; artículos publicados de autoras 4.
3. *Régimen jurídico del urbanismo (adaptado a la nueva Constitución).* Badell & Grau. Cuadernos jurídicos Badell & Grau No 8. Caracas, 2000. Obra colectiva: 5 hombres 2 mujeres.
4. *Estudios de derecho administrativo. Volumen I. Libro homenaje Universidad Central de Venezuela. Facultad de ciencias jurídicas y políticas, 20 años Especialización en Derecho Administrativo.* Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenajes No 2. Caracas, 2001. Artículos publicados de autores 14; artículos publicados de autoras 5.
5. *Estudios de derecho administrativo. Volumen II. Libro homenaje Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años Especialización en Derecho Administrativo.* Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenajes No 2. Caracas, 2001. Artículos publicados de autores 16; artículos publicados de autoras 4.
6. *Estudios de derecho público. Volumen I. Libro Homenajea Humberto J. La Roche.* Tribunal Supremo de Justicia,

- Colección Libros Homenaje No 3. Caracas, 2001. Artículos publicados de autores 11; artículos publicados de autoras; 4 Artículos en conjunto con mayoría masculina 2; artículos en conjunto con mayoría femenina 2; artículos en conjunto con igual número de autores femeninos y masculinos 2.
7. *Leyes sobre los servicios públicos domiciliarios: agua, electricidad, gas*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección textos legislativos No 23. 1ra edición. Caracas, 2001. Artículos publicados de autores 1; artículos publicados de autoras 1; artículos en conjunto con mayoría masculina 1.
 8. *Libro Homenaje a Allan R. Brewer-Carías*, 3 volúmenes, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003: 123 hombres 28 mujeres.
 9. *El régimen jurídico de la función pública en Venezuela. Homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó*. Tomo I. FUNEDA y Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, 2003. Artículos publicados de autores 4; artículos publicados de autoras 2.
 10. *Ensayos de derecho administrativo. Volumen I. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenajes No 13. Caracas, 2004. Artículos publicados de autores 21; artículos publicados de autoras 3.
 11. *El derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*. Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Monteávila. Colección de estudios jurídicos Universidad Monteávila 1. Caracas, 2006. Artículos publicados de autores 9; artículos publicados de autoras 6. Artículos en conjunto con mayoría masculina 2.

12. *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Textos Legislativos No 34. 3ra edición. Caracas, 2007. Artículos publicados de autores 5; artículos publicados de autoras 3.
13. *Ley de contrataciones públicas*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Textos Legislativos No 44. 2da edición. Caracas, 2009. Artículos publicados de autores 11; artículos publicados de autoras 1.
14. *¿Expropiaciones o vías de hecho?* FUNEDA y Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009. Obra colectiva con mayoría masculina.
15. *Centro de estudios de derecho público de la Universidad Monteávila. Anuario de derecho público año 2*. Ediciones FUNEDA. Caracas, 2009. Artículos publicados de autores 21; artículos publicados de autoras 3; artículos en conjunto con mayoría masculina 1.
16. *Manual de práctica forense contencioso administrativo*. Colección práctica forense No 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009. Artículos publicados de autores 5; artículos publicados de autoras 3.
17. *Manual de práctica forense en inspecciones y procedimientos administrativos especiales*. Colección práctica forense No 2. 2009. Artículos publicados de autores 3; artículos publicados de autoras 1; artículos en conjunto con mayoría masculina 1; Artículos en conjunto con igual número de autores femeninos y masculinos 2.
18. *Temas de derecho constitucional y administrativo. Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. FUNEDA. Caracas, 2010. Artículos publicados de autores 16; artículos publicados de autoras 2; artículos en conjunto con igual número de autores femeninos y masculinos 2.

19. *Leyes orgánicas sobre el poder popular y el estado comunal (los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Textos Legislativos No 50. 1era edición. Caracas, 2011. Artículos publicados de autores 4; artículos publicados de autoras 2; artículos en conjunto con mayoría masculina 1.
20. *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Volumen II*. FUNEDA. Caracas, 2011. Artículos publicados de autores 7; artículos publicados de autoras 1.
21. *100 años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909–2009*. Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila; Funeda. Caracas, 2011. Artículos publicados de autores 28; artículos publicados de autoras 12.
22. *Visión actual de los Procedimientos Administrativos. III Congreso de Derecho Administrativo, Margarita 2011*. Editorial Jurídica Venezolana; CAJO. Caracas, 2011. Artículos publicados de autores 9; artículos publicados de autoras 2.
23. *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales*. Colección Estudios Jurídicos No 92. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011. Artículos publicados de autores 20; artículos publicados de autoras 9.
24. *Ley de costos y precios justos*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Textos Legislativos No 53. Caracas, 2012. Artículos publicados de autores 5; artículos publicados de autoras 6.
25. *Los servicios públicos domiciliarios*. Editorial Jurídica Venezolana en conjunto con CERECO y FUNEDA.

Colección Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila No 1. Caracas, 2012. Artículos publicados de autores 7; artículos publicados de autoras 4.

26. *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*. Colección Estudios Jurídicos No 96. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012. Artículos publicados de autores 26; artículos publicados de autoras 6.
27. *Actualidad del contencioso administrativo y otros mecanismos de control del poder público. V Congreso internacional de derecho administrativo*. Margarita 2013. Editorial jurídica venezolana y centro de adiestramiento jurídico. Caracas, 2013. Artículos publicados de autores 13; artículos publicados de autoras 1.
28. *II Congreso Venezolano de Derecho Administrativo. En homenaje al maestro Eloy Lares Martínez. Procedimiento Administrativo y Contencioso-Administrativo. Volumen II*. AVEDA en conjunto con FUNEDA. Caracas, 2014. Artículos publicados de autores 3; artículos publicados de autoras 1.

Para complementar, determinando si y en qué medida es citada la obra de mujeres, nos atrevimos a seleccionar una obra de seis autores masculinos: Allan R. Brewer Carías, José Araujo Juárez, José Peña Solís, Luis A. Ortiz-Álvarez, Miguel Ángel Torrealba y José Ignacio Hernández. De esa búsqueda, encontramos lo siguiente:

El libro que se escogió del profesor Brewer-Carías es el que lleva por título *Estado de Derecho y control judicial*, publicado en España. De las notas a pie de página se desprende que los trabajos citados son pocos en realidad y que fundamentalmente se hace referencia a las obras de los maestros del derecho administrativo español, francés o venezolano. En la lectura

de dichas notas logramos identificar únicamente la alusión a la doctrina escrita por la profesora Hildegard Rondón de Sansó.

Del profesor José Araujo-Juárez seleccionamos su *Manual de Derecho Administrativo*, cuya bibliografía se divide en dos partes; la bibliografía propiamente del Manual y luego la bibliografía complementaria. En la primera se cita a 64 autores todos ellos hombres; mientras que, en la bibliografía complementaria, se hace mención a 253 autores, de los cuales 9 son mujeres, 6 venezolanas y 3 extranjeras.

Con relación al libro titulado *La potestad sancionatoria de la administración pública venezolana*, del también profesor José Peña Solís, se identificaron 3 mujeres citadas, todas venezolanas, de un total de 42 autores.

Del profesor Luis A. Ortiz-Alvarez, de 134 obras citadas en su libro *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, verificamos que hay únicamente 4 trabajos o libros de mujeres, 3 de ellas extranjeras y 1 venezolana.

Igualmente, tomamos sendos libros de los catedráticos Miguel Ángel Torrealba y José Ignacio Hernández, a saber, *La vía de hecho en Venezuela* y *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, respectivamente. El primero de ellos incorporó en su bibliografía a 108 autores, de los cuales solo 11 son mujeres. Por su lado, el profesor Hernández incluyó en su bibliografía 434 obras jurídicas: 20 de ellas escritas por mujeres venezolanas y 15 por extranjeras.

Adicionalmente, encontramos que, de los 35 sillones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, actualmente solo tres son ocupados por mujeres³, quienes se suman a los restan-

3 Vale decir que, en la historia de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, solo cuatro mujeres han sido designadas como individuos de número. En ese orden: Hildegard Rondón de Sansó, Josefina Calcaño de Temeltas, Tatiana B. de Maekelt y Cecilia Sosa Gómez.

tes 28 *iuspublicistas* designados como individuos de número. Sería muy interesante por cierto conocer cuáles han sido y son los parámetros académicos que utiliza dicha institución para aceptar postulaciones y luego escoger a los miembros de la Academia, a los fines de poder establecer si la designación de estas tres mujeres obedeció a sus méritos académicos o a méritos de otra índole⁴.

A partir de lo señalado, nos atrevemos a decir que la mujer no tiene ningún papel en la enseñanza del derecho administrativo venezolano, al menos no uno que amerite ser realizado. Es la conclusión que extraemos de una primera aproximación, absolutamente superficial, con la responsabilidad que ello aparece para dos profesoras de derecho administrativo en la Universidad Central de Venezuela, que además no militan en movimiento feminista alguno.

En efecto, si notamos, se trata de un papel secundario.

Si bien innovar en Derecho no es cosa fácil o común ni para los juristas hombres ni para las mujeres (porque la realidad es que lo esencial ha sido ya dicho desde la época de los romanos), lo cierto es que de las lecturas que hemos hecho de las obras de juristas venezolanas, no se destaca un particular tratamiento de temas fundamentales del derecho administrativo, ni siquiera desde una óptica distinta. Antes bien, tanto en las aulas como en el papel, *a priori* se repite lo que dicen los demás.

Esa especie de *subordinación* se refleja, por ejemplo, cuando en libros o artículos escritos a cuatro (o seis) manos, entre

4 Josefina Calcaño de Temeltas fue la primera mujer a ocupar un cargo de magistrado en la Corte Suprema de Justicia y, en general, en el más alto tribunal de la República. Como ella, tanto Hildegard Rondón de Sansó como Cecilia Sosa Gómez ejercieron cargos en la magistratura, habiendo llegado la segunda a ocupar la presidencia de la Corte Suprema de Justicia: fue la primera mujer en hacerlo.

hombre(s) y mujer(es), en lugar de respetarse la regla no escrita del orden alfabético al identificarse la autoría, la(s) mujer(es) (casi) siempre aparece(n) de última(s). Es como si fueran *secretarias* o *amanuenses* de los verdaderos autores⁵.

El mismo papel de amanuense podría sospecharse al observar quiénes han sido las personas que se han dedicado durante largos años a la recopilación, por ejemplo, de la jurisprudencia y de la legislación de la Revista de Derecho Público, o cuál es el género que predomina en los consejos directivos o de redacción de tales publicaciones.

Es claro, para nosotras, que el tema amerita un estudio profundizado que podría replicarse en los demás ámbitos del derecho. Ese trabajo tendría que permitirnos conocer lo siguiente:

- 1) Cuántas profesoras de derecho administrativo ha habido y hay en Venezuela. Cuántas de universidades públicas y privadas; cuántas contratadas y de carrera; cuántas en cada grado o escalafón.
- 2) Cuántas de esas profesoras son especialistas o magíster en derecho administrativo; cuántas son doctoras en derecho.
- 3) La obra de la mujer venezolana en derecho administrativo.
- 4) El reconocimiento de la obra de la mujer venezolana en derecho administrativo: su referencia o cita; los premios otorgados a obras jurídicas escritas por mujeres; los homenajes rendidos a autoras-profesoras en materia de derecho administrativo; la admisión de las profesoras

5 Un dúo fantástico, por ejemplo, Luis A. Ortiz-Álvarez y Noemí Fischbach, en ese orden, en varios artículos publicados en la Revista de Derecho Administrativo.

de derecho administrativo a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

- 5) La comparación de todos los puntos anteriores con la realidad de los profesores, en masculino, de derecho administrativo.

Solo a partir de allí, a nuestro modo de ver, podrá establecerse si la mujer tiene efectivamente un papel en la enseñanza del derecho administrativo venezolano y, más allá, cuál es ese papel. Una vez determinado lo anterior, se tendrían elementos suficientes para entender si efectivamente ese papel debe ser *realzado* o si, al contrario, debe ser *sustituido*.

Otro trabajo, más interesante aún, será determinar por qué la mujer ha asumido el papel que ha asumido en la enseñanza del derecho administrativo venezolano. Pero eso se lo dejamos a los sociólogos y a los psicólogos.

En cualquier caso, ambas agradecemos a los profesores José Ignacio Hernández y Carlos Reverón Boulton la iniciativa de este número especial de la REDAV y, por supuesto, la invitación a participar en el mismo.

Valga decir que, además de esta propuesta, ambas presentamos para su inclusión en este número especial, sendos trabajos publicados bajo el auspicio de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo y la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo en 2014, los cuales recogen nuestras conferencias presentadas en el “II Congreso de Derecho Administrativo”, celebrado en abril de 2013, en homenaje al profesor Eloy Lares Martínez:

- Claudia Nikken: *Principios generales de la organización administrativa (en Venezuela)*.
- Flavia Pesci Feltri: *Principios rectores del procedimiento administrativo en Venezuela*.

* * *

No queremos terminar estas notas sin expresar que estamos perfectamente conscientes de que los resultados de nuestra investigación preliminar no atañen únicamente al derecho administrativo venezolano, ni al derecho en general en Venezuela. El fenómeno es universal y se refleja en todo el espectro del ámbito académico. La información disponible al respecto es abrumadora⁶.

Queremos resaltar parte de las conclusiones de un estudio realizado en España, que toma datos también de Europa y América Latina, que al mismo tiempo explican el fenómeno y

6 Ver, por ejemplo: <https://www.catalyst.org/knowledge/women-academia>; <https://www.chronicle.com/interactives/the-awakening>; <https://www.theguardian.com/science/2018/apr/24/women-not-getting-a-fair-say-at-academic-conferences-research-reveals>; https://www.eldiario.es/piedrasdepapel/Universidad-investigacion-Ciencia-discriminacion_de_genero-igualdad_6_744085609.html; <http://www.grade.org.pe/publicaciones/desigualdad-en-la-academia-mujeres-en-las-ciencias-sociales-peruanas/>; <https://culturacientifica.com/2016/08/18/mujeres-la-academia/>; https://www.researchgate.net/publication/279875189_La_escasez_de_mujeres_en_la_academia_Un_caso_de_histeresis_social; http://bvirtual.ucol.mx/descargables/154_mujeres_academia.pdf; <http://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/13923-reportaje-las-mujeres-en-la-academia>; https://www.cies.org.pe/sites/default/files/files/articulos/economiaysociedad/mesa_de_investigacion_situacion_de_las_mujeres_investigadoras_en_ciencias_sociales_en_el_peru.pdf; <https://journal.poligran.edu.co/index.php/panorama/article/viewFile/433/405>; <http://www.elmercurio.com/blogs/2018/06/03/60698/Mujeres-en-la-academia.aspx>; <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34003809>; <http://www.unesco.org/education/educprog/wche/principal/women-f.html>; <https://journals.openedition.org/pmp/4197>; <https://sciencespourtous.univ-lyon1.fr/egalite-femme-homme-a-luniversite-on/>; <https://www.acfas.ca/publications/decouvrir/2013/03/femmes-carriere-universitaire>; <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2004-4-page-173.htm>; <https://www.ledevoir.com/societe/education/500927/la-lente-integration-des-femmes-a-l-universite>; https://www.lemonde.fr/campus/article/2016/09/14/les-moyens-manquent-pour-mettre-en-uvre-la-parite-a-l-universite_4997549_4401467.html

permiten buscar un punto de partida para encontrar soluciones a una realidad que se presenta como un problema:

Las científicas, como los científicos, tienen una profesión muy exigente, y tal como está organizado el sistema parece que sólo haya un modo de dedicarse a ella: el masculino. El modelo de científico –y consecuentemente de científica– es alguien con dedicación total y absoluta porque otra(s) persona(s) se ocupan de lo necesario para su cuidado y sostén personal y el de su familia, sean ascendientes o descendientes. Este modelo, que ha sido sostenible para varones con o sin familia, y que humanamente no parece muy deseable, es prácticamente imposible de seguir por las mujeres, salvo que renuncien a tener vida familiar.

Los datos antes mencionados nos muestran tanto el coste de tener vida familiar sobre la carrera científica de mujeres, como el beneficio sobre la carrera científica de los varones. La tenencia de hijos/as, al menos en el caso español, perjudica la carrera científica de las mujeres, dado que interfiere en su productividad científica y en sus posibilidades de promoción, mientras que para los varones, tener familia ejerce un efecto positivo en dichas posibilidades. De ahí que sólo un 31% de catedráticas tenga hijos/as, frente al 54% de los varones, lo que evidencia un conflicto para las mujeres entre el acceso a la escala académica más alta y la tenencia de hijos/as. Esto es, que las mujeres tienen que decidir entre la maternidad y el progreso en la academia (UMyC, 2011a:7)⁷.

Allí dejamos eso... para la reflexión.

7 S. Dema Moreno y C. Díaz, *La escasez de mujeres en la academia. Un caso de histeresis social*, in https://www.researchgate.net/publication/279875189_La_escasez_de_mujeres_en_la_academia_Un_caso_de_histeresis_social.

ESTUDIOS

ALTERNATIVAS A LOS PROBLEMAS DE LAS CIUDADES Y REDES URBANAS*

Ana Elvira Araujo García

Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: El estudio inicia con un análisis de la evolución urbanística de las grandes ciudades de fines del siglo XX con sus características a través de algunos ejemplos concretos. Se estudian las alternativas administrativas para resolver los problemas urbanísticos de concentraciones urbanas, entre ellas soluciones con una visión de conjunto y otras de tipo sectorial, entre las cuales se ven la administración urbanística y la de los servicios especiales o las special authorities.

Por último, se desarrollan soluciones de carácter político, con gobierno a un nivel y gobierno a dos niveles, conocido también como gobierno federativo metropolitano, formula preferida por la autora por sus múltiples ventajas en la conformación compleja y difícil del tratamiento de las áreas metropolitanas en el mundo de hoy día

Palabras clave: *Redes urbanas. Autoridades Especiales o de áreas. Soluciones. Gobierno. Distritos metropolitanos.*

Summary: This article begins with an analysis of the urban evolution of the great cities of the late twentieth century breaking down its main features through some specific examples. The administrative alternatives to solve critical urban problems of urban concentrations are studied. The author focuses on solutions to these issues with a holistic vision as well and approaches of sectorial type, whereby the urban administration and the special services or the special authorities stand out.

* Este trabajo, inédito, fue realizado por solicitud del Procurador General de la República, Dr. Luis Beltrán Guerra en Caracas, Mayo de 1986. Al leerlo hay que tener en cuenta que se trata de una evolución histórica y no había comenzado el siglo XXI.

Lastly, solutions of a political nature are developed, showing the combination of a one level government and a two level government, also known as the metropolitan federative government, a formula preferred by the author for its multiple advantages in the complex and difficult conformation of the regulation of metropolitan areas in today's world.

Key words: *Net. Network-special authorities. Solutions. Government. Metropolis districts.*

Recibido: 11 de febrero de 2019

Aceptado: 5 de abril de 2019

SUMARIO

- I. Las características del desarrollo urbano en las grandes ciudades de fines de siglo XX
- II. Análisis de algunas alternativas administrativas para los problemas de las concentraciones urbanas
- III. Soluciones de carácter político y administrativo

I. LAS CARACTERÍSTICAS DEL DESARROLLO URBANO EN LAS GRANDES CIUDADES DE FINES DE SIGLO XX

La ciudad se concibe hoy esencialmente como un sistema unificado de relaciones sociales que se proyecta en el espacio. Cada uno de estos sistemas tiene amplitud y complejidad diversas y a su vez se interrelaciona con los otros de tal modo que nuestra sociedad presenta con bastante claridad, en forma de red, una cierta jerarquización funcional de ciudades o más ampliamente de unidades espaciales de relaciones sociales de convivencia y actividad.

La creciente constitución de grandes ciudades, esto es, de centros unitarios de gran numero y variedad sobre amplios territorios, de lugar al fenómeno socio-económico moderno del área metropolitana. Las áreas metropolitanas vienen a ser así, extensas concentraciones de población –personas humanas e instituciones sociales– fuertemente vinculada por la interdependencia que crea la realización conjunta de importantes funciones sociales –incluyendo las económicas–, las cuales se proyectan para la satisfacción de sus necesidades de todo tipo sobre un amplio ámbito territorial.

Lo que se entiende en concreto por área metropolitana, es decir, las condiciones que se estiman como necesaria para la existencia de lo que se ha dado en llamar con ese nombre, varia ampliamente en las legislaciones, en las doctrinas. En todo

caso, podemos decir que se ha definido el área metropolitana como el espacio en el que se asienta una gran ciudad y su zona de influencia. El concepto así formulado resulta vago en exceso y, por lo demás, inexacto.

El área metropolitana, por naturaleza, cumple funciones sociales muy importantes respecto a amplias zonas territoriales más allá de los límites del espacio que ella ocupa: zonas territoriales en las que pueden encontrarse a su vez nuevas áreas metropolitanas de menor extensión (metrópolis de equilibrio, áreas urbanas...), ciudades de tipo medio (intermedias) otras poblaciones urbanas y hasta comarcas rurales. Es evidente, por ejemplo, que Caracas como conjunto unitario cumple importantes –incluso diría que fundamentales– cometidos socio–económicos, amén de las políticos, en relación con una buena parte (o toda) del país. En un nivel diverso, son también evidentes las funciones que sobre todo el Estado Zulia y, con intensidad diversa, sobre zonas de los Estados Falcón, Táchira y Mérida y aun –en algunas actividades– sobre zonas más amplias, cumple el área de la ciudad de Maracaibo.

El área metropolitana no puede definirse más por una zona de “influencia”, porque la “influencia” –sin más especificaciones– del área metropolitana suele extenderse justamente sobre zonas territoriales mucho más amplias; aparte, por supuesto, de las interrelaciones con otras áreas urbanas y grandes áreas metropolitanas, que pueden tener gran importancia. Incluso, con frecuencia desarrollan actividades de repercusión ultra-regional, nacional y hasta internacional. Ejemplo, el caso de Bruselas y la red urbana de Bélgica.

Se trata de un tema donde se proyecta toda la potencia y la dinámica de la vida moderna, desde que la técnica revolucionó los medios de comunicación entre los hombres y los modos de producción. Las estructuras estables, casi al margen de la historia, e incluso la misma territorialidad, base de la organización social tradicional, no resisten al embate de

nuestra cambiante sociedad. Todo esfuerzo definitorio de las áreas metropolitanas resulta generalmente, por ello mismo, de la elección de unos criterios convencionales, que tratan de recoger del modo más complejo posible esas amplias realidades comunitarias que caracterizan a nuestro tiempo.

El área metropolitana es una nueva forma espacial y una innovación en lo que concierne a las formas urbanas. Se trata algo más que el aumento, en dimensión y densidad, de las aglomeraciones urbanas existentes. Algunas de las definiciones más difundidas¹ toman poco en cuenta este cambio cualitativo. Lo que distingue esta nueva forma de las anteriores no es solo su dimensión (que es consecuencia de su estructura interna) sino “la difusión de las actividades y funciones en el espacio y la interpenetración de dichas actividades, según una dinámica independiente de la antigüedad geográfica” como muy acertadamente explica Castells².

En esa área espacial se encuentra todo tipo de actividades básicas (producción, consumo, de intercambio y de gestión). La organización interna de la zona implica una interdependencia jerarquizada de las distintas actividades. Así, la industria agrupa fases técnicamente homogéneas o complementarias y supera unidades pertenecientes la misma entidad jurídica. Así, las fluctuaciones del sistema circulatorio expresan los movimientos internos determinados por la implantación diferencial de las actividades, estas son como el espectro de la estructura metropolitana. Es esencial el papel que la tecnología juega en la transformación de las formas urbanas.

La introducción de nuevas actividades de producción y de consumo; la casi eliminación del obstáculo espacio debido al

1 Entre otros, ARDO, A. *La diffusione urbana*, Ave, Roma, 1967, p. 112; Mc. KENZIE, R. D., *The Metropolitan Community*, New York, Mc. Graw Hill, p. 70-76; BLUMENFELD H. “The Modern Metropolis” en *Scientific American*, septiembre G5, p. 64 y ss. Citados por CASTELLS, Manuel.

2 *Ibíd*em p. 28.

gran desarrollo de los medios de comunicación; la generalización de la energía eléctrica y la utilización de trenes, permiten ampliar las concentraciones urbanas de mano de obra en torno a unidades industriales de producción cada vez más grandes. Los transportes colectivos aseguran la integración de las distintas zonas y funciones de la metrópolis (con una relación tiempo/espacio aceptable distribuyen los flujos internos).

El automóvil permitió la dispersión urbana en las zonas de residencia individual extendidas en el área y unidas por rápidas vías de circulación a todas las actividades (trabajo, comercio, etc.); la distribución de los productos agrícolas de zonas incluidas en la región metropolitana depende del sistema de transporte por camión, sin el cual ninguna gran metrópoli podría subsistir.

Mediante la transmisión de la información a larga distancia, se hace posible que exista la concentración de las sedes de las empresas en determinados sectores geográficos y la descentralización de sus centros de producción y distribución. Se señala también como el elemento básico en la interpretación de las diferentes zonas metropolitana el desarrollo vertiginoso de la navegación aérea. La actividad industrial aparece cada vez más independiente con respecto a factores rígidos (materias primas), mientras que depende cada vez más de una mano de obra especializada y del medio técnico e industrial.

Es evidente, entonces, que la evolución tecnológica consolida los vínculos internos al “medio técnico” y cada vez más se desliga del poderío impuesto por el medio físico³. Tanto la creciente concentración del poder político como la formación

3 Vease: MC. Klean, Roland. “An outsiders looks at urban economies”. London, *Urban Studies*, No. 1, feb/73, pp. 19 a 38. *Documentos Informativos del Ministerio de la Vivienda*, Serie II No. 940, Madrid/71 sobre “Aspectos Económicos de la Renovación Urbana”. Castell, Manuel, cit p 28 y ss. “La preparation de VIIe. Plan: ... er la rechercher d’une meilleure utilization de 1’espaces”, *Le Moniteu*. No. 17, 10 de mai/75. Paris, p. 37-31.

de una tecnocracia, en términos generales elimina los particularismos locales y tiende a tratar los problemas de funcionamiento del sistema, a través de la planificación, es decir, basados en principios y solo en algunos casos del sistema productivo. Esto estimula la adecuación del sistema político-administrativo a la región metropolitana.

Lo que, en cualquier caso, constituye un problema importante es el actual descompás entre las estructuras jurídico-públicas locales que vertebran el territorio y la realidad fáctica de las aglomeraciones metropolitanas o urbanas. Ocurre así que, en una misma área necesitada de tratamiento conjunto en múltiples planeamientos y servicios, ejercen su jurisdicción o competencia una multiplicidad de entidades y organismos, que suelen actuar sin coordinación eficaz alguna y con frecuencia con celos y recelos, defensas a ultranza de propias competencias nunca ejercidas, etc. El resultado es, la mayoría de las veces, de graves consecuencias para el ciudadano: déficit notorio de infraestructuras (abastecimiento de agua o luz, alcantarillado, pavimentación, alumbrado público, etc.), irracionalidad en los asentamientos urbanos, deficiencia en los transportes, congestión del tráfico, polución de aguas y atmosfera, ruidos, falta de servicios sociales...

Las soluciones que proponen e intentan legisladores y especialistas de todo tipo (juristas, sociólogos, economistas, expertos en desarrollo regional y en organización, urbanistas, psicólogos, políticos, entre otros), incluyen una amplia gama de posibilidades, aunque siempre la puesta en práctica de cualquiera de ellas requiere contar con el punto de partida jurídico y social no solo de cada país, sino de cada ciudad o área metropolitana que se trate de estructurar.

Una vía posible, al menos en teoría, es la de la asociación voluntaria o coactiva de las entidades con competencia en cada área, y cualquiera que sea su naturaleza local o estatal (pues hay que tener en cuenta las crecientes organizaciones estata-

les con competencia sobre sectores territoriales determinados). Otro camino está constituido por la fusión o integración de todas ellas en una sola. Hay diversas soluciones entre esta y aquella; asociarse unas entidades, fusionando otras o, simplemente, extinguiéndolas.

Otras soluciones caminan por la línea de la estatalización a base de asumir la administración del estado directamente, o a través de alguna de sus organizaciones institucionales, la resolución de los problemas metropolitanos (caso de la comisión española del área metropolitana madrileña) o de algunos servicios de interés metropolitano (agencias americanas, *specials-authorithies* inglesas, etc.).

Otras veces, se propone la absorción de todas las entidades locales-municipales del área, en la entidad más importante o capital, ya sea íntegramente, ya sea para el desarrollo de las funciones metropolitanas, en cuyo caso se mantiene la vigencia de aquellas, en orden a pequeños servicios y a la representatividad.

Se propone también, en fin, la constitución de entidades u organismos nuevos, específicamente metropolitanos, dejando subsistentes las organizaciones locales (municipales) para funciones inferiores a las metropolitanas (caso de la recién creada entidad Municipal Metropolitana de Barcelona, en España). Estas entidades metropolitanas se estructuran de modos diversos tanto en cuanto a los órganos de gobierno como a los específicamente de administración.

II. ANÁLISIS DE ALGUNAS ALTERNATIVAS PARA LAS GRANDES CIUDADES

Es una idea bastante acertada en la doctrina⁴ el que la organización política y administrativa es tanto más perfecta cuanto mejor se adapta a las realidades sociales a las cuales se aplica. Parece oportuno hacer un breve resumen, muy esquemático, de cómo se ha intentado en otros ordenamientos jurídicos acoplar el montaje de unas estructuras organizativas a las más diversas realidades sociales.

Sistema Británico: se caracteriza por ser un régimen de asamblea con preponderancia total del órgano colegiado.

Modelo Norteamericano: Presenta 3 especialidades:

- a) Siguiendo el sistema inglés, existen concejos colegiados con dos sub-especies: Alcalde débil con preponderancia del órgano colegiado y Alcalde fuerte con preponderancia del órgano monocrático.
- b) El llamado gobierno por Comisión, este sistema es un término medio entre el colegiado y el unipersonal de Gerencia. El Alcalde casi no existe en la realidad, porque es el Presidente de la Comisión.
- c) Gobierno por Gerente. Se caracteriza por tener al frente un manager que es contratado por el Concejo Municipal y el Alcalde, órganos que se mantienen, pero este último es una figura decorativa. Por ser contratado y no

4 Véase estudios de JORDANA DE POZAS, Luis. "Problemas de las Concentraciones Urbanas desde el punto de vista de la Organización Administrativa" en *Estudios Jordana*, Madrid, 1960, Volumen I, Instituto de Estudios de Administración Local, págs. 674 a 684. JORDANA DE POZAS, Luis. Madrid, *Revista de la Vida Local*, - No. 137, 1964, págs. 641 a 666. JORDANA DE POZAS, L. "Las Áreas metropolitanas de España y en el Extranjero", Madrid, en *Problemas del Urbanismo Moderno*, págs. 367 a 400.

elegido, el Gerente requiere condiciones especiales de aptitud técnica y pericia.

Modelo Francés: es un sistema dualista articulado. Consta de un órgano unipersonal (Alcalde, maire) pero a su lado tiene un colegiado (concejo comunal). El peso de la gestión municipal, al ser un sistema democrático, lo lleva teóricamente el órgano colegiado, pero en la práctica es el monocrático quien da impulso y vida a la entidad.

Modelo Germano: existen varios tipos:

Constitución por separación de funciones. Se caracteriza porque existen órganos distintos para planear y ejecutar acciones, y se distingue el Sistema de Burgomaestre y el Sistema de la Magistratura.

Constituciones con funciones concentradas, aquí es la Asamblea de representantes el único órgano y se prescinde del Burgomaestre y de la Magistratura.

Modelo Español: en España, el sistema de gobierno municipal se informa esencialmente del francés, existiendo órganos colegiados y unipersonales con competencias propias, siendo estos, además, presidentes y ejecutores de las decisiones de aquellos.

De todos estos sistemas esquemáticamente expuestos algunos de ellos se rigen en grandes ciudades, otros no. En otros casos no son sistemas típicos sino compuestos de caracteres de varios de ellos, porque la realización social del fenómeno de las grandes metrópolis es muy variada y rica en matices.

1. Soluciones con una visión de conjunto

El fenómeno de las grandes aglomeraciones urbanas comienza a surgir inconteniblemente a impulsos de las más

variadas razones. Por imprevistos, tal vez por imprevisible, cuando se toma conciencia de su verdadero significado es ya un problema de enorme magnitud. Se piensa entonces en determinar el proceso de crecimiento. Pero no es fácil. Se cuenta con factores poderosos en contra. El señuelo de la gran ciudad atrae sin cesar grandes masas de población, las industrias y las edificaciones se multiplican en proporción geométrica, y generalmente, de manera desorganizada. Se hace evidente la necesidad de una acción que permita ordenar el crecimiento y satisfacer las necesidades de servicios de amplios sectores de población: agua, gas, electricidad, transportes, saneamiento ambiental, entre otros.

En este sentido, se dio en España el sistema de leyes especiales, en el cual, sin duda, la regulación especial de las ciudades de Madrid y Barcelona responde a las necesidades de una época y a la manera de entender los problemas en un determinado momento; estas dos leyes constituyen en definitiva, el producto de un particular contexto político, social y doctrinal, a través del cual se pretendió salir de las estrechas posibilidades que permitían en ese momento la regulación del régimen local español, mediante la instrumentación de dos soluciones: la creación de un estatuto especial para Madrid y otro para Barcelona, intentando una estructura orgánica adecuada a las necesidades peculiares de tales aglomeraciones urbanas.

Hubo un momento (finales de los años cincuenta) en que se pensó que solo la gran ciudad con sus potentes recursos y mediante acciones coordinadas con las prestaciones estatales dentro de su propio término, podría hacer frente a la situación, evitando el colapso de los pequeños municipios circundantes y las deficientes condiciones en que se encontrarían sus habitantes en otro caso. La solución parece evidente dentro de las posibilidades que permite el sistema de régimen local: la anexión de los municipios pequeños. Desaparecen jurídicamente integrándose en el gran núcleo.

Se debe precisar sin embargo que, las leyes especiales de Madrid (1963) y Barcelona (1960), surgen en el momento en que el crecimiento desmesurado de la metrópoli como consecuencia de la política anexionista, hace ineficaz el sistema de gobierno y administración uniforme de los municipios en España. Se piensa que las necesidades de este municipio gigante son distintas que las del resto de los entes locales y por ello se les dota de un estatuto especial. Sin embargo, es una medida que hoy resulta superada y desaconsejable.

La insuficiencia del sistema de leyes especiales para Madrid y Barcelona, quedo demostrada por la realidad sobre todo en los problemas de gran importancia: por su lado, el tímido intento de remediar el constante vaciamiento de las competencias municipales a través de la atribución exclusiva de determinadas competencias a los Municipios. Técnica superada, porque, ¿qué servicios tienen hoy día carácter estrictamente municipal? Por otra parte, se desconoce la necesidad impuesta por la realidad de tratar a cada zona metropolitana. No es admisible que los servicios que gestiona la gran ciudad se limiten a su término municipal, porque la realidad no entiende de términos municipales: se trata de grandes aglomeraciones urbanas, cada vez más grandes, cuyo tratamiento de problemas debe ser enfrentado de manera unitaria.

Como dice Vallina Velarde⁵ "La pérdida o vaciamiento de competencia por parte de las Corporaciones locales resulta un fenómeno en buena parte irreversible y contra el que no es posible reaccionar intentando ingenuamente devolver las competencias perdidas a esas entidades, bajo el criterio de reparto o separación absoluta con las competencias del Estado, puesto que es un criterio hoy en día totalmente superado". La experiencia requerida anteriormente, nos obliga a considerar que hay dos maneras de ver las cosas: una, que la pasividad

5 VALLINA VELARDE, J. L. "Tendencias actuales de las técnicas de Colaboración en el ordenamiento local", en Problemas Políticos de la Vida Local, Tomo II, Madrid, 1971, págs. 101 y ss.

de los municipios o la política estatal de no solo no fomentar sino de poner trabas a la potenciación de los medios técnicos, propios de los entes locales, puede dar lugar a la formación de un estado francamente antidescentralizador; y, por otro lado, a la vista de los hechos, puede ponerse en una situación pasivamente provocada por el poder central. Hay quienes sostienen que la solución a los problemas de las grandes ciudades es potenciar esos medios técnicos para poder desplegar la debida eficacia en la gestión de los servicios, cuya ejecución debe otorgarse al gobierno de la ciudad, sin perjuicio del principio de unidad de planeamiento que debe corresponder al Estado.

En otro sentido, al enfrentarse con pretensiones de eficacia al problema de las grandes aglomeraciones urbanas, no parece lógico separar problemas y acotar zonas territoriales de actuación, por las conexiones de unos problemas con otros y por la necesidad de resolverlos en todas las zonas de la gran ciudad de que se trate.

Otro caso dentro de las soluciones generales o de conjunto es el francés, donde a partir del IV Plan (1961-1965) y sobre todo del V Plan (1966-1970) se demostró gran preocupación por el fenómeno de la urbanización y sus consecuencias a través de la atención especial prestada al “*aménagement*” territorial, dentro del cual se destaca la organización del Distrito y de la Región de París.

Con relación al “*aménagement*” de las grandes áreas metropolitanas, es difícil dar una traducción exacta del término. Pierre Dumont⁶ explica: “Que es el *Amenagement*? Una voluntad de no dejar transformarse al paisaje de forma ciega bajo el efecto de los intereses particulares o de los caprichos individuales. Dominar las condiciones en las que el progreso

6 DUMONT, PIERRE, Perfecto de la Región du Nord, en la presentación del Libro Blanco de L'OREAM-Nord, citado por CARRERO PIERA, L. en “Planificación e Información Territorial en Francia”, p. 44 y ss. de la *Revista Ciudad y Territorio*, No 4-1970, Madrid, I.E.A.L.

económico y técnico va a insertarse en el espacio y moderar el cuadro de la vida de los hombres". En cuanto a las ciudades metropolitanas, es necesario excediendo los límites de las mismas, estudiar y planear sus apoyos y relaciones sobre ciudades y comarcas vecinas. Por eso, la política de "amenagement" tiende a la organización de verdaderas áreas formadas por un conjunto de ciudades, unificadas bajo la amplia noción de áreas metropolitanas.

El tercer caso de soluciones globales es el del Gran Londres y otras áreas urbanas de Gran Bretaña. El pragmatismo inglés ha ido arbitrando fórmulas para la organización de las concentraciones urbanas, que presentan un indudable interés por causa del tradicional apego a las fórmulas de gobierno local que, como garantía democrática, suele atribuirse a los pueblos británicos. Por lo demás, es proverbial su habilidad para el manejo de la cosa pública, puesta a prueba por ese gran reto de nuestro tiempo que es el gobierno y administración de las áreas metropolitanas.

El Gran Londres supera los catorce millones de habitantes y representa el 20 por ciento de la población del país. Las otras seis áreas metropolitanas representan, unidas, el 35.4 por ciento.

2. Soluciones de tipo sectorial

Las áreas metropolitanas no han recibido hasta ahora una institucionalización jurídico positiva en la legislación venezolana. No la han recibido como entidades locales; ni la han recibido a través del sistema de leyes especiales que otorga regímenes municipales especiales para grandes ciudades; ni la han recibido, en fin, a través de ley general alguna que hubiera podido configurar jurídicamente el área metropolitana al menos como división general para la prestación de los servicios del Estado.

Sin embargo, lentamente ha comenzado a surgir una cierta institucionalización en amplias zonas intensamente urbanizadas específicamente en el caso de Caracas. Es decir, en las regulaciones que se han ido haciendo de determinados servicios públicos o de ciertos ámbitos de acción administrativa.

En realidad puede afirmarse que las primeras configuraciones jurídicas de las áreas metropolitanas, en casi la totalidad de experiencias a nivel mundial, han surgido en sectores especiales tanto del ordenamiento jurídico como de la acción administrativa y, en consecuencia, solo a determinados efectos. Por esta vía, el área metropolitana siempre se ha institucionalizado como simple circunscripción territorial o ámbito espacial para el ejercicio de determinadas competencias que corresponden a órganos ordinarios o especiales de la administración del Estado. En otros casos, se llegó incluso a constituir organismo autónomos con el objeto de desarrollar esas grandes aglomeraciones urbanas. Sin embargo, cuando se intentaron las primeras soluciones en ningún caso el área metropolitana, entendida no solo como una porción de territorio sino como una población asentada sobre ella, fue institucionalizada como tal.

Conviene por tanto, dedicar especial atención a las legislaciones sectoriales que han tenido en cuenta los espacios metropolitanos en su normativa. Aparte de si condición de precedentes legislativos, la mayor parte de esas normas están aún vigente en los países que las impusieron y habrán de tenerse muy en cuenta a la hora de vertebrar los futuros sistemas de Gobierno y Administración de las áreas metropolitanas definitivamente institucionalizadas, como en efecto ha sucedido en aquellos lugares en que la institucionalización es un hecho.

Hablando en términos generales, el futuro régimen jurídico que haya de aplicarse a las metrópolis en las cuales inciden los actuales ordenamientos sectoriales, tendrá que obedecer, en principio, los especiales dispositivos orgánicos previstos

en los mismos. La experiencia que puedan haber alcanzado estas organizaciones sectoriales, lógicamente tiene que ser de enorme utilidad para la elección de los mejores sistemas de Gobierno y Administración de las zonas metropolitanas. El sector administrativo más interesante al respecto es, con toda evidencia, el urbanístico. Ha sido principalmente a través de lo que puede dominarse la Administración Urbanística como ha surgido el reconocimiento de las áreas metropolitanas, como hemos dicho anteriormente.

Aunque el urbanismo haya ido progresivamente ensanchando sus dominios hasta acercarse cada vez más para algunos⁷ a la teoría general del “gobernar”, no puede decirse que incluya una serie de servicios públicos o de actividades administrativas que, aunque muy vinculadas a él y muy importantes para los grandes asentamientos urbanos Metropolitanos, tienen una naturaleza diversa en las actividades de la ordenación urbana, específicamente hablando. Es el caso, por ejemplo, de los transportes urbanos o metropolitanos, de la construcción y fomento de la vivienda o del fomento industrial. Hay que señalar que también en estos sectores administrativos ha ido surgiendo jurídicamente la dimensión metropolitana.

En este punto del presente informe se pretende resaltar el tránsito de la concepción del área metropolitana como circunscripción espacial para el desenvolvimiento de determinadas actividades administrativas especiales, a la comprensión de las mismas como verdaderas comunidades reales de necesaria institucionalización plena y a las que corresponderían transcendentales funciones públicas en la nueva sociedad de fines del siglo XX.

7 Véanse entre otros, a CARCELLER FERNÁNDEZ, A. “Organización Administrativa del Área Metropolitana de Barcelona” en *Crónica del V Congreso Hispano-Luso-Americano Filipino de Municipios*, Capítulo II, Madrid, Instituto de Estudios Administración Local, 1970, p. 149 y ss. CARRERO PÉREZ A. “Regímenes Urbanísticos Especiales” en *Revista de Derecho Urbanístico*, Editorial Montecorvo Madrid, No. 24, Julio-septiembre 1971, p.

A. La Administración Urbanística

La evolución del proceso de desarrollo urbano se caracteriza, muy especialmente, por la densificación congestiva de los cascos centrales de las ciudades y el desorden de la periferia. La primera explicación, aunque no se ha puesto suficientemente de relieve, se encuentra en la distorsión que supone, casi siempre, la realidad del desarrollo socio-económico en relación con los esquemas conceptuales sobre los que están trazados los Planes de Desarrollo Urbano.

Asimismo, no puede desconocerse que la situación urbanística de 15 ó 20 años atrás, era realmente mucho más estática que la actual y que el dinamismo de las ciudades y el propio desarrollo ha contribuido decisivamente al cambio, ya que como ocurre en todo proceso e crecimiento económico, especialmente en sus primeras etapas, se han producido los conocidos fenómenos acumulatorios urbano-industriales y las corrientes migratorias internas que los acompañan, incidiendo de forma rápida y contundente en la red urbana existente que se ha encontrado así sometida en poco tiempo a una presión anteriormente inesperada.

Como una explicación más a la realidad insatisfactoria del desarrollo urbano, en términos generales, es ineludible la referencia la desajuste entre las estructuras administrativas del urbanismo y las exigencias de esta compleja y conflictiva parcela del interés general. La necesaria unidad de dirección, de objetivos y de programación, no está, en la mayoría de los casos, garantizada a ningún nivel administrativo en relación a su incidencia en lo territorial, en la ordenación espacial.

Asimismo, el afrontar el problema del mercado del suelo es preciso distinguir claramente dos cuestiones: una, se refiere a la existencia del mercado de precios excesivamente altos y otra distinta, es la que atañe a la distribución de los precios entre el propietario y la colectividad. Las dos preguntas claves en esta

materia son las siguientes: ¿Cuáles de las rentas (rendimiento agrícola, urbanización, edificabilidad, situación, escasez, etc.) pueden y deben ser reducidas o eliminadas por carecer de justificación económica? y, ¿Qué parte del precio debe percibir el propietario y cual la colectividad?

Si nos referimos al costo excesivo del suelo, en una primera aproximación no será difícil convenir que los precios del suelo urbano justifican la creciente preocupación por el problema, el cual, abandonado a su propia dinámica las más de las veces, tiende a agravarse. El proceso de concentración urbana en las áreas metropolitanas (adonde la población es atraída, sobre todo, por los mejores niveles de servicios y por salarios más altos) augura un alto crecimiento de la demanda de suelo en donde su oferta es limitada. Los estudios demuestran un continuo crecimiento de los precios, tanto en la Europa Occidental como en las grandes aglomeraciones de Norte América y América Latina.

Sin embargo, son significativas las conclusiones de la doctrina en el sentido de hacer una distinción entre propiedad y uso del suelo. Al reconocer que los derechos de propiedad absoluta han sido ya eliminados y restringidos por la sociedad en muchos países, se llegó a la conclusión de que esta distinción era fundamental para controlar el uso del suelo, impedir su especulación y promocionar nuevos tipos de propiedad, así como para decidir qué derechos corresponden a la sociedad y cuales el individuo⁸.

Es absolutamente indispensable un marco jurídico adecuado a una política urbanística que resulte acorde con las necesidades del presente y de un futuro a mediano plazo, donde queden establecidas unas líneas maestras que orienten el crecimiento previsto de la población urbana en las mejores

8 Véase El porqué de una reforma, publicación del Ministerio de la Vivienda, Madrid 1.972, p. 13 a 16, 20 a 21.

condiciones posibles, tanto desde el punto de vista social como del económico.

La urbanística no es solo una manifestación de la sociedad civil, sino también una disciplina fundamental de la cultura moderna. A tal efecto, no progresa únicamente mediante reformas legislativas, sino también a través del desarrollo cultural en el ámbito de la opinión pública.

Es necesario llevar la discusión mucho más allá de las cuestiones sobre el régimen de propiedad del suelo, extendiéndola a los problemas de la ordenación territorial moderna y dedicando mayor interés a las cuestiones inmediatas de la vida urbanística cotidiana.

En realidad, la administración del urbanismo en todas sus manifestaciones parece más necesaria hoy que nunca, así como el establecimiento de más estrechas relaciones entre estas y las disciplinas afines. Sería peligroso, por ejemplo, subvalorar la importancia de los problemas de normativa y de actuación que deciden la práctica urbanística de cada día, los cuales pueden y deben afrontarse en el terreno de las modificaciones parciales, de las correcciones transitorias, preparando así poco a poco las más completas y satisfactorias transformaciones.

Esta perspectiva implica la necesidad de distinguir en el ámbito municipal la intervención urbanística parcial que puede concretarse tanto en la precisa definición arquitectónica como en la elasticidad de la actuación referente al ensanche urbano de la intervención urbanística general, dirigida, sin esquematismo, hacia una especialización en el uso del suelo con el objeto de enriquecer todo el territorio y no solo algunas zonas particularmente explotadas.

Es el momento para difundir la mayor dimensión de la planificación urbanística, apuntando decididamente hacia la región. Esta ampliación de la dimensión del plan ha sido

preparada durante muchos años de experiencia y de tentativas, como en el caso de Italia, y se presenta como la inevitable conclusión práctica y teórica de hoy día.

*B. La administración de servicios especiales
en las grandes ciudades*

Los transportes son uno de los servicios públicos más típicamente metropolitanos. Es importante analizar los distintos tipos de transporte, la coordinación, los efectos de las inversiones, entre otros. Así, los transportes y las comunicaciones están sometidos a los penosos esfuerzos que impone el desequilibrio cada día mayor, entre la demanda siempre creciente y unos sistemas insuficientes y hay dudas de que el retraso pueda ser superado. En todos los sitios y a consecuencia del mismo crecimiento, las poblaciones cambian inevitablemente de carácter y de comportamiento.

Entre los más grandes problemas metropolitanos, están la falta de coordinación de los transportes y una circulación cada día más congestionada. Como resultado, se producen unas pérdidas económicas y de producción considerables⁹.

Quizás, nuevas consideraciones en relación al transporte urbano pueden ser:

1. La consideración del transporte como el de un conjunto de actividades estrechamente ligadas entre sí.
2. El reconocimiento de que la utilización del terreno y las características sociales y demográficas, así como la facultad de escoger y de usarlos, son factores que deben tenerse en cuenta en la determinación de los medios de transporte urbano.

⁹ Es importante el claro enfoque de LABASSE, Jean, sobre los problemas del transporte y la circulación urbana en *La Organización del Espacio*, Madrid, IEAL, 1.973, p. 406 a 423.

3. La apreciación de la influencia del transporte en el desarrollo de las ciudades y regiones metropolitanas.
4. Aceptar el hecho de que la planificación del transporte no puede concebirse más que a escala metropolitana.

Con relación a **la construcción de viviendas** se trata de una acción de la Administración cuando, por las razones que sean, resulta insuficiente la iniciativa privada para atender las demandas de la sociedad que reviste una extraordinaria importancia precisamente en las grandes concentraciones urbanas, donde el fuerte índice inmigratorio y el proceso de crecimiento natural de tan grande masa de población, puede llegar a hacer incluso angustioso el problema de habitaciones dignamente acondicionadas. Prescindiendo de otras consideraciones, esta puede ser ya una razón suficiente para que la Administración encargada de atender ese servicio sea la correspondiente del área metropolitana.

Otros servicios que son objetos de administración especial en las grandes ciudades son, casi siempre y entre otros, los referidos a abastecimiento de aguas, promoción del turismo y localización industrial.

III. SOLUCIONES DE CARÁCTER POLÍTICO PARA GRANDES CONCENTRACIONES URBANAS

Al intentar exponer las ideas sobre el tema del gobierno de las grandes ciudades, consideramos importante partir del examen de las circunstancias concretadas en factores y funciones que dan una fisonomía especial a una porción del territorio que sirven de base a un asentamiento humano y que marcan con caracteres distintos los rasgos del sistema de gobierno del mismo para que puedan configurarse con el de un área metropolitana. Puede recogerse algunas conclusiones previas: la imposibilidad, o por lo menos la gran dificultad, de la transfe-

rencia automática de los sistemas de gobierno de un territorio determinado a otro, incluso dentro del mismo país y, por otra parte, lo difícil del mantenimiento indefinido, sin modificaciones, de los sistemas convencionales de gobierno que han evolucionado históricamente bajo condiciones muy diversas.

Afirman con gran acierto García de Enterría y Cortiñas Peláez¹⁰ que los problemas del área metropolitana de la segunda mitad del siglo XX no solo implican dificultades de funcionamiento administrativo, sino también de estructuración administrativa. La organización administrativa impone la consideración indisoluble de los dos aspectos que con tanta razón señala la Real Comisión británica en la Organización de lo local de 1966-1969 al estudio de la actividad prestacional (cometidos metropolitanos y su financiación) acompaña y precede el estudio orgánico de la democracia metropolitana. Se afirma que hay que trasplantar a los sistemas de gobierno metropolitano los principios que informan la organización de la vida política del país. Sin duda que un adecuado sistema de gobierno está en la base de la solución de los intrincados problemas de las áreas metropolitanas. Es importante, en primer lugar, examinar las circunstancias que influyen sobre la configuración de un área metropolitana y que permiten definirla como tal, establecer sus extensiones territoriales y las funciones que debe realizar.

Entre esas circunstancias está el aumento de población de un área metropolitana, influido por una serie de factores que pueden actuar sobre ella favorable o desfavorablemente y entre las cuales se señalan las siguientes:

10 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y CORTIÑAS PELÁEZ, León. "Organización Administrativa de las Áreas Metropolitanas", en *V Congreso Hispano-Luso-Americano Filipino de Municipios*, t. II, Madrid, I.E.A.L., 1970. CORTIÑAS PELÁEZ, I. "Una reflexión político-administrativa sobre las Áreas Metropolitanas en América Latina", en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Instituto de Derecho Público, U.C.V., Vol. I, ccas., 1.971. pp. 159 a 191.

- a) Medio Geográfico: el mismo condiciona los asentamientos humanos, las poblaciones y pueden señalar fronteras físicas.
- b) Situación Demográfica: las perspectivas de la misma y los movimientos migratorios de la población influyen al determinar distintos niveles sociales, movimientos diarios de población y diferentes posibilidades financieras entre sus habitantes.
- c) Condicionamientos Financieros: son ocasionados por el aumento de la población y el de las funciones del gobierno metropolitano. A la par que, junto con el aumento de gastos, son los mejores exponentes de la transformación.

La gran densidad de la población, las complicaciones en los servicios, la gran extensión del territorio, las dificultades de los transportes, son todas las características propias de las áreas metropolitanas, por lo cual, las funciones metropolitanas, también están investidas de particularidades que los son propias. Por lo mismo, la explosión urbana impone la determinación de una materia metropolitana distinta de la municipal y por lo tanto, la atribución de las competencias será consecuencia del nivel de los cometidos y de la estructura orgánica adoptada. Este es uno de los problemas más difíciles, en el cual ninguna generalización puede ser realizada.

En cuanto a los sistemas de gobierno, imperan en la actualidad dos posiciones que podrían concretarse en unidad de poder o duplicidad, es decir, lo que se ha llamado sistemas monistas y dualistas en cuanto a los órganos de gobierno.

Los Sistemas Dualistas implican que las competencias en materias definidas como de carácter local metropolitano, se distribuyen entre delegaciones del poder central y órganos locales, ejemplo: las soluciones francesas de 1959. distrito de la

región de París de 1961 y las Comunidades Urbanas de 1966 en las que se produce la separación de funciones, atribuyendo la legislativa y de control a un órgano pluripersonal electo y la administrativa a un órgano unipersonal designado, que encarna ambiguamente tanto al poder central como al local. Roma y Bruselas han tenido regímenes parecidos. Las tendencias actuales son favorables, por el contrario, a soluciones diferentes.

Los Sistemas Monistas se manifiestan con tendencias diferentes, según los principios políticos del país en que se aplique; pero en todos, sus estructuras descansan no sobre una división entre organismos gubernamentales y organismos autónomos, sino por el contrario en una atribución completa de competencias metropolitanas a los organismos autónomos de carácter local. Por supuesto que todo ello sin perjuicio de la supervisión ejercida por los organismos superiores que representan los intereses generales de la Nación.

Por su parte, las estructuras del Gran Londres y de las ciudades norteamericanas, siempre afirman el carácter electivo de las autoridades metropolitanas cuya separación orgánica en dos niveles corresponde estrictamente al diverso ámbito territorial de la respectiva actividad prestacional.

En síntesis, tenemos que mientras el criterio francés sigue el clásico esquema político liberal, el criterio anglosajón se rige por la economicidad de los servicios respectivos: sin embargo, paradójicamente, el primero quiebra la base democrática del sufragio, el cual se ve reafirmado por el segundo donde se concilia la exigencia de una autentica descentralización democrática con las de una eficaz prestación de los cometidos metropolitanos.

Los criterios para la constitución política de los órganos de gobierno, pueden plasmarse sustancialmente en dos soluciones:

1. Gobierno a un nivel

La solución de un solo gobierno para el área metropolitana implica la fusión de las unidades gubernamentales existentes, por medio de la anexión o consolidación en favor de una sola autoridad fundamental que se extiende a toda el área metropolitana.

En los últimos años esta práctica se ha utilizado muy pocas veces por diversas consideraciones: la resistencia que se encuentra en los municipios y en los ciudadanos para aceptar esta fórmula de gobierno; las dificultades que entraña para la participación de los ciudadanos en el gobierno local por la gran dimensión del área, lo lejano de los problemas y el ver desaparecer los vínculos que los ligaban con la colectividad a que pertenecían; porque impone el sustituir la desaparición de esas colectividades por unos distritos u órganos que cumplen su papel y puedan agruparles; porque dada la extensión creciente de las grandes áreas el proceso de absorción sería inacabable; y porque conduce a una concepción del Urbanismo que impulsa a una ciudad a que se extienda, sin dejar soluciones de continuidad entre ellas y los otros municipios, contrario a los criterios que inspiran el urbanismo actual.

2. Gobierno a dos niveles

La federación metropolitana es la más importante de la solución de dos niveles, en la que existen unidades de gobierno local que quedan sustancialmente como estaban o que se ven sujetas solo a modificaciones parciales, si bien se crea un nivel de gobierno metropolitano completamente nuevo para proyectar en zonas más amplias la planificación, coordinación y ejecución de los servicios dentro del área.

En este sistema, las funciones municipales están fuertemente descentralizadas a nivel de unidades administrativas locales en los límites mismos de la federación. El órgano

central está provisto de poderes considerables. Este sistema ha sido particularmente aplicado en muchos países después de la segunda gran guerra y hay un gran número de áreas que utilizaron esta solución. Algunos de los programas más importantes se encuentran en Tokio, Toronto, Miami, Londres y París, si bien en esta última ciudad con la complicación de una mezcla de funciones con órganos de la administración del Estado.

Las varias experiencias realizadas han traído al primer plano la solución metropolitana federalista. El federalismo metropolitano¹¹ se parece bastante al federalismo a nivel nacional; el poder central tiene las atribuciones que se le confieren en la ley por la que se establece el régimen federal y los entes locales prosiguen ejerciendo aquellas competencias usuales, salvo las que se han sido traspasadas al nuevo organismo central.

3. Distritos especiales para el desarrollo de determinados servicios

Las dos soluciones indicadas anteriormente, han sido preparadas o combinadas a través de los Distritos Especiales (o autoridades de área o únicas), experiencia de gran importancia en los últimos años para desarrollar servicios de agua, de transporte, de educación, entre otros. Si bien es evidente que este tipo de solución puede significar una respuesta inmediato a los problemas metropolitanos, su valor a largo plazo es más discutible porque implican una sustitución de la fragmentación funcional, ocasionada por el hecho de que aun cuando pueden proporcionar los medios para la administración, a escala metropolitana, de los servicios especializados, crean nuevos problemas de coordinación funcional entre los diferentes distritos.

Han surgido muchos intentos de solución a la coordinación de las áreas metropolitanas con los órganos del Estado,

11 JONES, Victor *"Metropolitan Government"*, Chicago, university of Chicago Press, 1.942. BANFIELD, E. C. *Urban Government*, New York, 1961.

sobre todo por lo costosos que son sus servicios. Analizando los múltiples caminos de respuesta, puede concluirse en:

- La necesidad de actuar, pero no de cualquier forma y con precipitaciones.
- Que las alternativas que se plantean no tienen por qué ser excluyentes entre sí, ya que en un mismo plan pueden encontrarse, simultáneamente, una formula federativa dentro de la cual conserven su autonomía los municipios, y convenios entre ellos y la administración central o con el sector privado (concertación) para la mejor gestión de ciertas funciones.
- Se recomienda plantear con toda claridad las fórmulas que requieran la aprobación del electorado.
- Por último, la importancia de crear un sistema eficaz de relaciones públicas, como medio para lograr la integración de una vida comunitaria metropolitana.

EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS*

Ana Elvira Araujo García

Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: Análisis de la legitimación, en el derecho venezolano y comparado, para recurrir activamente ante la actividad de la Administración Pública, incluyendo la noción de interés colectivo y difuso en el Derecho Administrativo.

Palabras clave: Tutela Judicial. Interés. Legitimación. Capacidad.

Summary: Analysis of Venezuelan and Comparative Law of the procedural legitimation (locus standi) for actively recurring Administrative acts, including the notion of collective and diffuse interests (class actions) in Administrative Law.

Key words: Judicial Tutelage. Interest. Procedural legitimation. Capacity.

Recibido: 27 de diciembre de 2018 Aceptado: 4 de marzo de 2019

* Este trabajo fue publicado en la Revista de Derecho No. 4. TSJ. Caracas. 2002.

SUMARIO

- I. Evolución de las situaciones jurídicas y la legalidad de la administración. Pretensiones de anulación y de las mal llamadas de “plena jurisdicción”
 - II. El Interesado en el procedimiento administrativo. Acceso a la justicia y la legitimación para recurrir. Derechos subjetivos, intereses legítimos o reaccionales. Intereses colectivos
 - III. Conclusiones
- Bibliografía

I. EVOLUCIÓN DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS Y LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. PRETENSIONES DE ANULACIÓN Y DE LAS MAL LLAMADAS DE “PLENA JURISDICCIÓN”

El administrado, sin perjuicio de resultar destinatario de situaciones jurídicas pasivas, es, al mismo tiempo, titular de situaciones jurídicas activas frente a la Administración. Sin esta realidad, el Derecho Administrativo no tendría razón de ser.

El verdadero problema que plantea el tema de las situaciones subjetivas activas no son las formas típicas de derechos subjetivos que conoce el Derecho privado, sino lo limitado de su ámbito. Lo más importante del campo de la actividad administrativa queda fuera. Si sólo se dispusiera de los supuestos típicos de derechos subjetivos para exigir el cumplimiento de la ley a la Administración, la mayor parte del campo de la legalidad administrativa quedaría fuera del alcance de los particulares (García de Enterría).

El Derecho Privado es la expresión de la justicia distributiva de dar a cada cual lo suyo. Así, su cumplimiento queda en manos de los particulares, quienes solicitan a los tribunales la

protección de sus derechos y que se cumpla la ley. El Derecho Administrativo, sin embargo, está articulado de forma distinta. Si tiene, claro, manifestaciones de justicia distributiva (los típicos derechos subjetivos) pero esta no es su principal materia.

El Derecho Administrativo, en su regulación, valora los intereses colectivos, sin adecuar expresamente a los mismos con los intereses *privados*. *Podemos pensar en el Derecho de la organización, en el otorgamiento de potestades públicas, la legislación de obras públicas, de orden público, de selección de funcionarios, entre otras.*

Nadie puede pretender, por caso, que un Concejo Municipal delibere o adopte determinadas ordenanzas, o que un Plan de Urbanismo se elabore con todos los documentos que la ley dispone. ¿Esas normas no pueden hacerse valer por los particulares? Es un asunto importante. Si la respuesta es negativa, la legalidad, al no poder ser exigida por los administrados, se convierte en una regla moral para la Administración, a lo más, bajo el control parlamentario, pero no bajo el control del juez, porque éste no se podría poner en movimiento. Como vemos, para el Derecho Público esta es una cuestión de gran significación.

1. El recurso por exceso de poder como un supuesto recurso “objetivo” y el requisito del interés. Breve análisis de la historia del asunto en Francia, Italia, Alemania y España

Desde los orígenes mismos del contencioso, el Consejo de Estado francés observó el problema. Según la tradición de la justicia, el contencioso se erigió en defensa de verdaderos derechos subjetivos de los administrados. Pero al lado de este recurso en que el juez contencioso actúa como cualquier juez, tutelando derechos, (es lo que se llamó recurso de “plena jurisdicción”) empieza a configurarse una institución que, a partir

del último tercio del siglo XIX, será el principal contenido de la justicia administrativa.

Se inicia este “recurso por incompetencia y exceso de poder” por parte del Consejo de Estado francés, que actúa como órgano administrativo puro (**sistema de justicia retenida**), para operar un control interno sobre la Administración, en el cual las **reclamaciones individuales actúan como meras denuncias**. A los motivos de fondo iniciales, incompetencia y exceso de poder (aunque esta última expresión se utilizó en forma general y abstracta, sirve para todo y todo recurso es por exceso de poder), se van añadiendo el vicio de forma, la violación de Ley y la desviación de poder que empiezan a incidir sobre los actos discrecionales, que la doctrina de la época entiende como no justiciables (García de Enterría).

La Ley francesa de mayo de 1872 admite como un recurso ordinario, al lado del de plena jurisdicción, el recurso por exceso de poder: con lo cual se pasa del sistema de justicia retenida al de **justicia delegada o propiamente jurisdiccional**. Ahora, el Consejo de Estado perfila técnicamente la figura que Hauriou llama “maravilla de arqueología jurídica”.

El recurso por exceso de poder deja de ser una petición o denuncia y se transforma en un verdadero proceso por medio del cual se asegura el cumplimiento de la Ley por la Administración. Sin embargo, no se admite que es una justicia subjetiva, en la que el recurrente defiende derechos propios. Se habla de un recurso “**objetivo**” en el cual no son derechos subjetivos, sino la legalidad objetiva lo que es objeto de valoración y fallo. Por eso se habla de un “proceso al acto” (se abre proceso al acto como en la edad media se abría proceso a un cadáver, dirá Hauriou con fino sarcasmo). En consecuencia, la sentencia sólo puede anular el acto administrativo atacado, si es declarado con lugar el recurso, nunca concluye en la declaración de un derecho ni de una indemnización de daños y perjuicios a favor del recurrente, ni tampoco en una condena a la Administra-

ción como sujeto, la cual, **propiamente**, tampoco es parte en esta clase de juicio. Por otra parte, se justifica en este carácter objetivo del recurso, los efectos *erga omnes* de la sentencia, si es anulatoria, y no limitados al solo recurrente. Sin embargo, el recurrente es mas que un denunciante que defiende la legalidad: **se le exige un interés personal y directo en el asunto**. Lo curioso es que la doctrina no ve en este elemento nada que vaya contra la supuesta naturaleza objetiva del recurso, ni siquiera Hauriou, que opina que los particulares juegan el papel de un Ministerio Público.

Se trata de una especie de acción pública que el interesado está encargado de intentar en interés de todos (Hauriou). Con lo cual, la exigencia de un interés no es mas que imponer un “requisito de seriedad”, dice la doctrina francesa, para justificar el examen de fondo. Una vez comprobado ese requisito, el Tribunal se olvida por completo del triste recurrente, para concentrarse en el examen del fondo de la legalidad del acto, único **objeto de la sentencia**. La intervención del interesado tiene como finalidad poner en funcionamiento, en movimiento, el aparato de la justicia.

Esta construcción ha sido la dominante en muchos sectores de la doctrina y de la legislación hasta bien entrada la década de los setenta en el siglo XX.

Es interesante ver otras perspectivas de un problema que ha estado mucho tiempo en el mismo centro del Derecho Público.

Italia adopta, en relación al problema del contencioso administrativo el sistema judicial. La reforma de 1889 atribuye al Consejo de Estado la tutela de los intereses en el ámbito administrativo, intereses que se calificarán como **legítimos**. Desde entonces, en Italia la justicia administrativa está dividida en protección de derechos subjetivos confiada a los Tribunales ordinarios y protección de intereses legítimos confiada al

Consejo de Estado, partición que ha respetado la actual Constitución italiana (Artículos 24 y 113).

A partir de esta distinción del sistema de justicia administrativa, la doctrina italiana se va a esforzar, con mucha sutileza, en precisar qué cosa son los “intereses legítimos” para distinguirlos de los tradicionales derechos subjetivos.

La primera gran “ola” (representada por los maestros Ranelletti, y Zanobini, entre otros) pone el énfasis en el destinatario del interés: el derecho subjetivo es un interés exclusivo del titular reconocido por el ordenamiento jurídico; el interés legítimo es el interés de un administrado que coincide de hecho con el interés general, en función del cual la norma se ha dictado. Es la doctrina clásica.

La segunda corriente considera que encuentra la clave en la naturaleza puramente procesal del interés legítimo, como una proyección procesal del interés *de facto*, identificándolo con la legitimación para recurrir. Por su parte, Giucciardi trae otra explicación, seguida entre nosotros por el eminente maestro Luis Farías Mata, y que es bastante sencilla. Los derechos subjetivos nacen de la ejecución de normas de relación inter-subjetivas; en cambio, los intereses legítimos nacen de la aplicación de normas de acción que se agotan en la esfera propia de la Administración y no pretenden construir relaciones jurídicas. Los autores coinciden en que esta bipartición de la justicia administrativa no es satisfactoria. Sin embargo, el aporte de este concepto de interés legítimo a la doctrina jurisprudencial venezolana es extraordinario.

El Derecho alemán, por su parte, hizo un axioma de la correlación entre derechos subjetivos perfectos y tutela jurisdiccional (Jellinek, 1906). Este autor deja al margen de la tutela jurisdiccional lo que llama, junto con Ihering, “reflejos de derechos”, es decir, esa serie de status derivados de las libertades fundamentales. Lo glosa García de Enterría.

Con la Ley Fundamental de Bonn se formula la conocida “cláusula general” de protección jurisdiccional del ciudadano, que busca una protección jurídica sin lagunas, a pesar de que esta cláusula declara como objeto de protección sólo las lesiones que los ciudadanos sufran en sus derechos. Sin embargo, la doctrina germana profundiza este concepto de derecho público subjetivo e incluye en el mismo los contenidos tradicionales y los intereses legítimos de la doctrina italiana (situaciones protegidas mediante recurso “objetivo”, según la doctrina francesa).

La Ley Santamaría de Paredes de 1888, en España, limita la protección a los derechos subjetivos perfectos según el modelo del Derecho Civil, como objeto del recurso contencioso administrativo. La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas estuvieron de acuerdo con esta posición legal.

En esta misma época, la doctrina italiana había observado que limitar la protección jurisdiccional a lo que en ese tiempo se llamaban derechos subjetivos, era dejar sin garantías al grueso de la legalidad administrativa. Este sistema se corrige en España incorporando la técnica francesa del recurso por exceso de poder o de anulación, a través de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956. Esta Ley reduce todo a un problema procesal de legitimación. El tema es cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico. Se admite el interés legítimo para acceder al juicio y que el Tribunal se ponga en marcha. El fondo es la legalidad objetiva del acto.

2.Cuál es el objeto de la tutela judicial, además de los derechos subjetivos “perfectos” ¿?

En los actuales momentos, la idea de un recurso “objetivo” o en puro interés de la legalidad, la verdad, no tiene mucho sentido, a menos que hablemos de la acción popular y del interés simple, donde el recurrente sí actúa como un agente del Ministerio Público.

Alguna experiencia judicial basta para entender que los recurrentes defienden lo que consideran son sus derechos, o al menos, sus intereses, y no la legalidad abstracta. Es casi una tontería pensar que su interés se acaba con la admisión del recurso, que es lo que resulta de entender el interés como un mero medio procesal de legitimación. El recurrente siente no sólo la admisibilidad, sino también que el recurso sea desestimado y lo siente como negación sustantiva de derechos (García de Enterría). La objetividad que tiene es que mueve el mecanismo entero de la justicia. Que ya es bastante, porque la justicia es siempre un mecanismo de satisfacción de intereses subjetivos, de luchar por el propio derecho.

No es posible, así mismo, reducir el problema a una técnica procesal de legitimación que es como se ha entendido durante mucho tiempo. Hay que precisar, primero, si la legitimación es un mero requisito procesal que afecta como tal a la acción o, por el contrario, si es un requisito de fondo que afecta la pretensión de que se trata, es decir, la titularidad del derecho que se pide ser tutelado, que es la tesis dominante hoy. Es lo que la jurisprudencia francesa llama el *grief* (daño, perjuicio) causado al interés, que es lo sustancial, y no el interés mismo. Esto permite que la actitud del recurrente se describa como **una defensa frente a un perjuicio que le cause el acto** de la Administración, perjuicio que es injusto si está causado al margen de la legalidad.

Lo que mueve al recurrente, entonces, no es un abstracto interés por la legalidad, sino el muy concreto de estimar que la Administración lo está perjudicando al obrar fuera de la legalidad, y que ese acto ilegal debe ser eliminado para evitar el perjuicio. Aquí se conectan, de este modo, **interés subjetivo y legalidad objetiva**. La Ley autoriza a un sujeto a ejercer una acción anulatoria contra los actos administrativos ilegales que le causen un perjuicio. Es, sencillamente, un específico derecho subjetivo, en palabras de García de Enterría. Donde está el derecho subjetivo no es en la violación abstracta de la norma,

sino en la acción que se otorga para eliminar el acto que, siendo ilegal, ha causado un perjuicio personal al ciudadano y, es en este sentido, que se ejerce la acción.

En resumen, estamos en presencia de un fenómeno de verdaderos derechos subjetivos y no de nada “objetivo” o de situaciones jurídicas atípicas.

La legalidad de la Administración, como una base del Estado de Derecho es, también, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que le impida a un ciudadano hacer lo que la Ley le permite, no sólo es una acción ilegal, es también una agresión a la libertad de ese ciudadano. Sin embargo, la construcción técnica básica del Derecho político, según la cual los individuos dejan de ser súbditos para convertirse en ciudadanos no pasa al terreno del Derecho Administrativo para justificar las acciones judiciales defensivas, salvo los derechos públicos perfectos, sino paulatinamente y por obra de una jurisprudencia progresiva, cuyos logros son explicados de forma convencional (recurso “objetivo”).

Se pueden establecer algunos elementos que caracterizan la estructura de este tipo de derecho subjetivo que estudiamos, siguiendo a García de Enterría:

- A) El concepto de *grief* se refiere a cualquier inmisión de la Administración en los “asuntos propios”. La jurisprudencia francesa dice que el acto atacado debe lesionar material o moralmente al actor. La jurisprudencia alemana habla de “círculo vital”.
- B) La doctrina italiana, con Cannada-Bartoli, señala que detrás de las situaciones de ventaja o de interés subyace casi siempre un derecho subjetivo de los típicos. Es decir, que el derecho subjetivo es siempre presupuesto de las situaciones que se califican como interés legítimo, porque dónde está el verdadero derecho subjetivo es en

la reacción (ejercicio de la acción) frente al acto ilegal que perturba el ámbito vital.

- C) Si antes de que existiese la lesión no existe mas que el derecho al libre desenvolvimiento, el hecho mismo de la lesión, cuando es ilegal, hace surgir un derecho subjetivo estricto, el de defenderse, de solicitar la protección judicial. García de Enterría toma de Roubier lo que este autor llama “situación reaccional”, que significa que antes de la lesión por la infracción no existía un derecho subjetivo propiamente, pero una vez ocurrida la lesión surge un verdadero derecho subjetivo a la reparación o restitución del perjuicio causado.
- D) Nadie tiene un **derecho subjetivo** a que la Administración cumpla con el principio de legalidad. Observar la legalidad es un deber sólo objetivo para la Administración, derivado de su vinculación positiva con la ley. Cuando un particular se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones ilegales de la Administración, adquiere, por la unión de esos dos factores, perjuicio e ilegalidad, un derecho subjetivo a defenderse para que se restablezca su situación afectada por la actividad administrativa. La acción no está dirigida a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino a la **defensa de los propios intereses**. El recurrente es parte del juicio y la Administración también es parte procesal, porque es la destinataria de una acción procesal que la afecta. Lo que se hace valer en el proceso es, así las cosas, un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés, más o menos cualificado.
- E) La constitución en derechos subjetivos no nace directamente como ventaja desde la ley. Sólo cuando esas ventajas sufren una agresión ilegal por parte de la Administración, surge el derecho subjetivo reaccio-

nal a solicitar la restitución y reparación, si es el caso. Por eso es que no tiene sentido que una sentencia que declare con lugar el recurso se limite a anular el acto y no contenga otro pronunciamiento, fundamentándose en el razonamiento del recurso “objetivo” que busca restituir sólo la legalidad violada.

En resumen, el administrado es titular de derechos subjetivos en dos supuestos: Uno, cuando ostenta derechos subjetivos perfectos o típicos frente a la Administración (patrimoniales, titularidades jurídicas, entre otros). El otro, cuando es perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación ilegal de la Administración, supuesto en el cual la Ley le otorga la posibilidad de ejercer un derecho subjetivo a eliminar esa actuación ilegal y a restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada por aquella actuación ilegal. Estos últimos, que siguiendo a García de Enterría llamamos derechos subjetivos reaccionales (o impugnatorios) son los que nuestro ordenamiento jurídico llama intereses legítimos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (enero de 1982) y en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (enero de 1977). La doctrina los identifica también como intereses legítimos o reaccionales. Esta última figura es la que permite a los particulares fiscalizar la totalidad de la legalidad administrativa y no sólo la franja pequeña que constituyen los derechos subjetivos de corte tradicional. Y esta es su gran trascendencia.

II. EL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA LEGITIMACIÓN
PARA RECURRIR. DERECHOS SUBJETIVOS, INTERESES
LEGÍTIMOS O REACCIONALES. INTERESES COLECTIVOS

1. El interesado en el procedimiento administrativo. Requisitos. Capacidad y representación

El interesado es una figura propia del procedimiento administrativo y en Venezuela lo contiene inicialmente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en los artículos 2, 22, 23 y 48.

Tales disposiciones establecen lo siguiente:

- Artículo 2.- Toda persona **interesada** podrá, por si o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieron para no hacerlo.
- Artículo 22.- Se consideran **interesados**, a los efectos de esta Ley, las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
- Artículo 23.- La condición de **interesados** la tendrán, también quienes ostenten las condiciones de titularidad señaladas en el artículo anterior, aunque no hubieran intervenido en la iniciación del procedimiento, pudiendo, en tal caso, apersonarse en el mismo en cualquier estado en que se encuentre la tramitación.
- Artículo 48.- El procedimiento se iniciará a instancia de parte **interesada**, mediante solicitud escrita o de oficio.

En el segundo caso, la autoridad administrativa competente o una autoridad administrativa superior ordenará la apertura del procedimiento y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez (10) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia reza:

- Artículo 112.- Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley.
- Artículo 121.- La nulidad de actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate.

El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuya tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general.

En los procedimientos administrativos participan sólo los interesados, que a los fines de la ley son aquellos a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, antes transcritos, es decir, los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, personales y directos (art. 121) y los titulares de derechos e intereses (art. 112). De esta forma,

la ley de procedimientos venezolana (1982) amplió la figura del interesado mas allá de los derechos subjetivos perfectos y de los intereses legítimos, personales y directos hasta comprender los intereses colectivos y los difusos como legitimados para iniciar o ser parte de un procedimiento administrativo, los cuáles, según la interpretación jurisprudencial dominante hasta tiempos cercanos, validaba sólo para acceder a la justicia administrativa en los casos de impugnar actos normativos.

Decimos que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos amplió la figura del interesado mas allá de los derechos subjetivos perfectos y del interés legítimo en su interpretación limitante de personal y directo, porque esta Ley se refiere, si, a la actividad administrativa en general, pero las disposiciones que habilitan la intervención de los particulares, en su mayoría, están referidas a los actos administrativos particulares, tales como la materia de recursos administrativos, de notificación a los interesados, entre otras. Sin embargo, estos actos pueden afectar la esfera jurídica correspondiente a un derecho subjetivo o bien a un interés legítimo, que puede ser individual o colectivo, precisión ésta que permite la Ley al incluir la legitimación del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en la noción de interesados.

Para ser interesado, se requiere contar con la necesaria capacidad jurídica y de obrar. La capacidad es la del Derecho común, según el artículo 24 de la Ley, aunque ésta señala que por disposición expresa de una Ley especial se puede otorgar condiciones especiales para la capacidad de algunos sujetos, cual es el caso de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente (octubre de 1998). No es indispensable, por otra parte, tener la condición de interesado desde el principio del procedimiento como peticionario, según el artículo 23 de la Ley. La calidad de parte se refiere justamente a la relación jurídico-procedimental, se traduce en derechos y encuentra su causa siempre en una situación jurídica protegida como derecho o como interés legítimo, y se desprende de la iniciativa en

el procedimiento o de verse afectado, o tener la posibilidad de serlo, por el acto administrativo (Luciano Parejo).

La noción de “parte” referida a los administrados se refiere a la de “interesados” y, estos, en definitiva, son los titulares de derechos públicos subjetivos porque iniciaron el procedimiento o porque la decisión del mismo hizo nacer en ellos ese derecho subjetivo y los titulares de intereses legítimos, en donde incluimos los individuales y los colectivos, que se encuentren en la situación descrita. Hoy día, con el reconocimiento de la tutela judicial efectiva, no debe ser un requisito exigir que el interés sea personal y directo a los fines de la protección jurídica individualizada y se debe ampliar, en consecuencia, el concepto del interés legítimo. De esta forma, el interés legítimo exigido para justificar la participación en los procedimientos administrativos puede ser invocado también por las asociaciones y grupos en defensa de los intereses que las justifican (Luciano Parejo). La jurisprudencia española precisa que el interés legítimo no debe interpretarse de forma tan amplia que se refiera sólo al simple interés de mantener la legalidad o de evitar agravios futuros o potenciales (sentencias del Tribunal Supremo de septiembre y octubre de 1992). Por otra parte, que el interés legítimo debe ser **directo**, debe interpretarse en el sentido definido por la jurisprudencia española como “aquella situación en la que, de prosperar la pretensión de su titular, se obtendría un beneficio o se dejaría de sufrir un perjuicio de carácter material o jurídico, derivado del acto de la Administración” (sentencias del Tribunal Constitucional de octubre de 1982, julio de 1983 y febrero de 1987).

En relación con la actuación personal y la representación, las reglas son más flexibles que en el procedimiento civil y menos formales, respondiendo a la característica de antiformalismo propia del Derecho Administrativo. Las dos formas de participar en el procedimiento están contenidas en los artículos 25 y 26 de la Ley de Procedimientos venezolana, la actuación puede ser personal o a través de representante, salvo para

la notificación, prevista en el artículo 75 de la Ley, que debe ser a un apoderado. Si la petición a la Administración aspira a crear un derecho, la Ley exige una legitimación concreta para poder introducir peticiones: se debe ser interesado (artículo 48).

2. La concepción del contencioso administrativo como tutela de derechos e intereses legítimos. Legitimación para recurrir: derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales. Intereses colectivos y los medios de protección

A. El contencioso administrativo como un sistema de justicia de tutela de derechos e intereses. El principio constitucional

El artículo 68 de la Constitución venezolana de 1961 consagraba la tutela judicial efectiva así:

- Todos pueden utilizar los órganos de la Administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.

La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Sin duda que está contenido en términos modernos y explícitos el concepto de la tutela judicial efectiva, incluido como uno de los derechos individuales de la Constitución. La protección del derecho a la tutela jurisdiccional corresponde a los órganos jurisdiccionales. Nuestros tribunales se acogieron casi hasta el presente a la tradicional interpretación del acceso a la justicia contencioso administrativa por medio de demostrar un derecho subjetivo típico o un interés legítimo que, insistían, debía ser personal y directo.

Este Artículo 68 contiene la consagración de dos derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial, es decir, utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de derechos e intereses, y el derecho a la defensa, en todo estado y grado del proceso. Según González Pérez el derecho a la tutela judicial efectiva tiene tres momentos decisivos: **acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia**. Así mismo, este artículo no califica a los intereses objeto de protección ni de personales ni de legítimos, mucho menos de directos; por tanto, estaba abierta desde 1961 la posibilidad de tutelar los intereses colectivos y difusos.

Es la Constitución española de 1978, con su artículo 24 (muy similar al de la Constitución italiana) de la protección judicial de los derechos, y la interpretación progresiva de la jurisprudencia española sobre este concepto, la que ha significado mayor influencia en los nuestros (tribunales y doctrina) para ampliar la perspectiva del acceso a la justicia, cuando, en propiedad, era una interpretación que pudimos hacer muchos años antes que en España estuviera consagrado constitucionalmente el principio de la tutela judicial efectiva.

El artículo 24 de la Constitución española de 1978 reza:

- Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

El artículo 26 de la Constitución venezolana de 1999 reza:

- 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.

La primera conclusión de la lectura de estas normas constitucionales es que la justicia administrativa es una **tutela de derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas**. No es, en modo alguno, un proceso al acto o de protección de la legalidad objetiva, es un proceso de tutela de derechos del recurrente y de la Administración (ésta más potestades que derechos) confrontados entre sí como partes. La segunda, es la universalidad de la declaración, que conlleva a la inconstitucionalidad sobrevenida de todas las disposiciones generales con carácter de ley que limitan el recurso contencioso administrativo sobre determinadas materias y sujetos.

Este derecho a la tutela jurisdiccional es la vertiente subjetiva del principio, por cuanto ha sido consagrado constitucionalmente como uno de los derechos de la persona (Juan Santamaría Pastor). El artículo 26 de la Constitución venezolana de 1999, antes copiado, es aplicable a todo tipo de procesos judiciales y no sólo a la tutela jurisdiccional contra la Administración. Tiene esta norma un contenido complejo; primero, el derecho a la acción o al proceso. Es decir, que no cabe excluir por ley, menos por reglamento, el recurso judicial frente a determinados actos, cualesquiera que sean, sin violar la Constitución. Segundo, el derecho a un proceso igualitario: descarta la indefensión de cualquiera de las partes y otra, contiene la exigencia de una efectiva contradicción procesal. Y tercero, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

B. Legitimación para recurrir. Derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales

La jurisprudencia española (tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) ha aplicado directamente la doctrina de los

derechos reaccionales, en aplicación de la fórmula constitucional de la tutela judicial efectiva, que es bien sencilla. García de Enterría la describe así:

- Cualquier incidencia en el ámbito vital de un sujeto, cualquier actuación por parte de la Administración que incida en el ámbito vital de un sujeto que no sea legal, habilita inmediatamente a ese sujeto con una acción impugnatoria para defender la integridad de su ámbito vital. Donde está el derecho subjetivo es en la acción reaccional, no en la situación previa, la integridad pacífica del ámbito vital se protege con dicha acción porque nadie puede ser afectado en ella sino por títulos y por cauces legítimos que impongan al sujeto pasivo la carga de soportar o de sacrificar sus situaciones de ventaja. En sus efectos esta construcción coincide con la teoría de los intereses legítimos.

El Tribunal constitucional español ha dicho que el concepto constitucional de intereses legítimos dispensa del requisito de que los mismos sean directos, porque la Constitución no lo exige así ni los califica de tales. Así, este tribunal ha dicho que basta que los intereses sean indirectos y que la Constitución no exige tampoco que sean personales, por lo cual se ha abierto la tutela a los intereses que la doctrina llama difusos y colectivos. La Ley española acoge esta doctrina en 1985 y reconoce para la **defensa de los intereses colectivos** la legitimación de las “corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados”. Esto de grupos afectados es una técnica similar a las de las *class actions* norteamericanas.

En Venezuela, el artículo 26 constitucional de 1999, respetando la tradición de la Constitución de 1961, no califica a los intereses de legítimos, sino que dice “derechos e intereses” y añade, “incluso los colectivos y difusos”. La doctrina jurisprudencial tendría que ser mucho más contundente y abierta, interpretando en esta dirección lo que sostienen las disposicio-

nes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley de la Corte Suprema de Justicia.

Lo mas importante de todo lo expuesto es la nueva época de la justicia administrativa que imponen las Constituciones citadas: la justicia administrativa no es un proceso abstracto a un acto administrativo aislado que efectúan órganos especializados de la propia Administración (sistema de doble jurisdicción) o acaso jueces atados por mil lazos en el ejercicio de una función que puede parecer insólita por el hecho de someter al poder público a rendir cuentas ante el Derecho. Por el contrario, **es un proceso plenario a la Administración como sujeto, por parte de otro sujeto en vista de obtener una tutela judicial efectiva a sus derechos e intereses legítimos** (García de Enterría).

La antigua concepción partía de que la Administración era siempre titular del interés general, que había que imponer sobre los intereses meramente particulares que invocaban los ciudadanos. Ahora ocurre que estos ciudadanos son con normalidad **titulares de derechos fundamentales con lo que han de prevalecer incluso sobre los intereses de la Administración**. Es un cambio radical en la situación de las partes en la relación ciudadanos-Administración.

En Venezuela, el tema de la legitimación activa, como vimos, está regulado de forma general en los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en los artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con la primacía de la disposición constitucional, artículo 26, de la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia venezolana, reconociéndole los avances en esta materia cuando se trata de juicios de amparo constitucional, en el contencioso administrativo ha mantenido, con pequeños y tímidos avances, la tradicional concepción individualista del proceso administrativo, dejando fuera del concepto de interés legítimo los intereses colectivos. La concepción del proceso

contencioso administrativo, por supuesto, es y debe ser subjetiva en el sentido de un sistema de justicia de tutela de derechos e intereses, siempre que se incluyan los intereses colectivos en el concepto de interés legítimo. La jurisprudencia española ha explicado suficientemente cómo deben ser entendidos los términos “directo” y “personal” en el interés legítimo consagrado como expresión en las leyes, para tener que desarrollar nuevos argumentos. Estaba España sumida en la oscuridad de las libertades públicas y la jurisprudencia venezolana fue de avanzada y pionera en el tema de la legitimación para recurrir con el caso Moreau Meyer (fuente de soda Tolón) en el año 1964 y el caso Sanitarios Maracay, dos años después, ambas sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, donde se delinearon los conceptos de derechos subjetivos e intereses legítimos de forma brillante, acogiendo la doctrina expuesta en el juicio por la Procuraduría General de la República, prácticamente iguales a como se interpretan actualmente. El caso Pulido Mora, también en decisión de la SPA-CSJ de octubre de 1985 definió, con ponencia del maestro, magistrado Farías Mata, la posición sobre la legitimación ratificando la exigencia del interés personal, legítimo y directo. Posteriormente, la sentencia del caso Cememosa, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, de octubre de 1988, cierra aun mas la interpretación del interés legítimo, llegando a expresar que “no se admite que el afectado por un **efecto secundario (indirecto) o ulterior** pueda recurrir contra el acto”. Impresionante lo limitado del argumento. Bastante similares en su concepción son sentencia de la SPA-CSJ de noviembre de 1990, la cual, sin embargo, admite la representación de una comunidad, pero el acto debe estar destinado al actor (...), y una de la CPCA de mayo de 1989 caso Asociación de Vecinos la Viña vs. Concejo Municipal del Distrito Valencia. Según estas decisiones, no tienen acceso a la justicia las asociaciones que representen un interés colectivo para impugnar actos de efectos particulares, sólo tienen legitimación los que ostenten un interés personal, legítimo y directo, interpretado éste en la forma circunscrita que ya describimos. En otras palabras, con

esta interpretación no pueden ejercerse acciones para defender el interés colectivo y el difuso por carecer de legitimación en los juicios contra actos de efectos particulares.

Advertir que la admisión de estos intereses colectivos sería convertir la acción de nulidad contencioso administrativa en una acción popular no parece acorde con las doctrinas contemporáneas sobre el tema. Basta que el tribunal aplique la tesis de la lesión en la esfera de intereses o del beneficio en ella una vez que se produce el fallo, para contradecir esta posición tradicional sostenida por parte importante de la doctrina nacional, Brewer Carías entre otros. En las páginas siguientes comentaremos la jurisprudencia reciente.

*C. Intereses legítimos colectivos e intereses difusos.
En qué consisten ¿? Medios de protección*

El interés colectivo puede definirse como el interés de una colectividad cuando no existan individuos particularmente afectados, **o habiéndolos**, se mantiene el interés general (Moreno Catena). Creemos, sin embargo, que el hecho de que sean intereses comunes a una pluralidad de sujetos determinada, no puede excluir la posibilidad de que los mismos se defiendan individualmente.

En cuanto a la acción colectivamente ejercida para la defensa de un interés colectivo, la determinación del interés puede realizarse de dos maneras; por una ley especial, caso entre nosotros de la LOPNA, o por interpretación del texto legal general en concordancia con el principio constitucional por parte de los órganos judiciales, donde entra en juego el criterio de la especialidad de la asociación. El problema está en **saber a quién se habilita para actuar en el proceso como defensor de ese interés colectivo** (María Isabel González Cano).

La doctrina ha expresado la necesidad de articular mecanismos para potenciar la tutela judicial del interés colectivo.

Son tres las ideas: reforzar la actuación de las asociaciones intermedias no estatales, representativas de intereses colectivos **y de los grupos de afectados**, (estas asociaciones intermedias están previstas en leyes especiales como la LOPNA, como veremos); en segundo lugar, la intervención del Ministerio Público o Fiscal y, en tercer lugar, la extensión de la acción popular a las situaciones de importancia en el ámbito administrativo.

Es bien problemática, por otra parte, la distinción entre interés colectivo e interés difuso, si es que son instituciones diferentes. Una de las notas dice que el interés difuso pertenece por igual a todos los ciudadanos y otra, que goza normalmente de reconocimiento constitucional (cultura, vivienda, salud, información, etc.). Ninguna de estas dos notas lo definen ni lo diferencian porque cultura, salud, medio ambiente, son derechos reconocidos constitucionalmente a todo ciudadano venezolano. La diferencia no está en el **tipo de interés**, sino en el grado de convertirlo en subjetivo al mismo; en cualquier momento, cualquier interés, identificado con un derecho del ciudadano, puede ser colectivo o difuso, dependiendo de la existencia o no de una comunidad unificada y determinable (María Isabel González Cano).

El interés colectivo era considerado inicialmente como una suma de intereses individuales, propio de la doctrina liberal y hoy superada. Se le concibe hoy no como suma, sino como síntesis de intereses individuales, por tanto, como algo autónomo, diferente de la simple suma de intereses individuales (Vigoriti).

La solución mas correcta es la que conduce los intereses colectivos al ámbito del interés legítimo y calificarlos entonces como “posiciones de ventaja” de dimensión colectiva. Según Vigoriti, la afirmación procesal de estos intereses debe ser mantenida porque representa la única posibilidad real de tutela.

Lo que se denomina “interés difuso” hay que reconducirlo a los instrumentos de defensa de los intereses colectivos, porque la posibilidad de que se ejerzan individualmente abriría el riesgo de la acción popular, y, además, la jurisprudencia es reacia ante el ejercicio colectivo de los intereses difusos y se resisten a reconocer legitimadas a las asociaciones para ejercer su representación, a menos que estén reconocidas previamente por la ley (Ma. Isabel González Cano). En una decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de agosto de 2000, ponencia del magistrado Jesús E. Cabrera, en una acción de amparo constitucional que los actores denominan de “*habeas data*”, se sostiene:

Esta Sala Constitucional ha aceptado , en sentencia de fecha 30 de mayo de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), que pueden intentarse amparos fundados en la protección de derechos difusos o colectivos, pero de la pretensión de los actores ni siquiera puede colegirse que de esos derechos o intereses se trata, pues del escrito presentado no se deduce que lo que solicitan se debe a que la calidad de la vida de toda la comunidad o sociedad se está viendo desmejorada, sin que pueda reconocerse en el escrito de amparo un vínculo, así no sea jurídico, entre los accionantes y la sociedad o un segmento de ella, afectado por la omisión que se atribuye al Consejo Nacional Electoral. No expresa el escrito cuál es el interés de la sociedad que pudiera tener en el petitorio de los actores, luciendo más un interés personal de los accionantes, que un interés social. La lesión a los derechos políticos puede desmejorar la calidad de la vida, al dejar desprotegida a la sociedad; pero más bien se está ante un interés puntual de personas y que sin tener la representación social o colectiva se auto constituyen en veedores, sin traer al expediente prueba alguna de su acreditación como tales. En consecuencia, no se está tampoco ante una acción basada en intereses difusos o colectivos. Observa la Sala que en los actores no existe interés ni legi-

timación para incoar una acción de amparo en la forma que pretenden.

Es deber de esta Sala declarar que carecen de legitimación procesal todas aquellas personas o grupos que fuera del campo de los intereses difusos o colectivos, pretendan representar a la ciudadanía, a la sociedad y a otras instituciones, que no han sido electos por nadie para cumplir tal representación, ya que no existe estatuto o ley que las rijan y que no se sabe a cuál comunidad representan. Tales grupos buscan presentarse como interlocutores a nombre del pueblo o la sociedad, sin que exista base legal o popular que los legitime.

Mientras la ley no cree los mecanismos para determinar quiénes pueden representar a la sociedad civil en general o sectores de ella en particular, y en cuáles condiciones ejercer tal representación, no puede 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.

Esta Sala ha sostenido que las normas constitucionales tienen aplicación inmediata, por ello antes que la Ley establezca las formas de participación y los elementos que legitimen tal representación, ha permitido que organizaciones de reconocida trayectoria como las Asociaciones de Vecinos actúen en las áreas que la Constitución abre a la participación. Mientras la ley no regule tal situación, queda a juicio de esta Sala, teniendo en cuenta su trayectoria y continuidad en sus objetivos en la materia, calificar la legitimación activa, cuando dichos entes obren a nombre de la sociedad civil o de las organizaciones no gubernamentales.

A pesar de los elementos de confusión presentes en el fallo, queda claro que es necesario una ley donde se otorgue a instituciones o a grupos de afectados la legitimación para intentar acciones en nombre de los intereses colectivos. No obstante, la

Sala, en ausencia de la ley, se reserva el derecho a decir quien tiene la legitimación y quien no la tiene, de manera de darle cumplimiento a las disposiciones constitucionales sobre participación. No es sólo la regulación sobre la participación, sino, y, sobre todo, el principio de la tutela judicial efectiva. Es muy amplia la discrecionalidad que se reserva en esta materia la Sala Constitucional.

Por último, se precisa que la distinción entre interés colectivo e interés difuso no está en el tipo de bienes o intereses que ambos conceptos abarcan, sino en la concreción subjetiva de los afectados, en la posible ausencia de un ente que los agrupe, en el dato subjetivo del interés.

El concepto de “interés difuso” es muy amplio y diverso. El único elemento común es que la titularidad de la situación de interés pueden tenerla una pluralidad de sujetos no identificables. El tener a un grupo o asociación representando al interés colectivo es uno de los aspectos que lo distingue del interés difuso, que no tiene representatividad organizada y creemos que es una de sus mejores cualidades. En el interés difuso se trata de intereses “indiferenciados” por su propia naturaleza, mientras que el colectivo es un interés de grupo, generalmente organizado, para la persecución de fines propios. La organización se convierte en el elemento esencial del interés colectivo y, a la vez, en el dato que lo diferencia del interés difuso. Sánchez Morón cree que en el interés difuso hay dos datos significativos: el subjetivo, o sea, la pluralidad indeterminada de sujetos, que puede ser hasta la comunidad en general, y el dato de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, incluso a nivel constitucional.

Por tanto, podemos decir que el interés difuso es un interés legítimo colectivo que, en principio, no cuenta con una representatividad organizada y estable, pero con igual contenido y con los mismos fines que el interés colectivo.

La Constitución de 1999, en sus artículos 280 y 281,2 consagra la figura del Defensor del Pueblo como el responsable de velar por la defensa de los intereses colectivos y difusos de los ciudadanos, para lo cual está habilitado para ejercer las acciones necesarias para cumplir ese cometido en materia de prestación de servicios públicos. En una sentencia de fecha 17 de mayo de 2001, la Sala Constitucional (TSJ), con ponencia del magistrado Antonio García García, en una acción de amparo constitucional, declaró que el Defensor del Pueblo no tiene legitimación para solicitar la defensa de derechos laborales individuales, ni estos son intereses colectivos o difusos, y que el amparo no es el medio judicial indicado para dilucidar este asunto. Sostiene la Sala:

“...la pretendida representación procesal aducida por la Defensoría del Pueblo, no resulta admisible, pues no se colige en el presente caso que dicho organismo está actuando en razón de derechos e intereses colectivos de una profesión o gremio profesional que, al tener características y aspiraciones comunes, persiguen los intereses de grupo en forma unificada; por el contrario, la Sala observa que la Defensoría del Pueblo actúa en representación de un notorio interés plural, esto es, de una suma de intereses legítimos individuales de sujetos que se encuentran en una misma situación, cuyo ejercicio no presupone compartirlo con los demás, ni responde a un objeto jurídico que exige del obligado una prestación general, dado que se denuncian la violación de los derechos de carácter laboral...que específicamente agravia a un grupo de trabajadores perfectamente cuantificable e identificable individualmente, cuyos derechos e intereses devienen de sus contratos de trabajo.”

La Sala concluye en que es cada trabajador quien, individual o colectivamente, está legitimado para ejercer las acciones correspondientes en defensa de sus derechos e intereses a través de una acción dirigida a la protección de derechos e

intereses contractuales y determinados. No puede pretenderse, amparados en la teoría de los intereses colectivos, sustituir los medios judiciales ordinarios por éste.

III. CONCLUSIONES

1. Es muy positiva la función de la acción popular en los casos en los que están en juego intereses generales, para preservar en relación con los mismos el respeto a la legalidad de la actuación administrativa (Ma. I. González C.) En Venezuela, la jurisprudencia siempre ha aclarado que el resultado de una declaratoria con lugar de una acción popular es la restitución de la legalidad infringida por la actuación ilegal de la Administración, pero nunca la restitución de una situación subjetiva lesionada por la actividad administrativa, salvo en los casos de una acción popular de inconstitucionalidad en conjunto con un amparo constitucional. En Italia, la Ley urbanística de 1967 no admite la acción popular en materia de urbanismo, sino que exige legitimación de carácter vecinal con lo cual tiene el mismo ámbito del interés legítimo. Spantigati declara que el interés del ciudadano en materia urbanística no puede definirse, en la Ley de 1967, como acción popular para la tutela de un interés público general, sino que se trata de un interés individual del ciudadano sometido a una resolución de planificación, interesado en que sean llevados a feliz término los procedimientos urbanísticos.
2. El Tribunal Constitucional español mantiene una posición diferente. Mantiene que, como en muchos casos, tras la acción popular existe la pretensión del reconocimiento del interés de cada ciudadano en defensa de un interés colectivo o difuso, a la acción popular le son aplicables las garantías del artículo 24.1 de la Constitución española. En sentencia de julio de 1983 (proceso

penal en el caso del síndrome tóxico) afirma que dentro de los supuestos de acción pública se encuentran aquellos en los que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, que se configura como interés legítimo y personal, directo o no, individual o colectivo.

3. Los intereses colectivos y difusos son una manifestación de la crisis que arrastra la separación entre derecho subjetivo e interés legítimo, y también la división entre derecho público y derecho privado. Los intereses colectivos y difusos son una categoría aplicable, prácticamente, en todos los dominios del ordenamiento jurídico y en especial en el derecho administrativo (José L. Villegas). Así mismo, la tutela de los intereses colectivos y difusos ha sido encarada en una óptica procesalista principalmente, en detrimento de las técnicas preventivas de naturaleza procedimental, con la consecuente disminución de la protección de estos intereses por el tinte individualista del proceso administrativo. De aquí lo necesario de la transformación de los esquemas tradicionales de la tutela jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Edit. Civitas, Madrid, 1989.

María Isabel GONZALEZ CANO, *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, España, 1997.

Luciano PAREJO ALFONSO, y otros. *Manual de Derecho Administrativo*, Dos volúmenes, Edit. Ariel, Barcelona, 5ª. Ed. 1998.

Luciano PAREJO ALFONSO, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*, REDC, núm. 3, 1981.

M. SÁNCHEZ MORON, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, CEC, Madrid, 1980.

M. S. GIANNINI, *Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1991.

CHINCHILLA, LOZANO y DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

Jesús GONZALEZ PEREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 1989.

Hildegard RONDON DE SANSÓ, *La acción de amparo contra los poderes públicos*, Caracas, Venezuela, 1994.

Antonio MOLES CAUBET, *El sistema contencioso administrativo venezolano en el derecho comparado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1989.

Allan R. BREWER CARIAS, *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Vzla., 1993.

José Luis VILLEGAS, *La protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos*, Editorial Jurídica Venezolana, No. 6, Caracas, Vzla., 1999.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1990.

AVANCES JURISPRUDENCIAS DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA, XVIII Jornadas "J.M.

Domínguez Escovar", Tres Tomos, Barquisimeto, Venezuela, 1993.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional y Sala Político Administrativa, de Venezuela, 1999 a 2001, consultadas en originales.

LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: ÉNFASIS EN LA DISTINCIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES QUE LA DIFERENCIAN DE LA PRUEBA JUDICIAL

Gina González Betancourt¹

Resumen: El objeto de estudio es la prueba en el procedimiento administrativo y sus connotaciones en la fase administrativa. El enfoque son las normas y principios rectores de la prueba judicial, junto con los propósitos que fundamentan la sustanciación en el procedimiento administrativo y los fines que persiguen en la etapa administrativa.

Palabras clave: Prueba. Procedimiento administrativo. Normas. Principios.

Summary: This article assess the evidence in the administrative procedure and its connotations in the administrative stage. The aim are the rules and main principles of judicial evidence, together with the purpose of substantiation in the administrative process, pursuing to comply to the administrative stage.

Key words: Evidence. Administrative procedure. Rules. Principles.

Recibido: 13 de febrero de 2019 Aceptado: 9 de abril de 2019

¹ Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello (2004), Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela (2012) y Magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia (2018). Docente de la Universidad Católica Andrés Bello.

SUMARIO

- I. Algunas consideraciones cognoscitivas sobre la prueba
- II. Concepto de prueba
- III. Objeto de la prueba
- IV. Principios del proceso jurisdiccional aplicables a la prueba en el procedimiento administrativo
- V. Del relativismo de ciertos principios rectores de la prueba judicial ante la prueba de la sede administrativa
- Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES COGNOSCITIVAS SOBRE LA PRUEBA

1. En general sobre la prueba

El primer tema que debemos abordar sobre la prueba es su concepción cognoscitiva, esto atiende a la consideración epistemológica que le otorgamos al concepto de la prueba de describir la “verdad” ante unos hechos que acontecieron. Pero esta percepción de verdad debe ser entendida o al menos decantada que las pruebas no son el resultado directo de la observación (de quien juzga o toma la decisión), sino de una inferencia que se produce a partir de otros enunciados (en algunos casos deductivos). Esto nos conduce a la “interpretación de una verdad” que parte de unas premisas; entre **más pegadas a la verdad** estén podrán producir resultados verdaderos.

La autora Marina Gascón Abellán² nos comenta que “es frecuente aludir al concepto de verdad con el término *verdad objetiva* o

2 Gascón Abellán, Marina: *Cuestiones Probatorias*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 61, Universidad del Externado, Bogotá, 2012, pp 22-23.

material y al de prueba con el de verdad procesal o formal", sobre ello efectúa una crítica audaz, porque nos apela a considerar que dicha concepción objetivista de la prueba, así como la subjetivista, conducen a la anulación de la dualidad verdad-prueba. En sus palabras:

En el primer caso, la anulación se produce por una identificación entre ambos conceptos: la declaración de hechos probados de la sentencia es la expresión o reflejo de la verdad, porque los procedimientos probatorios proporcionan –o se actúa con la ideología de que proporcionan– resultados infalibles. En el segundo, la anulación se asienta en una impugnación de la idea de conocimiento objetivo: no hay más verdad que la procesalmente conocida y declarada. Con el mismo corolario inquietante: los jueces serían, por definición, infalibles.

En este punto la comentada autora, expone la relación que se traza entre verdad y prueba, y ello pone de relieve *"...las inevitables limitaciones que en el procedimiento probatorio padece al momento a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido..."* y acentúa el importante papel metodológico que ponga de manifiesto la necesidad de establecer garantías para *"...hacer la declaración de hechos probados obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad"*³.

Es así como, cabe hablar de una lógica o racionalidad en el tratamiento y valoración de la prueba, es decir, el proceso o estándares de justificación asegurará la "verdad" de una conclusión o interpretación, en ese sentido la prueba se concibe *"como una actividad racional tendentes a reconstruir los hechos efectivamente acaecidos, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento probable"*⁴. Se insiste pues, que la prueba debe ser epistemológicamente entendida como una institución encaminada averiguar la verdad de los hechos de una causa, pero

3 Ídem.

4 Gascón Abellán, Marina, ob. cit., p. 30.

que está debe desarrollarse bajo un estricto parámetro legal y cauces institucionales, que de no ser correctamente concebidos pueden limitar e impedir la consecución de ese objetivo.

2. Sobre la prueba en el procedimiento administrativo

La Administración, se presenta como parte del procedimiento, no obstante, es una parte que ostenta facultades, frente a su contraparte, que le es dado por Ley, bajo la garantía de ser “el rector del proceso”, es ella, quien revisa la idoneidad de la solicitud o inicia el procedimiento, admite la solicitud, llama a la otra parte a comparecer, sustancia el procedimiento a seguir, evacua las pruebas y toma al final la decisión. Por supuesto, la Administración no se encuentra sola durante el desarrollo de estas fases, la ley la acompaña con sus principios generales, que custodian el apego a la legalidad y la protección de los derechos de los particulares que participan.

Concepción Barreros⁵, nos explica que, en el procedimiento administrativo, la Administración y el particular no se encuentran en posición de igualdad, por cuanto en el desarrollo del procedimiento se presenta una serie de prerrogativas normalmente a favor de la Administración. En este punto, es preciso resaltar, que tal favoritismo legal, no se cumple con el ánimo de dar ganancia a la Administración en el procedimiento, sino que así debe estar previsto dado la naturaleza misma de la sede administrativa, por cuanto, es ella la encargada de mantener el interés sobre el procedimiento, de resolver la cuestión expuesta o lo que la llevo a iniciarlo. Es por ello, que tal circunstancia de disparidad no se presenta con ánimo de combatirlo sino tenerlo presente como constituyente de la sede administrativa, el cual les propio y necesario para el desarrollo del procedimiento administrativo.

5 Barrero, concepción: *La prueba en el procedimiento administrativo*, Thomson-Aranzadi, Sevilla, 3era ed., 2006, p. 63.

En similares términos, se pronuncia Nicolás González-Cuéllar Serrano, pero aún en términos más tajantes al señalar que la Administración es una parte en el procedimiento administrativo y, de aceptarse que los resultados relativos a su convencimiento sobre los hechos, obtenidos como consecuencia de su práctica: *“constituyen verdaderos resultados probatorios debido a que se encaminan a la formulación de la convicción del órgano decisor, quedaría reducido a cenizas el principio de igualdad de armas (...) y mermada la independencia de los tribunales en el ejercicio de su potestad juzgadora”*⁶.

Cuestiona así este autor, el principio de la imparcialidad que rige a la Administración Pública, pues iniciado el proceso ésta se convierte en parte, así el *“concepto de parte imparcial”* haya gozado de *“predicamento”*⁷.

Por otra parte, el autor patrio José Araujo Juárez, destaca que otro rasgo diferenciador del procedimiento en sede administrativa, es la relación permanente de la Administración Pública con el interés público o general. Rasgo que diferencia el procedimiento administrativo respecto al proceso y acentúa los preceptos de Fiorini, cuando éste sostiene que la presencia permanente e importante del interés público o general en el procedimiento administrativo le otorga incluso su *ratio legis*⁸.

Se marca una clara diferencia de los objetivos en el proceso jurisdiccional, el cual se dirige, a través de la figura del juez imparcial, que dirige un conflicto entre partes, teniendo como objeto los alegatos traídos por las partes. Concepción Barrero, realiza la diferenciación de la siguiente manera:

6 González-Cuellar Serrano, Nicolás: *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, Colex, Madrid, 1992, p.19.

7 Ídem p. 20.

8 Araujo Juárez, José: *Tratado de derecho administrativo formal*, Vadell Hermanos Editores, 4 ed, Caracas, 2005, p. 120.

(...) en el proceso los hechos se demuestran a fin de que puedan determinarse cuál es la solución conforme al ordenamiento jurídico en el litigio que enfrenta a dos sujetos; en el procedimiento administrativo se verifica su existencia no sólo para dilucidar cuál es la consecuencia jurídica que les corresponde, sino para determinar también, en función, precisamente, de los hechos probados, la solución más favorable a la satisfacción de los intereses generales”⁹.

Se está pues, en presencia de un procedimiento inquisitorio, cuando la Administración tiene un papel activo, es ella quien conduce el procedimiento, quien lo sustancia, quien actúa de oficio, quien tiene la carga de la prueba, es decir, donde la Administración tiene el comando del procedimiento, lo cual lo distingue radicalmente de cualquier otro procedimiento, particularmente el ordinario (civil)¹⁰.

II. CONCEPTO DE PRUEBA

La prueba es conceptualizada por los autores que han tratado la materia probatoria como:

- Devis: El conjunto de reglas que regulan la admisión, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso¹¹.
- Alsina: Es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los hechos, los objetos y también actividades como inspección, declaración de

9 Concepción Barrero, ob. cit., p. 66.

10 Brewer-Carías, Allan: *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo. Principios del Procedimiento Administrativo*, Colección de Estudios N° 16, EJV, Caracas, 2005, p.63.

11 Devis: *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*. Tomo II, Ed. ABC, Bogotá, 1984.

testigos u otros medios ofrecidos por las partes que puedan dar elementos de convicción o conocimiento al juez¹².

- Carnelutti: La prueba se limita a los procedimientos instituidos por el juez para la comprobación de los hechos controvertidos¹³.
- Chiovenda: Significa formar en el espíritu del juez la convicción acerca de la existencia o inexistencia de los hechos relevantes al proceso¹⁴.
- Rengel: Es la actividad de las partes dirigida a crear en el juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos alegados en la demanda o en la contestación.

De lo anterior, podemos precisar, como cierta parte de la doctrina, asocia la definición de la prueba a la actividad procesal, al ser entendida como aquella que busca obtener el convencimiento del juez, por tanto, no es difícil colegir que la prueba posee un carácter exclusivamente jurisdiccional¹⁵, como lo señala el autor González-Cuellar.

Por su parte la doctrinaria española Barrero Rodríguez, define la prueba como la actividad desarrollada por las partes en el proceso encaminadas al convencimiento psicológico del juzgador sobre la realidad de aquellos datos que ha de fundar su resolución¹⁶.

Asimismo, en la obra la Prueba en el Procedimiento Administrativo, se trae a colación una definición de Pérez Moreno y López Menudo, que resalta sobre las demás definiciones por

12 Alsina, H.: *Tratado teórico de derecho procesal civil y comercial*, Ed. Editores, Buenos Aires, 1982.

13 Carnelutti, F.: *La prueba civil*, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1982.

14 Citado por Rengel R., A.: *Tratado de derecho procesal venezolano*, Tomo IV; Ed. Arte, Caracas, 1992.

15 González-Cuellar Serrano, Ob. Cit., p. 18.

16 Barrero Rodríguez, Ob. Cit., p. 51.

contener conceptos propios del ámbito administrativo, ésta es, la actividad probatoria *“tiene por objeto demostrar la exactitud o inexactitud de los hechos que han fundamentar la decisión del procedimiento”* ¹⁷.

En tal sintonía, encontramos definiciones de doctrinarios españoles, donde el concepto de prueba gira sobre su actividad, tales como:

- Garrido Falla y Fernández Pastrana: (la) actividad cuyo objeto es la acreditación o determinación de los hechos en que ha de sustentarse la resolución de aquél (el procedimiento) ¹⁸.
- Entrena Cuesta R.: consiste la prueba en el acto o la serie de actos encaminados a demostrar la existencia o inexistencia de los datos que han de tenerse en cuenta al resolver ¹⁹.
- Parada Vázquez: aquella actividad que se desarrolla durante el procedimiento para acreditar la realidad de los hechos y, en su caso, la vigencia o existencia de las normas aplicables, cuando lo uno y lo otro constituye presupuesto ineludible de la resolución que ha de dictarse ²⁰.

Por su parte la doctrina venezolana ha señalado el concepto de prueba dentro del ámbito administrativo, valga resaltar, con conceptos mucho más complejos, el primer autor enfocado también como actividad de la Administración, y el segundo, en

17 *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, Madrid, EDERSA, 1983, p. 621, En Barrero Rodríguez Ob Cit, p. 67.

18 *Régimen Jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 3º ed., 2000, p. 319. En Barrero Rodríguez Ob Cit, p. 67.

19 *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 13º ed., 1999, p. 257-8. En Barrero Rodríguez Ob Cit, p. 67.

20 *Derecho Administrativo I, Parte General*, p. 235. En Barrero Rodríguez Ob Cit, p.67.

un intento por resumir las tres etapas que realiza la Administración sobre la prueba (producción, resultado y valoración), en tal sentido:

- Henrique Meier: se define como acción y efecto de probar. En materia administrativa, la acción no es otra cosa que la Actividad probatoria desarrollada por la Administración, por los administrados o por terceros, dirigida a llevar al expediente los elementos de juicio con los que la Administración ha de verificar la exactitud o inexactitud de las afirmaciones sobre los hechos, que han de servir de fundamento a la resolución del procedimiento²¹.
- Araujo Juárez: puede ser entendido: i) acción de probar, estos son, como la producción de los elementos de convicción, como la actividad procedimental encaminada a obtener determinados elementos de verificación o representación de los hechos; ii) como producto de la acción de probar, es decir, como los elementos de convicción en sí mismos considerados; y finalmente iii) como el resultado obtenido para la producción de tales elementos de convicción, desde el ángulo del conocimiento²².

Efectivamente, la definición de la prueba dentro del campo del derecho administrativo, va encontrar su asidero en los elementos que acreditan el supuesto de hecho del acto administrativo, es decir, los elementos que sirven de base a la Administración, para la verificación de la ocurrencia de los hechos. En definitiva, la prueba, es parte fundamental, del supuesto de hecho del acto administrativo.

21 Meier, Henrique: *El procedimiento administrativo ordinario*, Ed. Homero, Caracas, 2004, p. 219.

22 Araujo Juárez, ob. cit, pp 285 y 286.

Podemos concluir, que si bien la prueba, comúnmente responde en su definición a ese carácter de instrumento capaz de producir la convicción de un juez, en el ámbito administrativo, el concepto responde más a ser una parte fundamental del supuesto de hecho del acto administrativo, sobre el cual se sustenta la decisión de la Administración. Sobre estos parámetros nos quedamos con la definición de Gonzalo Pérez:

...la actividad encaminada a demostrar la exactitud o inexactitud de los hechos que han de servir de fundamento a la decisión²³.

Basta mejorarla con la precisión de Pérez Moreno y López Menudo “la decisión del procedimiento”²⁴.

III. OBJETO DE LA PRUEBA

Dentro de un proceso contencioso administrativo, el objeto de la prueba lo constituye los datos que integran el contenido de las alegaciones procesales, existiendo entonces, una identificación entre el objeto de la prueba y el objeto de la alegación.

La prueba se presenta dentro de un proceso con el objetivo de crear una percepción, con el ánimo de dar una perspectiva cognoscitiva al juzgador, crear un estado de conciencia en quien decide. Sin embargo, la prueba en un procedimiento administrativo, no alcanza ese fin dado la falta de un tercero que juzga, por tanto, el objeto de la prueba va a radicar en la verificación de los hechos objeto de investigación, ya sea que se haya iniciado por denuncia o de oficio por la Administración.

Es así, como la Administración inicia un proceso de búsqueda de elementos probatorios que la lleven a verificar si un determinado hecho, realmente ocurrió de la manera en que

23 En: Barrero Rodríguez, ob. cit., p. 153.

24 Ídem.

pueda ser subsumido en una norma jurídica, que, en resumi-das cuentas, viene a constituir lo que se denomina “el supuesto de hecho” del acto administrativo.

En tal virtud, el objeto de la prueba en el procedimiento administrativo, va a estar constituido por la verificación de los hechos tal y como se encuentran en el auto de apertura del procedimiento administrativo, reconocimiento en esos términos que le da la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 58, cuyo texto es:

“Los **hechos que se consideren relevantes** para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de pruebas establecidos en el Código Civil...” (resaltado añadido).

En este punto, cabe realizar ciertas consideraciones, respecto al objeto de la prueba, puesto que se ha dejado sentado que son los hechos los que constituyen el objeto de la prueba, a tal respecto se debe estudiar:

1. Los hechos enunciados por la Administración como examen en el procedimiento y que hayan sido controvertidos

Los hechos serán aquellos formulados en el acto de apertura del procedimiento, o en su defecto, en el acto de formulación de cargos, que contemplan ciertos procedimientos especiales, como es el caso de aquellos que tienen como acto último contenido sancionatorio.

El Código de Procedimiento Civil contempla en su artículo 382, ordinal 2, que no habrá lapso probatorio cuando el demandado haya aceptado expresamente los hechos narrados en el libelo, regla que implica que el objeto de la prueba estará constituido por los elementos controvertidos entre las partes, no aplicando prueba alguna a aquellos que hayan sido aceptados.

Cabría preguntarse qué vigencia tiene este postulado para el procedimiento administrativo. Al respecto, citamos al autor González-Cuellar, que nos ilustra desde este enfoque:

En el proceso civil la interdicción de la prueba sobre los hechos que las partes aceptan es lógica en virtud del principio dispositivo y con el mismo fundamento se establece la regla en el proceso administrativo, en el cual también rige el principio mencionado, si bien es cierto que en este ámbito no se presenta “en estado químicamente puro”, sino combinado con el principio de necesidad u oficialidad²⁵.

En este punto plantea el citado autor, que el juez contencioso administrativo, distinto al juez civil, podría incluir pruebas a hechos admitidos si apreciara que los mismos no acaecieron según las partes afirman.

Si este doctrinario, deja entrever la posibilidad de romper la regla en caso de proceso contencioso administrativo, por gozar el juez de facultades inquisitivas, qué no podría alegarse respecto a la Administración a la cual la rige el principio de oficialidad y rector del proceso.

No obstante, lo anterior que nos plantea la duda de exigir la prueba a aquellos hechos admitidos con base en los mencionados principios, somos del criterio que, en la práctica, ello se reduce a poca controversia, en virtud que la Administración, como parte del proceso, al no tener certeza sobre la ocurrencia de un hecho admitido por el particular, sencillamente se traduce en un hecho controvertido por una de las partes, en consecuencia, es objeto de prueba. Lo importante sería distinguir que la Administración, aunque funge de decisor de la causa, también es parte del procedimiento.

25 González-Cuellar, ob. cit., p. 32.

2. Hechos notorios

Los hechos notorios son aquellos que realmente no ofrezcan duda razonable sobre su existencia, que sean indiscutibles, permanentes, conocidos y aceptados por todo el mundo, según definición de Catherine Jiménez Pérez²⁶.

Por su parte, Couture los conceptualiza como aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado en el momento que cierre la decisión.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión²⁷ reiterada por las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia ha incorporado y reconocido el hecho notorio comunicacional, lo cual ha marcado el renacimiento del hecho notorio en el proceso, siempre y cuando confluyan las 4 características que lo distinguen, las cuales son: 1) Que se trate de un hecho, de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) Que su difusión sea simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes; 3) Que haya la consolidación del hecho en un tiempo prudencial calculado por el juez, a raíz de su comunicación, es decir, que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, o dudas sobre su existencia, a presunciones sobre su falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros, y; 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.

26 Jiménez Pérez, Catherine: Trabajo especial para optar al grado de especialista en derecho administrativo *El hecho notorio en el proceso administrativo*, UCAB, 12 de diciembre de 2005. No publicado.

27 SCC 15/03/2000, Oscar Silva Hernández vs auto de detención dictado por el Tribunal Instructor de la Corte Marcial, Exp. 00-0146, N° 98.

Ahora bien, lo que cabe preguntarse es si la Administración puede usar el concepto del hecho notorio en el ámbito administrativo en relación con aquella actividad cuyo objeto es la acreditación o determinación de los hechos en que ha de sustentarse la resolución de un procedimiento o la decisión de un proceso que la Administración Pública efectúe en el ejercicio de su actividad y en tal caso, cómo puede introducirlo en el acto de oficio o por instancia de parte.

Al respecto, cabe señalar que nada obsta a que pueda trasladarse el concepto de hecho notorio a la Administración Pública, pues bien, ella también cumple una función decisoria, donde puede valerse de elementos que no requieran pruebas y que sean conocidos como información general de los individuos.

Incluso la Ministra del Trabajo en la Resolución N° 3345 de fecha 09/08/04, en virtud de la denuncia por parte de trabajadores de un despido masivo, por Petroquímica de Venezuela S.A., al pronunciarse sobre el fondo debatido, sustentó sus argumentos en el reconocimiento de un hecho público, notorio y comunicacional, y por tanto exento de prueba, la paralización general de actividades.

Igualmente, en el trabajo desarrollado por Catherine Jiménez, sobre el hecho notorio en el proceso administrativo, se indica que en sentencia de fecha 03/08/94 la Corte Suprema de Justicia señaló: *"... que el hecho notorio, si bien es cierto que está libre de carga de la prueba, sin embargo el mismo debe ser alegado por las partes, ya sea, en el libelo de la demanda, o en el escrito de reconvencción o en alguna otra oportunidad en el proceso"* *"... Entendemos así, que el hecho notorio no puede ser traído de oficio por el sentenciador, sino que debe necesariamente ser traído por las partes al proceso..."*. La Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 07/11/03, Exp. 01-646, abandona este criterio argumentando *"... que el juez que tiene conocimiento de él debe utilizarlo como*

parte del material de los hechos del juicio, sin que exista necesidad de que las partes lo aleguen y menos que lo demuestren”²⁸.

Por supuesto, el tema dentro del procedimiento administrativo no se muestra tan sencillo por los distintos principios que lo rigen toda vez que es una máxima que los que no está en el expediente no está en el mundo. Sobre esta excepción a tan importante principio –nos cometa la citada tesista Catherine Jiménez– nace sin duda alguna la arbitrariedad de la Administración, ya que, por una parte, el principio de la legalidad es uno de los principios fundamentales del derecho en general, pero en el ámbito administrativo, es el primer mecanismo sine qua non que utiliza la Administración para desarrollar su actividad en correcta armonía con un Estado de Derecho. En esta materia, como en muchas otras, la observancia de las disposiciones formales representa una garantía importante para las partes. Sin embargo, hay que considerar que cuando se adopta una forma distinta de la prevista en la ley, como lo es el hecho notorio comunicacional, no implica siempre y necesariamente, someter a los ciudadanos a un desmedro de sus garantías. Es oportuno observar que los principios procesales aplicables al derecho administrativo no poseen ni pueden poseer un valor absoluto. En ese sentido, es cierto que el hecho notorio comunicacional, no le proporciona a los interesados en un procedimiento o proceso administrativo la garantía del contradictorio en la misma medida del hecho notorio clásico, eso tal vez no constituya motivo para rechazar esta forma atípica de hecho notorio, ya que la dosis de garantía, si bien es menor, puede en definitiva ser considerada suficiente²⁹.

Finalmente, en sus comentarios introduce la advertencia que siempre dentro del ámbito administrativo el uso que se le dé a esta materia debe ser con mucho celo dado que, si bien es cierto que, la valoración de hecho notorio comunicacional debe ser efectuada por la Administración en base al sistema

28 El hecho Notorio en el Proceso Administrativo, Ob. Cit., pp. 50 y 51.

29 ídem pp. 58 y 59.

de la sana crítica, no menos cierto es que este sistema acarrea consigo, en demasiadas ocasiones arbitrariedades que se traducen en indefensión.

3. Normas y práctica administrativa

En la prueba desarrollada en un proceso jurisdiccional existen casos en que la norma jurídica va a resultar ser el objeto de la prueba, ello ocurre cuando se trata del derecho consuetudinario y el derecho extranjero. No obstante, tal situación puede ocurrir con la prueba en el ámbito administrativo, pues puede acaecer que una de las partes (Administración y particular) requiera probar la existencia de una norma emanada de un órgano administrativo (circular, providencia, instrucciones, reglamentos, entre otros) distinto al que sustancia el procedimiento, con el propósito de desvirtuar algún hecho.

En tal supuesto, confrontamos una diferencia palpable al proceso llevado en la sede judicial, por cuanto, en este último rige para el juez (en lo concerniente al derecho interno, escrito y general) el principio de *iura novit curia*, que no tiene aplicación a la sede administrativa, pues, afirmamos que el funcionario competente, quien suscribe el acto, debe dejar reflejado dentro del expediente administrativo la norma sublegal que aplica y del órgano que emana, siendo necesario traerlo como prueba al procedimiento.

4. Las máximas experiencias

Aquellos criterios racionales que forman parte del conocimiento privado del funcionario que decide, y que forma parte del acervo de un ciudadano común, no requiere prueba alguna, con las mismas justificaciones del proceso judicial, que no pierden vigencia en el ámbito administrativo.

IV. PRINCIPIOS DEL PROCESO JURISDICCIONAL APLICABLES A LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La prueba en el proceso jurisdiccional está sometida a varios principios que rigen su promoción, evacuación y valoración, los cuales son guías para el juez al momento de llevar el proceso. Muchos de estos principios, tienen vigencia en el procedimiento administrativo, cumpliendo la misma función de orientar, pero no al juez, sino a la Administración de cómo sustanciar la prueba. Pasaremos de seguidas a revisar estos principios:

1. Principio de libertad de pruebas

Este principio tiene su base normativa, dentro del proceso civil ordinario, en la aplicación del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, y que es traslado al ámbito de la Administración por expresa disposición de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuando su artículo 58 expresa que los hechos relevantes podrán ser objeto de todos los medios de pruebas establecidos en el Código de Procedimiento Civil. Y en ese particular es el artículo 395 antes mencionado, el que señala los medios probatorios de los que podrán disponer las partes, otorgando libertad probatoria para obtener todas las pruebas que puedan usar en la defensa de sus alegatos siempre que sean legales y sobre el tema decidium.

Este principio de la libertad probatoria, incluso ha sido asociado como parte de los derechos a la defensa y al acceso a la justicia, así lo declaró la Sala Político Administrativa en sentencia de fecha 06 de octubre de 2004, al desaplicar el artículo 19, párrafo 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual establecía una limitación a la libertad probatoria al aceptar sólo como medios probatorios la experticia, la inspección judicial, las posiciones juradas y los instrumentos públicos y privados, razonando la Sala lo siguiente:

De tal manera que, esta evolución en cuanto a los medios probatorios que se pueden producir en juicio, tuvo justificación en que las partes tuvieran un mayor acceso a la justicia y ejercieran su derecho a la defensa, pues tal y como lo ha señalado la doctrina: 'La prueba tiene como finalidad demostrar el efectivo acaecimiento de los hechos alegados, los cuales, por haberse verificado fuera y antes del proceso, deben ser demostrados al órgano jurisdiccional (...)

...omissis...

... entiende la Sala que la providencia interlocutoria a través de la cual el Juez se pronuncie sobre la admisión de las pruebas promovidas, será el resultado de su juicio analítico respecto a las condiciones de admisibilidad que han de reunir las pruebas que fueran promovidas, es decir, las reglas de admisión de los medios pruebas contemplados en el Código de Procedimiento Civil y aceptados por el Código Orgánico Tributario, en principio atinentes a su legalidad y a su pertinencia; ello porque sólo será en la sentencia definitiva cuando el juez de la causa pueda apreciar, al valorar la prueba y establecer los hechos objeto del medio enunciado, si su resultado incide o no en la decisión que ha de dictar respecto de la legalidad del acto impugnado...'

Conforme a lo expuesto, esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mantiene su criterio en cuanto a la libertad de los medios de pruebas y rechaza cualquier intención o tendencia restrictiva sobre la admisibilidad del medio probatorio que hayan seleccionado las partes para ejercer la mejor defensa de sus derechos e intereses, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que no resulten pertinentes para la demostración de sus pretensiones”.

Los criterios que anteceden, para exigir la libertad de pruebas con base en derechos constitucionales, no pueden arrojar otra consecuencia, sino en la aplicación de la misma fórmula en el procedimiento administrativo, donde impera también el derecho de acceso a la Administración y el debido procedimiento, que incluye la defensa, en el uso de todas las herramientas que lleven a demostrar la veracidad de las defensas expuestas ante la Administración, que formará parte del acto administrativo.

2. La necesidad de la prueba

El Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 12 la obligación para los jueces de atenerse a lo alegado y probado en autos. Si bien, este es el fundamento normativo para el principio dispositivo que rige en los procesos civiles, también resulta ser base para la exigencia de la prueba a fin de emanar la decisión del juez.

Como ya se reseñó en la primera parte de este estudio, el procedimiento administrativo tiene una importancia de rango constitucional para la elaboración del acto administrativo, pues es dentro de él, que se va a cotejar todos los elementos fácticos y normativos que convergen para la formación de la decisión. Es por ello, que el principio in comento tiene relevancia y plena aplicación en el régimen de la prueba en sede administrativa, puesto que la decisión debe contener los fundamentos de hecho y derecho, los cuales han de tener los respectivos respaldos probatorios que verifique la situación, que en su conjunto forman “el supuesto de hecho” del acto administrativo.

La necesidad de la prueba se hace imperante para poder conformar el acto administrativo, pues es el elemento intrínseco del supuesto de hecho que impone la formación correcta del acto de conformidad con la norma procedimental, que tiene aplicación siempre, así sea de forma supletoria, como lo es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

El artículo 12 de la mencionada Ley, impone a la Administración la adecuación del acto con el supuesto de hecho, en este punto es preciso recordar cuál es el alcance de esta dispositiva que nos vincula directamente con el principio de la necesidad de la prueba, usando para ello, las palabras del profesor Brewer-Carías:

(...) En primer lugar, todo acto administrativo debe tener una causa o motivo, identificado, precisamente, con el supuesto de hecho. Por tanto, la causa es un elemento esencial del acto, no puede haber acto administrativo sin causa y sin supuesto de hecho. En segundo lugar, que de haber adecuación entre lo decidido y el supuesto de hecho y que para ello sea cierto, es necesario que ese supuesto de hecho haya sido comprobado, estando la Administración, obligada a probarlo. El acto, por tanto, no puede estar basado simplemente en la apreciación arbitraria de un funcionario. No basta señalar, por ejemplo, que una fábrica contamina para ordenar cerrarla. Si el funcionario considera que una instalación industrial es contaminante tiene que probar que contamina y debe hacer constar en el expediente cuáles son los efectos contaminantes...

...En estos elementos está quizás el área más rica de vicios del acto administrativo: el vicio en la causa, en la comprobación de los hechos, en la calificación de los hechos, e inclusive, en la propia existencia del supuesto de hecho. Todo el falso supuesto de derecho procesal encuentra aquí su asidero fundamental en materia de derecho administrativo. Es decir, los actos no pueden partir de falsos supuestos, sino que deben partir de supuestos probados, comprobados y adecuadamente calificados³⁰.

30 Brewer-Carías, Ob. Cit., pp. 47 y 48.

3 Principio de la unidad de la prueba y comunidad de la prueba

El doctrinario patrio Rafael Badell, nos explica que el principio de la unidad de la prueba, significa que el cúmulo de pruebas del proceso forma una unidad, independiente de quien haya aportado a juicio, y como tal debe ser examinada y apreciada por el juez quien deberá cotejarlas entre sí. Por su parte, la comunidad de la prueba, resulta como consecuencia de la aplicación del principio de la unidad, pues una vez aportadas las pruebas, conforman un todo unívoco con las demás probanzas del expediente que constituye materia probatoria³¹.

En tal sentido, Fraga Pittaluga explica que el principio de la comunidad de la prueba tiene tres efectos fundamentales:

- a. La prueba beneficia a su promoverte, pero la contraparte podría usarla para desfavorecerlo.
- b. Practicadas las pruebas, no podrán renunciar o desistir de las mismas.
- c. En caso de acumulación de procesos, la prueba practicada vale para todos³².

Estos principios, son aplicables a las pruebas promovidas y practicadas en un procedimiento administrativo, incluso, por la peculiaridad de la actuación de la Administración, el particular podrá valerse de aquellas pruebas recaudadas en la fase de investigación, o cualquier otra que haya traído al procedimiento la Administración en uso de sus facultades inquisitivas.

31 Badell, Rafael: "Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela". Recuperado el 10/02/2019: <http://www.badellgrau.com/?pag=68&ct=910>.

32 Citado por Rafael Badell, ob. cit.

Sin embargo, se hace preciso realizar la salvedad, que, bajo el principio de la comunidad de la prueba en el proceso jurisdiccional, las partes pueden valerse de las pruebas dispuestas para formar la convicción del juez, no obstante, tal fin, tiene cabida en el proceso jurisdiccional más no en el procedimiento administrativo, cuando la Administración fungió de recaudador de las pruebas y decidor de la causa.

En tal razón, los efectos que Fraga Pittaluga le da al principio de la comunidad de la prueba, rinden sus consecuencias, en el sentido que el administrado podrá valerse de las pruebas que traiga la Administración y ésta no podrá renunciar a las pruebas que consten en el expediente administrativo, pero no tendrá ese efecto final, donde el juez podrá evidenciar que una prueba del promovente pueda desfavorecerlo, en virtud de la falta de imparcialidad, por no ser un sujeto ajeno a las pruebas que la recaudaron.

4. Principio de la contradicción de la prueba

El principio de la contradicción de la prueba emana del derecho constitucional a la defensa y al debido proceso, contemplado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y su significado responde a la garantía del particular de poder conocer, controlar y contradecir con otra prueba a aquéllas que se produzcan dentro del procedimiento administrativo.

Este principio, aunque muy conocido y relacionada con derechos constitucionales, su cumplimiento por parte de la Administración, resulta bastante cuesta arriba, no tanto para las pruebas que se sustancian dentro del procedimiento, sino aquellas que se han dado en una fase previa de indagación por parte de la Administración a los fines de tener elementos que le permitan corroborar que hay indicios o elementos suficientes para abrir un procedimiento administrativo. Normalmente este tipo de pruebas, denominadas por Agustín Gordillo,

pruebas “pre-sumariales”, llevadas posteriormente al procedimiento administrativo, tienen cabida en procedimientos de tipo sancionatorios.

Gordillo señala, respecto de las pruebas sumariales, que se:

(...) ha estimado que puede investigarse probatoriamente un hecho eventualmente incriminante para agentes de la administración pública, sin abrir necesariamente un sumario ni decretar por tanto un proceso probatorio formal, claro está que respetando estrictamente las garantías del debido proceso. Se ha dicho así que ‘si bien el procedimiento de *información* [...] no está reglado en la Administración Pública, su utilización es admisible al sólo objeto de evitar, cuando la denuncia resulta manifiestamente improcedente, inverosímil o infundada, el sometimiento a sumario de funcionarios cuya conducta es evidentemente correcta, o la investigación de hechos que no configuran *ab initio* irregularidad alguna,’ cuidando que aquella se practique conforme a las formalidades prescriptas para la investigación jurisdiccional³³.

Es así como el citado autor, nos explica que en ciertos procedimientos habrá una etapa presumarial, fuera del auto de apertura del procedimiento administrativo, cuya validez es perfectamente dable siempre que se cumplan las mínimas garantías de todo proceso.

Ahora bien, cómo debe darse el control de la prueba en estos casos. En primer lugar, es preciso distinguir, que la Administración, suele confundir cuándo está bajo este tipo de pruebas sumariales y cuándo ella misma crea la situación sin requerirse.

33 Gordillo, Agustín: *Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y el administrado*, Tomo II, Fundación de Derecho Administrativo, 8va ed., Buenos Aires, 2006, p. VII-17.

Ejemplo de lo anterior, lo constituye los procedimientos administrativos llevados por la Contraloría General de la República para la determinación de responsabilidades, pues la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal dispone en su artículo 96 lo siguiente:

Si como consecuencia del ejercicio de las funciones de control o de las potestades investigativas establecidas en esta Ley, surgieren elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la imposición de multas, el órgano de control fiscal respectivo iniciará el procedimiento mediante acto motivado que notificará a los interesados, según lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

El procedimiento podrá igualmente ser iniciado por denuncia, o a solicitud de cualquier organismo o empleado público, siempre que a la misma se acompañen elementos suficientes de convicción o prueba que permitan presumir fundamentalmente la responsabilidad de personas determinadas. (Resaltado añadido).

Asimismo, en su Título III, Capítulo I, artículo 77 y siguientes, contempla las potestades de investigación investidas a los órganos de control fiscal, etapas donde podrá producirse pruebas sin que exista un procedimiento abierto y notificado al administrado.

Sin embargo, no puede trasladarse estas situaciones a todos los casos que se desarrollan dentro de la sede de la Administración, puede darse bien, la investigación dentro del procedimiento administrativo con pleno control de la prueba. Un caso del innecesario uso de esta fase previa de investigación, la trae a colación el profesor Gordillo, en las fases sumariales que se desarrollaban en materia de función pública, considerándose

inconstitucional la reserva del sumario mientras se sustanciaba la prueba de cargo, siendo que las pruebas testimoniales requieren el control del interesado, para objetar las preguntas, formular repreguntas en el mismo acto³⁴.

En todo caso, lo que nunca puede omitirse es el control de la prueba, de existir la prueba antes de auto de apertura del procedimiento, la Administración deberá posteriormente dar oportunidad al control de la prueba, si es el caso de testimoniales o experticias practicadas, en el primer caso el administrado podrá llamar nuevamente al declarante y repreguntar sobre los elementos contenidos en el acta de declaración, sin perjuicio de preguntar sobre nuevos elementos. En el caso de experticia, él podrá promover o evacuar la contra prueba a los elementos fácticos que se demuestren.

El principio del control de la prueba lleva aparejado, el derecho de ser notificado del día, hora y qué prueba se practicará, informarle de la procedencia de asistirse de un abogado y la oportunidad de controlar los resultados.

Por último, nos parece relevante, traer las consideraciones de Gordillo respecto al principio de la contradicción de la prueba y el principio inquisitivo y de oficialidad de la Administración, cuya existencia dentro de un procedimiento administrativo, no debe entenderse como enervantes de la contradicción de la prueba:

Nada tiene que ver el carácter instructorio o inquisitivo del procedimiento con el control de la producción de la prueba. Este control hace al mejor esclarecimiento de los hechos y a la adecuada producción de la prueba en defensa

34 Estas fases sumariales se encontraban previstas en "Los estatutos del personal civil de la Administración Nacional" de la República de Argentina, el cual fue derogado por la Ley 25.164 del Empleo Público. Reseña prevista en Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Ob. Cit, p. VII-18.

del administrado. Ninguno de estos aspectos es incompatible con aquel carácter instructorio. Este control del interesado sirve para la plena realización de los criterios rectores del procedimiento: legalidad objetiva, verdad material, defensa del interesado³⁵.

5. Pertinencia de la prueba

Con plena vigencia en el procedimiento administrativo, el principio de la pertinencia de la prueba invoca a la admisibilidad de las pruebas que estén relacionado a los hechos que se dilucidan en el procedimiento, siendo impertinentes aquellas que le sean ajenas al conflicto que se revisa en sede administrativa.

No obstante, en el proceso jurisdiccional el auto por medio del cual el juez admite o niega la prueba se encuentra sujeto a recurribilidad en un solo efecto, tal y como lo dispone el artículo 402 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto es del tenor siguiente:

De la negativa y de la admisión de alguna prueba habrá lugar a apelación y ésta será oída en ambos casos en el solo efecto devolutivo.

Si la prueba negada fuera admitida por el Superior, el tribunal de la causa fijará un plazo para su evacuación y concluido éste, se procederá como se indica en el artículo 511. Si la prueba fuere negada por el Supervisor, no se apreciará en la sentencia la prueba si hubiese sido evacuada.

En el procedimiento administrativo no existe tal recurribilidad, pues los actos de mero trámite no son objeto de impugnación, a menos que se logre fundamentar que el mismo cause indefensión, aunado a que las pruebas normalmente son apre-

35 Ídem.

ciadas en el acto definitivo y no previamente por el funcionario instructor del expediente administrativo.

La Administración podrá descartar las pruebas impertinentes promovidas por el particular, sin embargo, su inadmisión será materia pendiente para los órganos jurisdiccionales.

6. Relevancia de la prueba en hechos negativos

El doctrinario Humberto Enrique III Bello Tabares, en su Tratado de Derecho probatorio, indica que para determinar la forma en que puede probarse un hecho negativo, es preciso previamente hacer una calificación de las negaciones en: i) Negaciones sustanciales o absolutas: Son aquellas que tienen fundamento en la nada y no implica en consecuencia, ninguna afirmación opuesta, indirecta o implícita; ii) Negaciones formales o aparentes: Son aquellas que en realidad contienen una afirmación hecha en forma negativa, que revisten carácter definido, puesto que en definitiva, son afirmaciones contrarias, sean definidas o indefinidas. Ejemplo del primer caso sería alegar que nunca ha ido a París, que nunca ha tenido propiedad alguna, son negaciones absolutas por no implicar una afirmación, ello al hecho de no estar determinadas ni en el tiempo ni en el espacio³⁶.

Por su parte, ejemplos de negaciones formales o aparentes, podrían ser que se alegue que el 25 de abril de 2000, no estuvo en París, negación que implica una afirmación, ya que, si en la fecha señalada no estuvo en París, es porque estuvo en otra parte. Estas negaciones, conllevan o implican una afirmación hecha en forma negativa. Que encuentra ubicación en el tiempo y en el espacio³⁷.

36 Bello Tabares, H.: *Tratado de Derecho Probatorio*, Tomo 1, Livrosca, Caracas, 2002, p. 67.

37 Ídem, p. 68.

La negación absoluta o sustancial será aquella eximida de prueba, que no podrá exigirse al administrado ni la Administración deberá aportarla.

V. DEL RELATIVISMO DE CIERTOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA JUDICIAL ANTE LA PRUEBA DE LA SEDE ADMINISTRATIVA

Así como se referenciaron principios que rigen a la prueba en los procesos jurisdiccionales (entiéndase procesos civiles y contenciosos administrativos) cuya aplicación se cumple a cabalidad y rinde los efectos esperados dentro del proceso como en el procedimiento, siempre y tanto se respeten los mínimos estándares de garantías constitucionales que rigen el proceso y el procedimiento, también se presentan otros principios que aún en presencia de todas las garantías no rinden los efectos esperados dentro del proceso, es decir, concurren singularidades respecto a su apreciación frente al procedimiento administrativo. A tales principios nos abocaremos a continuación:

1. Principio de la carga de la prueba

El principio de la carga de la prueba entre los doctrinarios procesalistas ha recibido abundante atención, cuyo fundamento radica en la importancia que reviste esta materia en el proceso, pues este principio está llamado a equilibrar entre las partes la justa carga de a quién le corresponde llevar las pruebas de sus afirmaciones.

En principio, ha de advertirse que este principio recibe el nombre de “carga” puesto a que se contrapone a “deber”, y no es en vano tal distinción. Por carga se entiende *“un poder o facultad de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir*

su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”³⁸.

El principio de la carga de la prueba, tiene una doble finalidad, una dirigida a las partes, en cuyo caso tiene el objetivo de dirimir a quién le corresponde probar sus respectivas afirmaciones sobre los hechos alegados, pero les otorga una facultad, que pueden ejercerla o no, no obstante su omisión acarrea un perjuicio posterior, determinado por la segunda finalidad del principio de la carga de la prueba, que se dirige al juez, en el entendido que *“... contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no se encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables”³⁹.*

De lo anterior, se va delineando los aspectos principales en que se funda la carga de la prueba: 1. La necesidad de que exista una relación triangular entre los sujetos que intervienen en el proceso; 2. La carga de la prueba está en armonía con el principio dispositivo; sobre estos aspectos entraremos de seguidas para entender cómo puede desvirtuarse en el procedimiento administrativo la manera de entender el principio de la carga de la prueba.

En el campo de las obligaciones civiles, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 506, prevé que las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho: quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido redimido de ella, debe por su parte probar

38 Devis Echandia, Hernando: *Teoría General de la Prueba Judicial*; tomo I, 5ta edición, Zavalia Editor, Buenos Aires, 1981, pp. 420 y 421, citado por Kiriakidis, Jorge: *Las Pruebas en el Procesal Administrativo*. En: Libro Homenaje al profesor Luis Enrique Farías Mata *Derecho Contencioso Administrativo*, Librería J. Rincón, Caracas, 2006, p. 271.

39 Devis Echandia, ob. cit, p. 426.

el pago o el hecho extintivo de la obligación. Por su parte en el procedimiento administrativo, que es el campo de los hechos y actos jurídicos⁴⁰, en primer término, habrá de distinguirse entre los procesos en que la Administración funge de tercero decisor (existe la posición triangular de los sujetos) y aquellos donde la Administración debe decidir y ser parte a la vez, es decir, en los procedimientos en que la administración es el rector del procedimiento.

En los procedimientos triangulares, podrá cumplirse la carga de la prueba según dispone la norma procesal ordinaria, sin presentarse las singularidades de la carga de la prueba en el procedimiento administrativo.

Ahora bien, en los procedimientos donde la Administración funge de rector, cuyo estudio es en el que se aboca este trabajo, sí habrá que hacer diferenciación según el tipo de procedimiento del que se trate. La doctrinaria española Concepción Barrero Rodríguez, los clasifica para su estudio en: 1) La prueba que pesa sobre el interesado y, 2) La que pesa sobre el órgano administrativo que lo instruye. Por otra parte, el doctrinario patrio Brewer-Carías, distinguió el estudio de la siguiente manera: 1) En el procedimiento Constitutivo: autorizatorios, sancionatorios, derechos de los interesados, y; 2) En el procedimiento de impugnación.

Para nuestro estudio, hemos optado por desarrollar los dos enfoques de los autores antes referidos, bajos sus premisas, todo con el fin didáctico de arrojar al final nuestras propias conclusiones.

40 Denominación de Brewer-Carías, Allan: La carga de la Prueba en el Derecho Administrativo, En: *Revista de la Contraloría General de la República*, N° 81, Caracas, 1977, pp. 23-52.

A. Clasificación de Barrero Rodríguez

a. La carga de la prueba que pesa sobre el interesado

- Cuando haya empezado por instancia de éste: los postulados de esta autora, revela que se trata de supuestos en que la parte interesada promueve por lo general el reconocimiento o la concesión de un derecho, disponiendo en ese caso, la obligación que pesa sobre el interesado de acompañar su solicitud de los documentos que justifiquen su derecho y probarlos durante la sustanciación del procedimiento. La autora cita la expresión que justifica tales argumentos en boca de los tribunales españoles: “demostrar si tiene o no derecho a lo pedido”, lo que es lo mismo la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, de tal forma que si no cumple con ella “ha de soportar las consecuencias del no acreditamiento, que indefectiblemente lleva consigo la desestimación de su pretensión”⁴¹.
- Iniciado de oficio por la Administración, pero la prueba recae sobre el administrado: La prueba en contrario: la demostración de la inexistencia de los hechos que alega la Administración o la concurrencia de otros que enervan los efectos que pretende.

b. La carga que pesa sobre la Administración

- En el caso, que aun haya sido iniciado por instancia de parte, la Administración deberá probar: i) La carga de demostrar la concurrencia de las circunstancias impositivas o extintivas del derecho reclamado⁴²; ii) Cuando los datos que fundamenten la pretensión del particular, por la propia índole del procedimiento o la naturaleza de los hechos que en él se alegan, está en poder de la

41 Barrero Rodríguez, Ob. Cit., pp. 193 y 194.

42 Ídem, p. 197.

Administración, es decir, ella dispone de la prueba⁴³; iii) Cuando la Administración se encuentre en mejores condiciones de probar que el interesado, bien sea por su propio conocimiento de los hechos, por la posibilidad de acceder a ellos en condiciones más fáciles o por la exigencia, en orden de su correcta verificación, de unos conocimientos o saberes especializados de difícil, cuando no imposible, alcance del administrado⁴⁴; iv) Cuando el objeto del procedimiento trascienda el interés del peticionario: aquellas cuestiones que trasciendan del interés particular del que los puso en marcha, adquiriendo una dimensión general o colectiva, hipótesis en las que, en buena lógica, ha de entenderse que la Administración viene obligada a profundizar al margen de la actitud que adopte el interesado, en la efectiva existencia de unos hechos que son presupuesto, en su caso, de una decisión de relevancia pública⁴⁵.

- Incoados de oficio por la administración: Cuando se pretende la aplicación de los efectos previstos en una norma o en la necesaria verificación de los correspondientes presupuestos de hechos y, en su vertiente objetiva, sirve para definir a la parte sobre la que han de repercutir las consecuencias de una eventual falta de pruebas, podrá convenirse con relativa facilidad que en los procedimientos administrativos incoados de oficio la carga de la prueba recae siempre sobre la administración; es ella quien ha de acreditar la existencia de los hechos en que pretende fundar su resolución⁴⁶.

43 Ídem, p. 198.

44 Ídem, p. 200. la autora señala que ejemplo de estas circunstancias son los procedimientos para establecer la responsabilidad de la Administración, a fin de probar los daños.

45 Ídem, p. 201. Barrero Rodríguez, coloca como ejemplo un procedimiento para declarar un bien de interés cultural, a nosotros se nos ocurre, cualquier procedimiento que instaure en ejecución de sus atribuciones el defensor del pueblo, aún se haya iniciado a instancia de parte.

46 Ídem, p. 202-204.

B. Clasificación de Brewer-Carías

- a. Procedimientos constitutivos: es cuando el acto está en proceso de formación y dependiendo del tipo de procedimiento presentará matices la carga de la prueba⁴⁷.
- Procedimientos autorizatorios: generalmente se inicia con una solicitud de parte a los efectos de obtener una decisión administrativa, lo cual conlleva que todo el procedimiento que sigue a la solicitud, hace que sea el particular interesado en obtener el acto de autorización, quien deba tener la carga de la prueba⁴⁸.
- Procedimientos sancionatorios: en este caso la carga corresponde íntegramente a la Administración Pública. Es la iniciativa de la Administración la que produce el establecimiento de una sanción, y es la administración quien debe probar las situaciones de hecho que pueden provocar la aplicación de esa sanción⁴⁹.
- b. Procedimientos de impugnación: en esta fase, cuando ya existe un acto administrativo que goza de presunción de legitimidad, el autor nos señala que provoca la inversión de la carga de la prueba. Aquí la carga se atribuye, no a quien afirma el hecho, que ha sido la Administración con su decisión, pues lo ha afirmado con presunción de legitimidad; sino a quien niega su existencia. En el procedimiento de impugnación

⁴⁷ Brewer-Carías, *Las Pruebas...* Ob. Cit., pp. 29 y ss.

⁴⁸ Como comentario adicional de este aspecto, queremos traer a colación la referencia que hace Brewer-Carías a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1966, donde se fijó al particular que pretendía una concesión para la explotación forestal, en cuyo caso la Ley exigía que se probara la propiedad del inmueble donde se iba a realizar la explotación, que dicha prueba recaía sobre el solicitante so pena de la denegatoria por parte de la administración.

⁴⁹ Brewer-Carías, *Las Pruebas...* Ob. Cit., p. 30.

de un acto, ya sea en la sede administrativa, con los recursos administrativos, o por la vía contencioso administrativa, es el administrado quien deberá cuestionar todas aquellas razones en las cuales se fundó la Administración para decidir⁵⁰.

De la comparación, de ambas clasificaciones, encontramos que coinciden en varios puntos, pues ambas afirman que de tratarse de procedimientos que se inician por instancia del particular la carga de la prueba recaerá sobre el particular (procedimientos autorizatorios según la clasificación de Brewer), mientras que el que se inicia de oficio la prueba recaerá sobre la Administración (procedimientos sancionatorios según clasificación de Brewer). No obstante, Concepción Barrero, introduce excepciones a la fórmula, puesto que, si se inicia a instancia de parte habrá variantes en aquellos casos: en que la Administración alegue hechos impeditivos o extintivos, las pruebas estén en poder de la Administración o ésta se encuentre en mejor condición para probar, y si el objeto trasciende el interés del particular. Asimismo, de iniciarse de oficio la excepción sería: que al particular le corresponde la prueba en contrario es decir si alega la inexistencia de hechos o circunstancias que enerven los efectos.

Ahora bien, la intención de este trabajo no es dar una fórmula unívoca para la carga de la prueba en los procedimientos administrativos, sino más bien presentar la inexactitud de las reglas y entender que es una materia con asuntos pendientes por determinar. Al igual que el procedimiento ordinario, la carga de la prueba presenta muchos matices, y bastante se ha avanzado en su estudio, no obstante, en el campo del procedimiento administrativo aún continuamos siguiendo fórmulas que no se ajustan a lo requerido, aunque a veces dé luces en el camino.

50 Ídem, pp. 36 y 37.

En línea con lo anterior, pasaremos a puntualizar los rasgos distintivos del principio de la carga de la prueba en el procedimiento administrativo:

C. Carga-deber

La prueba dentro del procedimiento administrativo –como anteriormente se desarrolló– forma parte del supuesto fáctico que fundamenta al acto administrativo. En atención a ello, la Administración está obligada a dictar el acto indicando los hechos probados so pena de caer en inmotivación del acto.

Este criterio ha sido reiteradamente fijado por los Tribunales de la República, en entonces la Corte Suprema de Justicia, en un caso que cita Brewer-Carías de 1964, al decidir una impugnación de una sanción impuesta a un concesionario de hidrocarburos, la cual se fundamentaba en un acta fiscal, señaló que si en dicho instrumento no se comprobaba los hechos o si no existía el acta fiscal, el acto debía considerarse ilegal, en tal sentido argumentó: *“El acta mencionada contendrá la constancia de la falta de todas sus consecuencias a los fines de la imposición de la sanción a que haya lugar, motivo por el cual los hechos y manifestaciones que ella contenga recogen la prueba misma en que se ha de fundar la Resolución”* y su falta acarrearía *“la nulidad de la Resolución por falta de un requisito indispensable para su validez”*⁵¹.

En igual sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha indicado que el presupuesto de hecho es:

(...) uno de los requisitos de fondo de los actos administrativos es la causa y el motivo de los mismos, configurados como los presupuestos de hecho del acto. La causa es la razón justificadora del acto, y esa razón siempre está vinculada a alguna circunstancia de hecho que va

51 Vid. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 6-08-64 en Gaceta Forence N° 45, pp. 161 y 161, citada en Brewer-Carías, *Las pruebas...* Ob. Cit, p. 32.

a motivar el acto. Conforme a este requisito, cuando un acto administrativo se dicta, el funcionario debe ante todo, comprobar los hechos que le sirven de fundamento, constatar que existen y apreciarlos. De tal manera que, todos los vicios que afectan a la constatación, la apreciación y la calificación de los presupuestos de hechos, dan origen a vicios de la causa. Igualmente hay vicios en los motivos o presupuestos de hechos, cuando la Administración no los prueba o lo hace inadecuadamente, es decir, cuando da por supuestos, hechos que no comprueban, partiendo de la sola apreciación de un funcionario o de una denuncia no comprobada, en el elemento causa es donde se presenta la mayoría de los vicios administrativos, siendo ésta la más rica en cuanto a la exigencia de la legalidad, sobre todo cuando la Administración tiene el poder discrecional para apreciar la oportunidad y conveniencia de la actuación⁵².

Conforme a lo anterior, la misma Corte se pronunció en otra decisión que *"... el vicio de inmotivación, por incidir en el derecho a la defensa de los administrados, es de orden público, por tanto los actos inmotivados están afectados de nulidad absoluta, y como tales no pueden ser convalidados con motivaciones sobrevenidas⁵³, efectuados por la autoridad u órgano superior –al que emitió el acto– al momento de decidir el recurso jerárquico"*⁵⁴.

52 Vid. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, N° 1.845 de fecha 21-12-2000 en "Jurisprudencia", Vol I, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Caracas, 2001, p. 28.

53 Sobre este presupuesto, cabe mencionar –como el derecho no es una ciencia exacta– que en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Dra. Josefina Calcaño, se expuso la excepción a esta regla, la Administración podrá subsanar errores de inmotivación en el supuesto de hecho cuando el error se deba a los datos suministrados por el particular, quien deberá probar adecuadamente su error y que fue de buena fe, para que la administración subsane posteriormente el acto. Vid. Sentencia de la Sala Político Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, N° 92, de fecha 4-05-1981. En: Revista de Derecho Público, N° 7 (jul-sep), EJV, Caracas, 1981, p. 148.

54 Cfr. Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 27-11-1989, caso: Clara Aguilera y N° 1835 de fecha 20-12-2000. En Corte Primero de lo Contencioso Administrativo, Ob. Cit., p. 462 y 463.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia a través de la Sala Político Administrativa, ha indicado que *“la Administración está obligada a comprobar adecuadamente los hechos y a calificarlos para subsumirlos en el presupuesto de derecho que autoriza la actuación. No puede, por tanto, la Administración, dictar actos fundados en hechos que no ha comprobado. La necesidad de comprobar los hechos como base de la acción administrativa y del elemento causa está establecida expresamente en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁵⁵”*.

Los tribunales contencioso administrativo, han coincidido en que el presupuesto de hecho es un requisito indispensable en el acto administrativo, lo cual conlleva a determinar la obligación de la Administración de dictar su acto con fundamento en los hechos en que se basan, debidamente comprobados por ésta. No obstante, como coincidían los autores Brewer-Carías y Concepción Barrero (esta última introduciendo excepciones a la regla como antes se señaló) la carga de la prueba puede verse invertida en aquellos casos en que sea el particular quien detente el interés del procedimiento, es decir, aquellos con fines autorizatorios.

La Administración podrá fundar sus razones de hecho o derecho para negar o acceder a una petición del particular, en causales alegadas por éste o distintas según aprecie la Administración, todo ello en virtud de los principios inquisitivo.

A manera conclusiva de este carácter singular que presenta la carga de la prueba en el procedimiento administrativo, se determina que la Administración está obligada siempre a probar y que no constituye una simple carga, aunque en ciertos procedimientos que interesen al particular ésta pueda trasladar la carga al particular porque sólo él puede aportar la prueba que evidencie su derecho o condición de ser acreedor de ese interés o situación que le aporta la Administración, ello

55 Sentencia N° 01705, Exp. N° 14.272 de fecha 20 de julio de 2000. Sentencias en ese sentido: SPA 02807/2001, 02807/2001 entre otras.

sin perjuicio a que la autoridad administrativa pueda negarla con otros elementos distintos, de los cuales, está llamada a probar.

D. Excepcionalmente ayuda a la Administración a decidir

Como se analizó supra, la carga de la prueba también cumple una función decisora para el juez, cuando hay insuficiencia de pruebas, es decir, el juez deberá ponderar a cuál de las partes le corresponde probar la veracidad de sus argumentos y en caso de que hubiese carencia de pruebas, sobre ese, debe pesar en su perjuicio, la decisión que deberá dictar el juez.

En el procedimiento administrativo, existen dos peculiaridades que atentan contra esta finalidad de la carga de la prueba:

- i) En la mayoría de los procedimientos administrativos, no se presenta de forma triangular los sujetos que intervienen, sólo está la Administración quien es el decisor de la causa y al mismo tiempo está llamada a alegar y recaudar pruebas en su posición de rector del procedimiento; lo cual conlleva a que no se presente de la manera en que se da en el proceso judicial, esa herramienta decisora de la carga de la prueba, la Administración siempre está llamada a probar, y si el interés en la causa recae sobre el particular, en cuyo caso sólo su falta de prueba podría determinar para la administración decidir en perjuicio de éste por no haber probado la condición que lo hace merecedor de ese derecho o interés, también cabe resaltar que la Administración debe indicarle –y que conste en el expediente que así lo hizo– al administrado los requerimientos que precisa para obtener su pedimento y que deberá negarlos, cuando éste no lo haya realizado aún habiéndosele especificado su falta. De lo anterior, se determina que este efecto de la carga de la prueba está determinado al tipo de proce-

dimiento que se trate, por tanto se convierte en la excepción no en la regla;

- ii) La búsqueda de la verdad, estrechamente relacionado con el principio del interés público que rige al procedimiento, el cual no es el interés propio de la Administración, pues bien éste no existe, sino el interés del Estado, su fin no es otro que: el bien común⁵⁶. Las formas impuestas a la Administración no están a favor de ésta, sino al interés de la decisión misma, de su corrección o acierto, madurez o justicia⁵⁷. Con base en ese principio, el procedimiento administrativo, no puede entenderse, como sí en el proceso ordinario, que su resultado pueda arrojar la verdad “formal” o “procesal”, es decir, no puede la Administración sencillamente ante la falta de una prueba, decidir en perjuicio de quien tenía la carga de probar, esta fórmula así planteada, rompe con los principios que rigen a la Administración y con la finalidad misma del procedimiento administrativo.

E. El interés público sobre la carga de la prueba

Sobre este punto nos referiremos exclusivamente a Concepción Barrero Rodríguez, quien hace un examen detenido sobre cómo el interés público, en ciertos casos, desvirtúa la finalidad de la prueba, no obstante, sugiere cuál es el sentido que debe dársele en el procedimiento administrativo que oriente a la Administración en cuya actuación reside el interés público.

En los procedimientos Administrativos no pueden suscribirse en todos sus términos las consecuencias últimas de la noción de la carga de la prueba, concebida como la delimitación del sujeto que ha de padecer los efectos negativos de la previa falta de acreditación de los hechos con base a los cuales ha de resolverse. Y ello, sencillamente, porque ésta es una solución

56 José Araujo Juárez, Ob. Cit., p. 120.

57 Ídem, p. 120.

que se aviene mal con la propia garantía del interés público que está en la base de la actuación administrativa; garantía que no se compadecería con una Administración que, por haber incumplido con la carga de la prueba, se viera imposibilitada para resolver, o lo que es aún peor, obligada a adoptar decisiones cuyo contenido hubiese sido distinto y más favorable para el interés público, de haberse producido una adecuada actividad probatoria⁵⁸.

Estas ideas justifican la importancia que en el procedimiento administrativo adquiere, la noción subjetiva de la carga de la prueba; afirmación que no significa tampoco desconocer; lógicamente, la importancia del aspecto objetivo, es decir, el relacionado con las reglas a observar ante la ausencia de prueba. Lo que ocurre es que en estos procedimientos no sólo importa ofrecer al órgano decisor una regla con la que resolver en los supuestos en los que existan dudas sobre los hechos; interesa en mayor medida, la determinación precisa y clara de la parte agravada con la carga de la prueba y las posibilidades generales de la Administración al respecto, a fin de evitar situaciones de falta de acreditación de los hechos que pudieran redundar en perjuicios para el interés público⁵⁹.

Finalmente, a manera de concluir sobre la carga de la prueba, lo que se puede resaltar es que no existe normativamente una regla precisa sobre la carga de la prueba en el procedimiento administrativo, lo que ha implicado que se entienda que es preciso traer el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, aún cuando se presenta insuficiente para los procedimientos administrativos, quienes han tratado de llenar ese vacío normativo han sido la doctrina tanto patria como extranjera, y las luces que intentan vislumbrar el camino, pero que hasta ahora sólo constituyen sombras que orientan pero no señalan el destino, de los criterios jurisprudenciales. Otro rasgo particular de la carga de la prueba en la sede admi-

58 Concepción Barrero Rodríguez, ob. cit, pp. 191 y 192.

59 Ídem, p. 192.

nistrativa, es que aún cuando, existen criterios doctrinales o jurisprudenciales, sus excepciones la colman, presagiando que tal vez, el problema del asunto resida en que debemos empezar a ver a la carga de la prueba dentro del procedimiento administrativo desde otro punto de vista, y no cumpliendo las funciones a las que está llamada en el proceso civil. Piénsese tal vez, que la carga de la prueba va a estar condicionada sólo a aquellos aspectos del particular en que la Administración no puede probar, porque no conoce esa condición o derecho del titular, porque no tiene los medios para obtener la prueba que sí puede traerlos el particular, en cuyos casos la Administración podrá trasladar sobre el administrado la carga de probar, so pena de una decisión que lo desfavorezca. El interés público, que incluye velar por las garantías del particular, será protegido por la Administración hasta el punto de exigir al particular las pruebas que permitan acreditarlo a favor de su interés, que, de no probarlo, obtendrá la negación de la Administración, quien actúa a favor del interés público, al exigir del administrado su titularidad. La negación, en esos términos será para la Administración fundamentada, cumpliendo así con su supuesto de hecho.

Por supuesto, sobre el tema aún falta mucho por escribir y ese es el llamado, no pretendemos dar fórmulas sino plantear la problemática, finalizamos así con palabras de Concepción Barrero:

En la adecuada regulación de la carga de la prueba en el procedimiento administrativo están, en definitiva, en juego nada más y nada menos que importantes garantías propias del Estado de Derecho e, incluso, el postulado constitucional de la eficacia de la Administración en el desempeño de sus cometidos. En las páginas que anteceden se ha intentado demostrar que la mera traslación de los principios que rigen la carga de la prueba en el proceso civil, pensado para situaciones institucionales bien distintas, no resuelven enteramente las cuestiones que suscitan,

en este aspecto, los procedimientos administrativos. El injustificado abandono sobre esta materia por el Derecho Administrativo, que vinimos señalando, las íntimas conexiones que indudablemente se producen entre el proceso contencioso-administrativo y el procedimiento administrativo con el consiguiente trasvase de reglas del primero a este último y la falta de una verdadera construcción, tanto normativa, como jurisprudencial y doctrinal, del alcance del principio inquisitivo en el procedimiento administrativo y de la exacta delimitación de los poderes y facultades del órgano instructor, explican la insatisfactoria situación existente en este ámbito. Situación que, desde luego, no resuelve la copia mimética de soluciones pensadas para el proceso. Hay que reivindicar, por consiguiente, que el legislador sea consciente de la necesidad de una regulación expresa y clara, lo que exigirá atención singularizada a los diversos tipos de procedimientos y a los respectivos intereses que satisfagan⁶⁰.

2. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba

Este principio se consagra en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone:

Artículo 15. Los Jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género.

En el proceso, el juez debe mantener el justo equilibrio entre las partes, en todos los aspectos de la prueba, en la oportuni-

60 *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*, Ob. Cit., p. 212.

dad para promover, para rebatir las pruebas, para impugnar, para evacuar y al momento de su apreciación, deberá valorar todas las pruebas que hayan sido admitidas para su decisión final.

Por su parte, en el procedimiento administrativo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 49, prevé el debido procedimiento en las actuaciones administrativas, lo cual implica el derecho a acceder a las pruebas y disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa. Esa disposición señala al texto de la norma lo siguiente:

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 la ley.

Adicionalmente, cabe señalar que el doctrinario patrio Henrique Meier, ha distinguido tres actividades internamente articuladas a la prueba: i) La actividad de averiguación: mediante esta actividad la Administración y los interesados llevan al expediente los datos, hechos y de derecho, que servirán de fundamento a la decisión del procedimiento; ii) La actividad probatoria "Strictu Sensu": la rigurosa actividad de determinar la "veracidad" y "certeza" de los hechos. Es establecer el vínculo causal entre un hecho o circunstancia de hecho y la conducta de determinado sujeto y; iii) La actividad de calificación: la actividad de constatar los hechos suficientemente probados en el expediente, con el presupuesto de hecho de la

norma atributiva de competencia. Se trata de la actividad de calificación o valoración del dato fáctico⁶¹.

De estas actividades que emprende la Administración en pro del desarrollo de la prueba que va a constituir el supuesto de hecho de su acto, se colige, que su actividad no está enmarcada a un momento o situación dentro del procedimiento, sino que tiene –aún de oficio– el deber de recaudar las pruebas necesarias para iniciar un procedimiento, pues éste, no podría abrirse sin tener fundamento para su apertura, y recabar las pruebas necesarias durante la sustanciación del procedimiento, incluso, podría después de fenecido el lapso de prueba evacuar cualquier medio de prueba que se considere necesario para dictar el acto administrativo.

Ahora bien, la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia ha fijado en distintos fallos que en el procedimiento administrativo no prevalece la rigidez en la preclusividad, típica de los procedimientos judiciales, de lo que se desprende la ausencia de las formalidades que caracterizan los procesos judiciales, y que permiten a la Administración, la posibilidad cierta de practicar las actuaciones que a bien considere, en el momento que estime necesario, y que conlleve a que el proveimiento administrativo a dictar sea el resultado real de la total armonización del cauce formal con respecto al material. De tal modo, que la preclusión de los lapsos no opera en sede administrativa y, en consecuencia, vencido el lapso para la articulación probatoria en sede administrativa, la autoridad administrativa puede valorar pruebas aportadas por los particulares⁶².

No obstante, a este criterio que en principio parece favorecedor al particular, en la realidad la Administración inicia su potestad de instructor probatorio incluso antes de iniciarse el

61 *El Procedimiento Administrativo Ordinario*, ob. cit., pp. 222-227.

62 Así decidió la Corte en el caso Maldifassi & Cía, C.A., contra el Ministerio del Trabajo, recaído en el fallo N° 00859, de fecha 23-07-2008.

procedimiento, y una vez que se entra en lapso para decidir parece lógico concluir que fenece la oportunidad para el administrado, que no para la Administración que podrá realizar autos para mejor proveer. El desequilibrio se presenta como resultado de la composición subjetiva de la Administración, pues en los procesos este problema no se presenta porque es el juez -tercero imparcial- quien se encarga de instruir cualquier prueba extra necesaria, fuera del lapso probatorio.

El administrado, tiene como garantía constitucional, poder ejercer su derecho a la defensa en todo momento según el criterio jurisprudencial⁶³, sin embargo, pasamos a referir momentos pre-establecidos que se deducen de la norma procedimental, en que puede promover pruebas, a saber:

- Cuando formula una solicitud a la Administración: aunque no está establecido expresamente en la Ley de Procedimientos Administrativos, el particular en la solicitud o requerimiento puede acompañar las pruebas o documentos en que fundamentó su derecho.
- En la oportunidad de formular las alegaciones de defensa: Lapso para el administrado en su escrito de descargo aporte los documentos necesarios en que va a fundamentar su defensa, establecido en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de cuyo texto se lee: *"...la autoridad administrativa competente o una autoridad administrativa superior ordenará la apertura del procedimiento y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoseles un plazo de diez (10) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones"*.

63 No obstante, las diferencias propias entre el procedimiento y el proceso no hace posible tal realidad, como se comentó, porque el particular no podrá manejar las oportunidades de pruebas que puede valerse la Administración.

- Cuando las pruebas estén en otros organismos: el particular podrá oficiar al instructor a la autoridad administrativa que corresponda la tramitación del expediente, que solicite a otras autoridades u organismos los documentos, informes o antecedentes que estime conveniente, para lo cual, deberá indicar la oficina donde curse la documentación.
- Fase probatoria: en esta etapa el particular deberá promover y evacuar las pruebas para demostrar la veracidad de sus alegatos. Este período el legislador en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, dejó la fijación del lapso al sano arbitrio de la Administración, no obstante, la norma constitucional llama a que ese tiempo sea suficiente para ejercer su defensa.
- Recursos Administrativos: el profesor Gordillo, nos indica que nada parece obstar para que se practiquen pruebas en el recurso de reconsideración, jerárquico y el recurso extraordinario de revisión, esta última vía para recurrir actos firmes, cuando aparezcan pruebas esenciales para la resolución del asunto, que no estaban disponibles para el momento de la tramitación del expediente.

Al contrario de la Administración, que ostenta una amplia facultad para recabar en cualquier momento de la instrucción del procedimiento, elementos de juicios que pudieran ser relevantes para la resolución, el particular por características propias del procedimiento tendrá poco manejo de las oportunidades de pruebas que tiene la Administración, lo cual deja en evidencia un rompimiento con el principio de la igualdad de oportunidades para la prueba, que impera en el proceso ordinario, sin que tal tergiversación de este principio, pueda considerarse como violación al debido procedimiento, pues lo que debe convivir es la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa del administrado con los principios de oficialidad que

forma parte de la Administración. Lo que sí es cierto, es que la Administración en ningún momento podrá rechazar pruebas promovidas por el particular por encontrarse fuera del lapso probatorio, salvo que se encuentre en fase de decisión.

REFLEXIONES FINALES

El propósito del trabajo ha sido exponer las circunstancias especialísimas en que se ve sometido el régimen de la prueba en la sede administrativa, aún cuando, las normas que la rigen son en la misma racionalidad de la prueba judicial, que, por la sola composición subjetiva del proceso, obtendrá otros efectos por su sola metodología.

Faltaría complementar a este estudio, un examen a la revisión de la valoración del expediente administrativo que se da en el proceso jurisdiccional (contencioso administrativo), a los fines de contrastar, cómo se valora la prueba que deviene de un procedimiento administrativo previo, que por sí sólo goza de la presunción de legalidad de los actos.

Lo que se ha pretendido indagar es, si instruyendo los métodos ordinarios del manejo de la prueba en la sede administrativa realmente metodológicamente nos acercamos a ese objetivo de buscar la verdad, pues es el concepto inherente a la prueba por su concepción epistemológica como se referenció al inicio de este trabajo. El camino de las reglas e instituciones que lleven a la promoción, evacuación y valoración de la prueba, creará o no la percepción de quien juzga o decide, o tal vez, necesitemos repensar las normas procedimentales que rigen la prueba en la instancia administrativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alsina, H.: *Tratado teórico de derecho procesal civil y comercial*. Ed. Editores, Buenos Aires, 1982.

Badell, Rafael: *Las pruebas en el contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela*. Recuperado el 10/02/2019: <http://www.badellgrau.com/?pag=68&ct=910>.

Barrero Rodríguez, Concepción: *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, 3era ed., Sevilla, 2006.

Bello Tabares, H.: *Tratado de Derecho Probatorio*, Tomo 1, Livrosca, Caracas, 2002.

Brewer-Carías, Allan: *El derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección de Estudios N° 16, EJV, Caracas, 2005.

_____: La carga de la Prueba en el Derecho Administrativo. En: *Revista de la Contraloría General de la República*, N° 81, Caracas, 1977.

Devis, Echandía: *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*. Tomo II, Ed. ABC, Bogotá, 1984.

Gascón Abellán, Marina: *Cuestiones Probatorias*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 61, Universidad del Externado, Bogotá, 2012.

González-Cuellar Serrano: Nicolás: *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, Colex, Madrid, 1992.

Gordillo, Agustín: *Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y el administrado*, Tomo II, Fundación de Derecho Administrativo, 8va ed., Buenos Aires, 2006, p. VII-17.

Jiménez Pérez, Catherine: Trabajo especial para optar al grado de especialista en derecho administrativo *El hecho notorio en el proceso administrativo*, UCAB, 12 de diciembre de 2005. No publicado.

Kiriakidis, Jorge: *Las Pruebas en el Procesal Administrativo*. En: Libro Homenaje al profesor Luis Henrique Farías Mata Derecho Contencioso Administrativo, Librería J. Rincón, Caracas, 2006.

Meier, Henrique: *El procedimiento administrativo ordinario*, Ed. Homero, Caracas, 2004.

Rengel R., A.: *Tratado de derecho procesal venezolano*, Tomo IV; Ed. Arte, Caracas, 1992.

REFLEXIONES SOBRE LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ANTE UNA ARBITRARIA Y DESBOCADA LEGISLACIÓN PRESIDENCIAL*

María Amparo Grau

Profesora de Derecho Administrativo

Resumen: Se analizan las potestades presidenciales de organización y legislativas, de emergencia y delegada, a la luz del principio de legalidad y las distorsiones y desviaciones que han tenido en Venezuela.

Palabras clave: Legislación. Organización. Legalidad. Arbitrariedad. Estado de Derecho.

Summary: The article analyzes the notion of organizational executive powers and the legislative emergency and delegated powers by virtue of the rule of law while considering the distortions and departures witnessed in Venezuela.

Key words: Legislation. Organization. Legality. Arbitrary. Rule of law.

Recibido: 14 de febrero de 2019

Aceptado: 19 de abril de 2019

* El presente artículo se ha preparado con base al trabajo de la autora presentado en el Centro de Estudios Latinoamericanos de St Antony College de la Universidad de Oxford en 2007, intitulado: "Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela", publicado posteriormente por Badell & Grau Editores, Editorial Texto, Caracas, 2009.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Los excesos del Poder Ejecutivo frente a la ampliación del poder de auto organización
- III. Los excesos del Ejecutivo respecto de la legislación presidencial de excepción
- IV. La Legislación presidencial de emergencia
- V. La legislación presidencial delegada (en situación de normalidad)
- VI. Otras desviaciones de la legislación presidencial delegada
- VII. Conclusión
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

En los países del derecho continental, la sujeción del Estado a derecho y su responsabilidad, no sólo por la actividad de la Administración o cualquiera de sus agentes por el ejercicio de la función administrativa, sino la producida por cualquiera de sus órganos y entes, se ha logrado a través del derecho administrativo, y de allí que éste sea contenido clave de ese ordenamiento jurídico que es el Estado.

Para el derecho administrativo, el principio de legalidad ha sido el instrumento más importante de limitación de la arbitrariedad de la Administración. Sobre éste se ha construido todo el sistema de responsabilidad del Estado y este principio de legalidad ha sido también fundamento de la idea del procedimiento administrativo como garantía¹.

1 Al respecto, Araujo Juárez señala que “...en lo que respecta a la necesidad de que exista un procedimiento administrativo, se ha de tener en cuenta que aunque pudiera pensarse que constituye un formalismo innecesario, su finalidad última no es otra cosa que la de ofrecer una adecuada garantía para la Administración Pública y para el particular. Es este el sentido de la noción “procedimiento-garantía”, pues obra como garantía de seguridad tanto para la Administración Pública como para el administrado, en la conformación de las actuaciones administrativas

Lo cierto es que, desde la consolidación del Estado de derecho, este límite estricto de la legalidad como presupuesto de la actuación y del procedimiento administrativo ha cedido espacios para flexibilizar la acción estatal de satisfacción del interés general, ampliando el poder de organización y actuación de los órganos de la Administración, sin que ello, insistimos, en un Estado de derecho consolidado, implique disminución de los derechos y garantías de los particulares.

Es así que podemos afirmar que cuanto más avanzada sea la sujeción del Estado a derecho, los límites estrictos como el que impone el principio de legalidad pueden repensarse, replantearse, modernizarse y adaptarse para facilitar una acción más rápida y eficiente de la Administración pública, pero ello es impensable en la medida en que exista una cultura jurídica de menor respeto al Estado de derecho, porque en este caso tal tendencia sólo puede conducir a una mayor arbitrariedad.

Esta acción flexibilizadora se experimenta cuando en materia de competencia las rigurosidades de la legalidad se suavizan para dar cabida a una mayor discrecionalidad de la Administración, ampliando sus poderes de auto organización, como ocurre cuando se admite la desconcentración, que es un mecanismo de desviación de la competencia, por acto administrativo.

En esta misma tendencia flexibilizadora destaca la moderna tesis que plantea una revalorización del procedimiento sobre la reconsideración del principio de legalidad como límite a la actuación de la Administración, para pasar de entenderlo en un sentido rígido de subsunción en una norma jurídica, a una requerida flexibilidad por virtud de las necesidades de

como en su revisión administrativa o judicial (...). Este principio de garantía del procedimiento es, según señalaba MONTESQUIEU, el precio que cada ciudadano paga por su libertad,...". Cfr. Araujo Juárez, José, "Tratado de derecho administrativo formal"; tercera edición corregida y aumentada, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1998, pág.115.

actuación de la Administración para poder cumplir el fin de interés general. Se concibe en esta tesis² del procedimiento como mecanismo compensatorio de definición de los criterios jurídicos sustanciales poniendo de relieve la importancia de los principios, valores e instituciones más que el de las normas que los contemplan.

En Venezuela comenzaba a producirse un cierto replanteamiento de la rigidez de la legalidad en materia de organización administrativa. La reforma de la competencia para organizar los Ministerios y sus ámbitos de actuación formal, pasándola de la ley (artículo 193 Constitución de 1961³), al Presidente como máxima autoridad jerárquica de esta organización (artículo 236, numeral 20, Constitución de 1999⁴). También con la desconcentración administrativa considerada siempre como ámbito de la ley, flexibilizada en la Ley Orgánica de la Administración Pública ("LOAP"), al permitirla por acto administrativo (artículo 31⁵).

2 Expuesta por el profesor Luciano Parejo Alfonso en el marco de las IX Jornadas de Derecho administrativo y público general Dr. Allan Brewer-Carías. "La Administración Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho". Santo Domingo. República Dominicana, 9 de noviembre de 2018.

3 "Artículo 193. Los Ministros son los órganos directos del Presidente de la República, y reunidos integran el Consejo de Ministros. El Presidente de la República presidirá las reuniones del Consejo de Ministros, pero podrá designar a un Ministro para que las presida cuando no pueda asistir a ellas. En este caso, las decisiones tomadas no serán válidas si no son confirmadas por el Presidente de la República. La ley orgánica determinará el número y organización de los Ministerios y su respectiva competencia, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros."

4 "Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...) 20. Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica".

5 "Artículo 31. La Administración Pública, con el objetivo de acercarse a las personas y mejorar el servicio prestado, podrá adaptar su organización a determinadas condiciones de especialidad funcional y de particularidad territorial, transfiriendo atribuciones de sus órganos superiores a sus órganos inferiores, mediante acto

Todas estas experiencias mostraban una cierta apertura, una tendencia que se inscribía en el fenómeno que experimentaban los países de un gran desarrollo jurídico del derecho administrativo y sus instituciones. Su ejecución, así como posteriores manifestaciones del Ejecutivo en cuanto a negar su sometimiento al límite de la ley, al punto de asumir de forma inconstitucional la función legislativa, han provocado un retroceso grave, la destrucción del Estado de Derecho en cuya reconstrucción habrá que volver a la etapa inicial de una rigurosa sujeción a la legalidad, para dar la oportunidad de que vuelvan a estar dadas las circunstancias de una evolución como la que se ha planteado en otras latitudes con estados de derecho consolidados.

En nuestra publicación Estado de Derecho y Separación de Poderes⁶ tratamos de documentar este descalabro, y hoy, en este artículo de reflexión nos permitimos enfatizarlo, a manera de destacar que, tanto en la organización como en la realización de la actividad administrativa, la ley debe mantener su función limitante, de protección de los derechos y garantías individuales y de interdicción de la arbitrariedad a la que, lamentable, siempre tiende el poder.

II. LOS EXCESOS DEL PODER EJECUTIVO FRENTE A LA AMPLIACIÓN DEL PODER DE AUTO ORGANIZACIÓN

La Constitución del 99 incluyó dentro de la potestad reglamentaria del Presidente, a diferencia de la del 61 que exigía su regulación por ley, la determinación del número de Ministerios y sus competencias y organización, así como la del

administrativo dictado de conformidad con el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.

La desconcentración de atribuciones sólo podrá revertirse mediante la modificación o derogación del instrumento jurídico que le dio origen."

6 Grau, María Amparo. *Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela*. Editorial Texto, Caracas, 2009.

Consejo de Ministros y de otros organismos de la Administración Pública⁷.

Hemos sostenido que esta nueva competencia presidencial es un supuesto de reserva reglamentaria y no un caso legislación presidencial⁸, al ser una materia que *“la ley no puede abordar porque íntegramente se reserva su regulación al Gobierno”*⁹ y dado que la doctrina admite *“Reglamentos que no dependen de Ley alguna, sino que encuentran su origen positivo en la propia Constitución, por referirse a materias atribuidas por la Constitución exclusivamente al órgano Ejecutivo de gobierno...”*¹⁰.

Sin duda que resultaba muy positiva esta iniciativa de la de la Constitución del 1999, pero su ejecutoria se caracterizó por la violación sistemática de los principios, valores e insti-

7 **Artículo 236.** *“Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...) Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica.”*

8 Sobre la naturaleza del acto mediante el cual el Presidente ejecuta esta competencia, Brewer Carías sostiene que se trata de Decretos con rango y fuerza de Ley. Incluye el citado autor esta competencia organizativa junto con la habilitación y el estado de excepción como los supuestos en que el Presidente dicta Decretos Leyes. En este sentido afirma: *“En la Constitución de 1999, en cambio, se ha flexibilizado el tratamiento de la organización ministerial, atribuyéndose al Presidente de la República la competencia para fijar el número de Ministerios, y establecer su organización y competencia, conforme a los principios y lineamientos determinados en la ley orgánica. Los decretos del Presidente de la República en materia de fijación del número, organización y competencias de los Ministerios tienen carácter de decretos leyes, pues modifican las leyes relativas a tales competencias: decretos mediante los cuales, sin embargo, no se pueden modificar otras leyes sustantivas.* Brewer Carías, Allan R. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, diciembre 2005, pág. 50. En sentido contrario Peña Solís, José en *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Segundo. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002, pág. 571.

9 Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte General, Decimocuarta Edición, Marcial Pons, España, 2003, pág. 61.

10 Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 243.

tuciones de la ciencia de la organización administrativa, ha producido una grave afectación en lo que se refiere a su estabilidad y permanencia y a la necesaria seguridad jurídica que debe generar.

Así en efecto, con base en esta atribución, el Presidente de la República realizó una irracional reforma a la organización administrativa ministerial, al punto de que, en el período comprendido en los siete años siguientes a la vigencia de la Constitución del 99, en más de 18 oportunidades, el Presidente modificó la estructura ministerial¹¹, creando una grave situación de inseguridad jurídica¹².

El tema del exceso en esta materia se venía ya plantando con la figura de los Ministros sin cartera, cuya designación ha sido históricamente bastante profusa y en algunos casos contraria a la naturaleza misma de la institución. Debemos destacar, por ejemplo, el caso de los Ministros de Estado con la doble condición de ser a la vez máximas autoridades de un ente descentralizado, cuestión que contradice sin duda la noción misma de este cargo y plantea un problema de coordinación entre la administración central y descentralizada. Nombrar Ministro de Estado al presidente de un ente descentralizado, crea de entrada un conflicto respecto del Ministro del área

11 1. Decreto N° 1.475, Gaceta Oficial, 17-10-2001. 2. Decreto N° 1.634, Gaceta Oficial, 8-01- 2002 (se reimprimió por error material en fecha 11-01-02). 3. Decreto N° 1.928, Gaceta Oficial, 20-08-2002. 4. Decreto N° 2.083, Gaceta Oficial, 4-11- 2002. 5. Decreto N° 2.141, Gaceta Oficial, 22-11-2002. 6. Decreto N° 2.360, Gaceta Oficial, 15-04-2003. 7. Decreto N° 2.937, Gaceta Oficial, 25-05-2004. 8. Decreto N° 3.125, Gaceta Oficial, 16 de septiembre de 2004 (reimpreso por error material, Gaceta Oficial, 21-09-2004). 9. Decreto N° 3.336, Gaceta Oficial, 14-12-2004. 10. Decreto N° 3.416, Gaceta Oficial, 18-01- 2005 (reimpreso en dos oportunidades, el 20-01- 2005 y el 21-01- 2005). 11. Decreto N° 3.464, Gaceta Oficial, 10-02-2005. 12. Decreto N° 3.570, Gaceta Oficial, 8-04-2005. 13. Decreto N° 3.753, Gaceta Oficial, 31-08-2005. 14. Decreto N° 4.276, Gaceta Oficial, 23-02-2006. 15. Decreto N° 4.525, Gaceta Oficial, 22-06-2006. 16. Decreto N° 5.022, Gaceta Oficial, 29-11-2006. 17. Decreto N° 5.103, Gaceta Oficial, 8-01- 2007. 18. Decreto N° 5.246, Gaceta Oficial, 28-03- 2007.

12 Véase Grau, María A., ob cit.

quien se supone ejerce las labores de coordinación. Esta situación repetida tantas veces en el tiempo dio lugar a la inclusión de esta posibilidad en la ley (artículo 62 LOAP¹³), en lugar de establecer una prohibición de proceder en este sentido, se reguló *“La Presidenta o Presidente de la República podrá nombrar ministras y ministros de Estado sin asignarles despacho determinado, los cuales, además de asistir al Consejo de Ministros, asesorarán a la Presidenta o Presidente de la República y a la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo en los asuntos que les fueren asignados.”*).

De otra parte, con esta conducta se minimiza la autonomía funcional que debe tener el ente descentralizado respecto de la Administración Central, desviación que se ha llevado al punto en los últimos tiempos de que esta situación se plantee ahora respecto de ministros con cartera, es decir, que la máxima autoridad del ente es a su vez el órgano de coordinación pues ocupa simultáneamente el cargo de Ministro¹⁴.

III. LOS EXCESOS DEL EJECUTIVO RESPECTO DE LA LEGISLACIÓN PRESIDENCIAL DE EXCEPCIÓN

El principio de la separación de los poderes es una de las bases fundamentales del Estado de Derecho. Conforme a este principio los distintos Poderes del Estado tienen atribuidas las funciones que les dan origen, estas son sus “funciones propias”, por lo cual el Legislativo es quien ha de dictar las leyes; en tanto que el Poder Judicial y el Ejecutivo las ejecutan,

13 Artículo 62. *“La Presidenta o Presidente de la República podrá nombrar ministras y ministros de Estado sin asignarles despacho determinado, los cuales, además de asistir al Consejo de Ministros, asesorarán a la Presidenta o Presidente de la República y a la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo en los asuntos que les fueren asignados”*.

14 Así por ejemplo el caso de Petróleos de Venezuela, S.A., en el que puede verificarse la irregularidad de que el Presidente de la empresa sea a la vez el Ministro de adscripción (Ministro del Petróleo), desvirtuándose de esta manera la autonomía que se persigue precisamente con el mecanismo de la descentralización funcional.

el primero, a través de la concreción de la justicia (sentencias) y el segundo, mediante la administración (actos administrativos). Las otras dos nuevas ramas del Poder Público Nacional (Electoral y Ciudadana) también realizan actividad de rango sublegal mediante actos jurídicos electorales¹⁵ y de control¹⁶.

Es por virtud de la “colaboración” que la regla de la división por funciones tiene excepciones y de allí que eventualmente, en ciertos casos, los órganos de una rama del Poder realicen funciones distintas a aquella que le es propia y en esta situación de excepcionalidad se ubica la posibilidad de que el Presidente de la República dicte decretos con rango y fuerza de Ley. Siendo esta competencia excepcional, la misma está limitada por los principios de especialidad y temporalidad.

El tema de la legislación presidencial se refiere a la potestad del Presidente de producir normas jurídicas con

15 Sobre la noción del acto electoral como un acto jurídico específico y distinto al acto administrativo se pronunció la sentencia n° 2 del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Electoral de fecha 10 de febrero de 2000 (Caso: Cira Urdaneta de Gómez), “...mediante la cual la Sala configuró su marco de competencias partiendo de dos criterios: el orgánico, referido al órgano del cual emana el acto, actuación u omisión, y el material o sustancial, concerniente al contenido del acto (materia electoral o de participación política) objeto de impugnación, para de tal forma establecer que le corresponde, en forma exclusiva y excluyente, el control de la legalidad y la constitucionalidad de los actos, actuaciones y omisiones emanados de los órganos del Poder Electoral, así como de los actos electorales emanados de los entes enumerados en el artículo 293, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (sentencia de la Sala Electoral de fecha 4 de mayo de 2010, expediente AA70-E-2010-000046).

16 Respecto del Poder Ciudadano no ha habido cambio en la noción administrativa de los actos dictados en ejecución de la función administrativa de control que les confieren las leyes respectivas, la cual por tal naturaleza administrativa imponía la aplicación del criterio funcional para la calificación de sus actos administrativos y, de allí, el sometimiento al control de la jurisdicción contencioso administrativa general, como ocurría cuando estos órganos (bajo la Constitución de 1961: Contraloría General de la República y Ministerio Público) no conformaban una rama del Poder Público sino que se definían (conjuntamente con el Consejo de la Judicatura y el Consejo Supremo Electoral) como órganos constitucionales autónomos.

rango y fuerza de Ley. La legislación presidencial supone la realización por parte del Presidente de la función que es propia y que como regla general pertenece al órgano legislativo y tiene, por tanto, carácter excepcional.

Las leyes presidenciales se admiten en dos supuestos: (i) en situaciones de emergencia¹⁷ y (ii) en situaciones de normalidad, por razones de urgencia¹⁸, o interés público y conveniencia nacional. A la primera denominamos legislación presidencial de emergencia, a la segunda, legislación presidencial delegada.

El caso de la emergencia, son los denominados Estados de Excepción, en los cuales la legislación presidencial facilita una regulación transitoria y expedita para atender la situación de desastre o peligro. Distinta es la legislación presidencial en situación de normalidad. Esta potestad para dictar leyes presidenciales se corresponde con la exigencia práctica que surge a consecuencia del intervencionismo estatal, derivado de los fines del Estado social de derecho, los cuales imponen la necesidad de dar una mayor posibilidad de actuación al Gobierno, limitado como está, conforme a los postulados tradicionales, por la ley formal. Se explica además en el carácter técnico de ciertas regulaciones y la urgencia (que no emergencia) en su oportuna producción, lo cual contrasta con el lento proceso de elaboración de leyes a cargo del parlamento; también se invocan razones políticas, pues puede ocurrir que el Congreso no esté dispuesto a asumir los costos políticos de medidas que se requieren para la buena administración pública en un momento determinado. Por ello hemos indicado que la legislación presidencial puede basarse en razones de urgencia, o de interés público y conveniencia nacional.

17 “Emergencia” entendida en la acepción de “*Situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata.*” (tercera acepción, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).

18 “Urgente”, porque se trata de una situación que precisa una pronta ejecución o remedio (significado de urgir, en su tercera acepción, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).

En este segundo supuesto, la posibilidad de que el Presidente legisle no sólo estará regulada en el texto constitucional sino que se hallará supeditada a mecanismos que la limitan, en atención a su carácter excepcional. Los mecanismos más comunes son la autorización previa o el acto de delegación limitado por parte del Congreso. Lo cierto es que una vez definido el ámbito material de la Ley (reserva legal), pueden contemplarse mecanismos de flexibilización para permitir que el Presidente, en ciertos casos, y de forma excepcional, sea quien dicte determinadas leyes. Sin embargo, la abdicación parlamentaria ha de ser siempre limitada, no puede ser total.

La limitación dependerá, en primer término, de lo que la Constitución establezca, en segundo lugar, de la voluntad del parlamento quien deberá emitir el acto de autorización o delegación, según sea el caso, y en este último supuesto quien siempre podrá decidir el ámbito y condiciones de su delegación. Por otra parte, bajo la figura de la Ley delegada, aun cuando se permite al Gobierno dictar normas con rango de ley en sustitución del órgano parlamentario, éste siempre conservará la potestad de modificarlas o derogarlas, reasumiendo la función de la que es titular original.

Otra técnica para la legislación de excepción que realice el Ejecutivo en sustitución del Parlamento es la de las leyes de base de delegación. El uso de esta técnica para el caso de los decretos leyes es explicado por Rivero de la siguiente manera: *"Se designa con este nombre, a aquellas leyes que, en un campo determinado, se limitaban a definir los principios de las reformas a realizar, a trazar su 'marco', y encargaban al gobierno, habilitado para ello, a modificar la ley, procediendo por decreto a realizar aquellas reformas."*¹⁹

19 Rivero, Jean. Derecho Administrativo, Traducción de la 9a Edición, Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984. Pág. 62.

Las leyes de bases surgen como un mecanismo para articular las potestades de legislación del ente territorial nacional y las regiones en una misma materia. La doctrina española señala que la idea esencial del mecanismo de la Ley de bases es que deben constituir el marco de los principios, bases y directrices de las leyes de desarrollo²⁰. De este modo la idea esencial de la Ley de Bases implica: 1.º La previsión del marco de una política global sobre la materia que se trate (Sentencia constitucional de 4 de noviembre de 1982). 2.º Una general unitaria, 3.º Una regulación incompleta, es decir, que no agote la materia, la cual debe normarse a través de la Ley de desarrollo²¹.

De manera que el mecanismo de las leyes de base comprenderá una delegación más reglamentada, pues la legislación presidencial de excepción deberá concretarse a desarrollar el marco que éstas le fijen.

IV. LA LEGISLACIÓN PRESIDENCIAL DE EMERGENCIA

La Constitución del 99 define los Estados de excepción como aquellos en que existan circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos.²² En estos casos el Presidente podrá restringir la

20 Parada, Ramón. *"Derecho Administrativo"*. Tomo I. Editorial Macial Pons. Octava Edición. Madrid. 1996. pág. 49.

21 García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. *"Curso de Derecho Administrativo"*. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid. 1998. pág. 290.

22 Se contemplan los siguientes supuesto: 1. El estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos o ciudadanas. 2. El Estado de emergencia económica cuando existan circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. 3. El estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones. Las normas constitucionales disponen: Artículo 337. *"El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de*

garantía de la ley previa y regular las materias que determine mediante decreto ley, con excepción de los derechos humanos intangibles²³.

Se amplía en el nuevo texto constitucional el ámbito de los derechos cuya garantía no puede restringirse, en concordancia con los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos y se imponen límites temporales a la medida de restricción

excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.” Artículo 338. “Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos o ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más.” Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de sesenta días prorrogables por un plazo igual. Podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones. Se prolongará hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.”

- 23 Según la Constitución: el derecho a la vida, la prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles, que luego la Ley define, entre otros, en el Artículo 7 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (Gaceta Oficial Nro. 37.261 de fecha 15 de agosto de 2001) prevé: “No podrán ser restringidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4, 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27, 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de los derechos a: 1. La vida. 2. El reconocimiento a la personalidad Jurídica. 3. La protección de la familia. 4. La igualdad ante la ley. 5. La nacionalidad. 6. La libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas. 7. La integridad personal, física, psíquica y moral. 8. No ser sometido a esclavitud o servidumbre. 9. La libertad de pensamiento, conciencia y religión. 10. La legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales. 11. El debido proceso. 12. El amparo constitucional. 13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública. 14. La información.”

entre 30, 60 y 90 días, prorrogables, según el caso. Además, se prevé una Ley Orgánica para regular los Estados de Excepción.

Durante la vigencia de la Constitución de 1999 no se habían suspendido garantías constitucionales, hasta que a raíz de que el gobierno perdió en 2015 la mayoría parlamentaria se utilizó, desviadamente, la técnica de la emergencia económica para permitir al Presidente mantenerse en su distorsionado rol de legislador y sustraer la competencia legislativa al parlamento de oposición.

La desviación se produjo en dos ámbitos, primero, desde que la emergencia económica requería la aprobación de la Asamblea Nacional, la cual a pesar de que fue expresamente negada por el parlamento este acto no se respetó, y en segundo lugar, por cuanto se ha violado flagrantemente la temporalidad propia de la situación de excepción. Respecto del primer vicio denunciado, la ilegitimidad de esta emergencia por falta de aprobación parlamentaria ha sido convalidada por sentencias absolutamente contrarias a derecho dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En cuanto al vicio de la violación del límite de la temporalidad, se observa la desviación de poder cuando a través de decretos sucesivos y la prórroga consecuente lo cierto es que al día de hoy van 37 meses de situación de excepción, a pesar de que la norma constitucional claramente establece que *“Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual”* (artículo 338).

Así en este gran fraude constitucional se han dictado a la fecha 10 decretos de emergencia económica²⁴, 9 de prórroga y

24 1. Decreto N° 2.184 14 de enero de 2016 (Gaceta Oficial Nro. 6.214 extraordinario); 2. Decreto N° 2.323 13 de mayo de 2016 (Gaceta Oficial N° 6.227 Extraordinario); 3. Decreto N° 2.452 13 de septiembre de 2016 (Gaceta Oficial N° 6.256 Extraordinario); 4. Decreto N° 2.667 13 de enero de 2017 (Gaceta Oficial Nro. 41.074); 5. Decreto N° 2.849 13 de mayo 2017 (Gaceta Oficial Nro. 6.298 extraordinario); 6. Decreto N° 3.074 15 de septiembre de 2017 (Gaceta Oficial 41.237); 7. Decreto N° 3.239 09 de enero de 2018 (Gaceta Oficial Nro. 6.356 Extraordinario); 8. Decreto N° 3.413 10 de mayo

10 sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para convalidar la negativa de aprobación parlamentaria.²⁵

V. LA LEGISLACIÓN PRESIDENCIAL DELEGADA (EN SITUACIÓN DE NORMALIDAD)

1. Naturaleza

La Constitución de 1999 prevé la posibilidad de que el Presidente dicte decretos leyes, siempre que haya sido autorizado por Ley Habilitante²⁶ por el plazo y en las materias que en ellas se determine, y conforme a las directrices, propósitos y marcos que en ella se fije²⁷. Con esta norma se produjeron dos cambios importantes respecto de la regulación que en igual sentido se contemplaba en la Constitución anterior.

El primer cambio, su ampliación material al no estar ahora limitada a la materia económica como si lo estaba bajo la Constitución de 1961²⁸, pero al mismo tiempo se produce una mayor restricción pues se concibe no como una mera legislación

de 2018 (Gaceta Oficial Nro.41.349); 9. Decreto N° 3.610 10 de septiembre de 2018 (Gaceta Oficial Nro. 41.478); 10. Decreto N° 3.736 11 de enero de 2019 (Gaceta Oficial Nro. 6.424 extraordinaria).

25 La última de estas fue publicada en Gaceta Oficial Nro. 6.427 extraordinario de fecha 29 de enero de 2019.

26 **Artículo 236.-** “Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...) 8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.”

27 **Artículo 203.-** “(...) Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes de base deben fijar el plazo de su ejercicio.”

28 **Artículo 190.-** “Son atribuciones y deberes del Presidente de la República: (...) 8. Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por la ley especial;”

delegada o autorizada²⁹, sino de una legislación controlada por la habilitación en tanto ésta es una Ley marco respecto de aquélla. En efecto, los decretos leyes previa habilitación están ahora limitados por los marcos fijados en la habilitación.

El carácter de Ley marco de la Ley Habilitante se deduce además de los términos de la propuesta presentada por la Comisión redactora de esta norma planteaba el mecanismo de leyes de base, que es el mismo que consagra la Constitución Española vigente.

La propuesta dice: *“Son leyes de base las sancionadas por la Asamblea Nacional (...) a fin de establecer las directrices, propósitos y el marco de las materias en las cuales se delega al Presidente de la República con rango y valor de ley”* y así aparece aprobado según los libros de debate³⁰.

29 A favor de la tesis de la autorización Moles Caubet quien consideraba que *“la potestad presidencial en este caso deriva directamente del ordenamiento constitucional y no de la ley habilitante emitida por el órgano parlamentario”*. Moles Caubet, Antonio. Dogmática de los Decretos Leyes. Lección inaugural, Curos, 1974, pág. 25. La doctrina mayoritaria se pronunció sin embargo por la tesis de la delegación, así, Lares Martínez, Brewer Carías, Pérez Luciani (ver en: Pérez Luciani, Gonzalo. “La Actividad Normativa de la Administración”, en Revista de Derecho Público No 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, págs. 33 a 36).

30 En la sesión Ordinaria del 4 de noviembre de 1999 se observa la lectura del artículo con la redacción mencionada por parte del Constituyente Eustoquio Contreras y las palabras del Presidente de la Asamblea señalando *“En consideración el artículo leído. Si no hay objeción se va a considerar aprobado. (Pausa). Aprobado. Posteriormente en la Sesión del 16 de noviembre de 1999 se discute una modificación a la norma ya aprobada en el sentido de cambiar la expresión del primer párrafo “desarrollar los principios constitucionales” por “desarrollar los derechos constitucionales” y agregarle en el segundo párrafo “Esta votación calificada se aplica también para la modificación de las leyes orgánicas”, omisión que, según el constituyente Ricardo Combillas, quien se atribuye la redacción de la norma se debió a un “puro error material” suyo. Luego de lo cual el Presidente lo somete a la consideración de la plenaria e indica: “Los ciudadanos constituyentes que estén de acuerdo con el agregado propuesto por el constituyente Ricardo Combillas se servirán manifestarlo con la señal de costumbre. (Pausa). Aprobado.”*

Que lo aprobado fue una habilitación mediante el mecanismo de las leyes de bases se desprende además de la exposición contenida en el diario del debate constituyente, en la sesión del 13 de noviembre de 1999, en la cual se lee la intervención de Ricardo Combellas en la cual expresa: *"La única Ley de base es la que otorga la delegación legislativa."*

Sin embargo, tanto el texto final presentado a la aprobación por referendo³¹ como el texto final publicado cambiaron la redacción eliminando la mención expresa a la ley de bases, pero manteniendo las características de ésta cuando se hace referencia al marco que debe constituir la ley habilitante respecto de la legislación presidencial. En este sentido el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional ha establecido mediante sentencia³² que la Ley Habilitante es una Ley de Base que sirve de marco normativo a otras leyes (legislación delegada).

En conclusión, la Constitución del 99 sustituye el sistema de decretos leyes: leyes delegadas o autorizadas, según la tesis que se asuma, a uno de decretos leyes: leyes de desarrollo, eliminando el límite del carácter económico de la materia. La ley habilitante cambia de una mera autorización o delegación a una Ley de Orgánica de Bases, con un quórum especial superior al resto de las leyes orgánicas. Debido a esta nueva naturaleza la legislación presidencial debe estar limitada al desarrollo de los principios contenidos en la Ley Habilitante.

31 El texto de la Constitución sometida a referéndum fue primero publicada en la Gaceta Oficial Número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, y posteriormente una versión corregida con Exposición de Motivos fue publicada en la Gaceta Oficial 5.453 del 24 de marzo del 2000.

32 Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2001, expediente N° 01-2041.

2. La abdicación parlamentaria en tiempos del denominado “Chavismo”

La abdicación parlamentaria bajo el gobierno de Hugo Chávez, a través del uso distorsionado de la habilitación se constata con el estudio de las leyes habilitantes otorgadas bajo su mandato y los decretos leyes desbocadamente dictados en base a éstas³³.

No analizamos en esta oportunidad el contenido de toda esta legislación, que carente de toda técnica, se acompaña además de graves vicios de fondo en cuanto a la violación de derechos fundamentales y de las reglas del procedimiento estinadas a protegerlos³⁴.

En la primera habilitación del año 99 (Chávez) tuvo un total 28 subdivisiones, las cuales a su vez se subdividían dando la posibilidad de que el Presidente con base a esta habilitación dictara 53 Decretos Leyes, en un plazo de 6 meses. Luego, bajo la Constitución del 99 se produjo la segunda habilitación al Presidente Chávez para dictar leyes delegadas, y aun cuando existía un nuevo sistema constitucional que había modificado la institución, al convertir a la ley habilitante en una ley de bases, la Ley Habilitante del año 2000 fue prácticamente idéntica a la del 99, pero con la diferencia de que el plazo de vigencia fue de 1 año.

Además, se ampliaron las materias delegadas, tanto en lo cualitativo, dado que se habría eliminado el límite de la Constitución del 61 que la permitía tan sólo para el ámbito económico y financiero, como en lo cuantitativo. La Ley incluyó las

33 Los detalles de las habilitaciones y los decretos leyes dictados se pueden conseguir en el libro de Grau, María Amparo. Ob cit.

34 Así por ejemplo se nota la consagración de un poder cautelar a favor de a Administración ilimitado y desnaturalizado por carecer de carácter instrumental; potestad sancionatoria sin procedimiento, ni defensa, entre otros.

regulaciones de los sectores seguro, cajas de ahorro, banca pública, sector pesquero, turismo en general e hidrocarburos líquidos, gaseoso y bitúmenes, aviación civil, legislación marítima, sistema ferroviario, transporte automotor público y privado, seguridad ciudadana y servicios policiales, los órganos de investigación penal, regular la profesión de bombero, sistema de identificación personal, sistema nacional de defensa civil, procesos de registro y notarías, investigación científica y tecnológica, actividad informática, regular la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado y el Consejo Federal de Gobierno, el régimen jurídico de la planificación, la estadística para lograr información primaria suficiente y el uso de tal información. Bajo esta habilitación del año 2000, el Presidente emitió 49 decretos leyes.

Finalmente, la Ley habilitante del 1 de febrero del año 2007³⁵ delegó esta vez por un plazo de 18 meses, pero con un contenido que carecía de todo detalle en cuanto a la legislación presidencial que se estaba permitiendo. Así se le autorizó a legislar en los ámbitos de transformación de las instituciones del Estado; participación popular; valores esenciales del ejercicio de la función pública; económico y social; financiero y tributario; seguridad ciudadana y jurídica; ciencia y la tecnología; ordenación territorial; seguridad y defensa; infraestructura, transporte y servicios; energético.

Si bien se acudió nuevamente a la técnica de los ámbitos, la determinación de cada uno de ellos carecía gravemente de toda especificidad. La absoluta generalidad de la delegación consiste en que a diferencia de todas las delegaciones anteriores las materias simplemente se enuncian.

Cabe destacar que otra irregularidad al proceso de usurpación de la función legislativa por parte del Presidente mediante el uso distorsionado de la habilitación fue la violación del

35 Publicada en Gaceta Oficial No 38.617 del 1 de febrero de 2007.

límite temporal. Así, al vencimiento del plazo de esta habilitación (31 de julio de 2008), el día anterior al vencimiento de ese plazo, se anunciaron mediante Gaceta Oficial Ordinaria 26 Decretos Leyes, los cuales serían supuestamente publicados en Gacetas Extraordinarias que se anunciaron de la misma fecha. Lo cierto es que los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley anunciados fueron los siguientes: 1) Para ser publicados en la GO N° 5.892: (i) el Decreto N° 6.286, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; (ii) Decreto N° 6.267, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI); (iii) Decreto N° 6.287, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras; 2) Para ser publicados en la GO N° 5.891 Extraordinario: (i) Decreto N° 6.220, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación; (ii) Decreto N° 6.233, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público; (iii) Decreto N° 6.239, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana; (iv) Decreto N° 6.240, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Beneficios y Facilidades de Pago para las Deudas Agrícolas y Rubros Estratégicos para la Seguridad y Soberanía Alimentaria; (v) Decreto N° 6.241, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Agrícola de Venezuela; (vi) Decreto N° 6.243, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social; (vii) Decreto N° 6.265, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos; (viii) Decreto N° 6.266, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley del Instituto del Seguro Social; 3) Para ser publicados en la Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario: (i) Decreto N° 6.126, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos; (ii) Decreto N° 6.128, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Creación del Fondo Social, para la Captación y Disposición de los Recursos Excedentarios de los Entes de la Administración Pública

Nacional; (iii) Decreto N° 6.129, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Salud Agrícola Integral; (iv) Decreto N° 6.130, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular; (v) Decreto N° 6.214, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (Bandes); (vi) Decreto N° 6.215, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Demás Unidades de Producción Social; (vii) Decreto N° 6.216, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Fondo de Crédito Industrial (FONCREI); (viii) Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública; (ix) Decreto N° 6.218, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reestructuración del Instituto Nacional de la Vivienda; (x) Decreto N° 6.219, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Crédito para el Sector Agrario; 4) Para ser publicados en la Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinario: (i) Decreto N° 5.999, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Turismo; (ii) Decreto N° 6.069, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Transporte Ferroviario Nacional; (iii) Decreto N° 6.071, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria; (iv) Decreto N° 6.072, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat; (v) Decreto N° 6.092, con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

De esta legislación presidencial, dos circunstancias confirman la consideración de la Ley Habilitante de 2007 como una delegación de plenos poderes (competencias plenas) y que no se respondió a un criterio programático³⁶ en el ejercicio de la habilitación.

36 Es decir, que no se trata de ejecutar lo que habría de haber sido programado por la Asamblea al emitir la habilitación, sino de reacciones presidenciales frente a situaciones sobrevenidas.

VI. OTRAS DESVIACIONES DE LA LEGISLACIÓN PRESIDENCIAL DELEGADA

A la ausencia de limitación material de acuerdo a las reglas constitucionales y excesos respecto de la delegación conferida, se suman otras desviaciones que ponen de manifiesto el carácter irreflexivo y en algunos casos antijurídico de la legislación presidencial en Venezuela, la grave afectación de la legalidad como parámetro de actuación de la Administración y a la seguridad jurídica de los Administrados.

1. La exclusión de la participación ciudadana

La participación ciudadana en la elaboración de las leyes es un postulado constitucional, que, si bien no se halla referido, como ocurre en España³⁷ específicamente a la actividad normativa de la Administración, sí constituye principio fundamental de la nueva filosofía constitucional.

La participación se encuentra prevista en el preámbulo de la Constitución³⁸ y se desarrolla en muchas de las normas constitucionales. La participación del pueblo en los asuntos públicos se prevé como principio en el artículo 62³⁹, que la contempla tanto en la formación, como en la ejecución y control

37 En la Constitución española en efecto se contempla una norma específica para prever la participación ciudadana en la actividad normativa de la Administración. El artículo 105, letra a) dispone que la "ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten."

38 Allí se expresa: "*con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica...*".

39 **Artículo 62.** "*La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.*" Además el artículo 70 dispone que la participación se verifica a través de los siguientes medios: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto, la asam-

de la gestión pública. En este orden de ideas la LOAP establece la participación ciudadana en el procedimiento de formación de las normas a cargo de la Administración⁴⁰.

Aunque nada dice esta norma sobre los decretos leyes, sí excluye la consulta previa para los casos de emergencia. Por ello, el supuesto de los estados de excepción puede considerarse exceptuada la regla de la participación, desde que la situación de excepcionalidad y emergencia que los justifican excluiría lógicamente el trámite de la participación previa.

Esta razón no se encuentra sin embargo en la materia de decretos leyes en situación de normalidad, por la habilitación legislativa, caso en el cual no existiría justificación para excluirla. Más aún si se tiene en consideración, que la Asamblea Nacional está obligada, con base al artículo 211 de la Constitución a consultar la opinión de los ciudadanos y sociedad organizada durante el procedimiento de aprobación de las leyes. Cuando el Presidente legisla por delegación, es natural que el trámite esté sujeto al mismo condicionamiento de la participación ciudadana en esta actividad, que de producirla el órgano delegante, se aplicaría.

En la práctica la legislación presidencial por ley habilitante no ha aplicado estas normas que prevén la participación ciudadana. Además, el Tribunal Supremo de Justicia⁴¹ ha justificado la ausencia de participación incluso en normativa presidencial sublegal, afirmando que para ello es suficiente que el Ejecutivo señale en la motivación del acto circunstancias de hecho que hagan exigible *“la urgente instrumentación de medidas destinadas a paliar o corregir dicha situación en aras del interés*

blea de ciudadanos y ciudadanas, cuya efectivo funcionamiento debe ser garantizado por la ley.

40 Artículos 86, 136 y 137 de la Ley.

41 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No 1613 de fecha 17 de agosto de dos mil cuatro (Expedientes nros. 03-0508 y 03-0527).

general.” criterio que deja abierta la posibilidad discrecional de eludirla.

En la citada decisión el Alto Tribunal expresa:

*“Ahora bien, el Título VI de la Ley Orgánica de la Administración Pública desarrolla los mecanismos institucionales de participación de los ciudadanos en la gestión de los diversos órganos y entes que conforman la Administración Pública, mediante la consulta sobre la aplicación de políticas y la promulgación de normas. A tal fin, el artículo 136 de la mencionada ley orgánica prevé que ‘Cuando los órganos o entes públicos propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir en anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales...’. Por su parte, el artículo 137 eiusdem, dispone lo siguiente: **Artículo 137.** ‘El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.*

En casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa...” (Subrayado de este fallo).

Ahora bien, la norma antes transcrita establece claramente una excepción con respecto a la consulta obligatoria del proyecto de instrumento normativo que se pretende incorporar al ordenamiento jurídico, en los casos de emergencia manifiesta o por razones de seguridad o protección social.

En el presente caso, la Sala observa que en la motivación del Decreto n° 2.278, dictado por el Presidente de la República el 21 de enero de 2003, mediante el cual el Jefe del Estado facultó al Ministro de Finanzas para convenir con al Banco Central de Venezuela la aplicación de medidas de carácter temporal que establezcan limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos del país hacia el exterior, se fundamentó en las consideraciones que se transcriben a continuación: “Que la República enfrenta acciones que han mermado los ingresos provenientes de la industria de hidrocarburos, lo cual ha afectado la estabilidad de la reservas internacionales;

Que el mercado cambiario se ha visto afectado por movimientos inconvenientes de carácter especulativo, afectando en forma negativa la estabilidad del valor externo e interno de nuestra moneda;

Que en las últimas semanas la demanda de divisas sobrepasa en forma excesiva las necesidades reales de la economía nacional; Que la estabilidad económica del país constituye requisito fundamental para el logro de los objetivos del Estado, entre ellos garantizar el desarrollo de los derechos del colectivo y la satisfacción de sus necesidades, todo lo cual se sobrepone a los intereses de cualquier grupo o particular”.

De acuerdo con la motivación del acto administrativo antes referido, las circunstancias de hecho expuestas exigían la urgente instrumentación de medidas destinadas a paliar o corregir dicha situación en aras del interés general. En virtud de lo anterior y vistas las circunstancias fácticas bajo las cuales se dictaron los actos administrativos impugnados, esta Sala juzga que el Convenio Cambiario n° 1, así como los decretos números 2.302 y 2.03, dictados por el Presidente de la República y las providencias administrativas números 001, 002 y 003 dictados por la Comisión

de Administración de Divisas (CADIVI), no requerían de la consulta prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en virtud de la excepción contemplada en el último acápite del artículo 137 eiusdem y, en consecuencia, su promulgación no infringió el derecho a la participación en los asuntos públicos previsto en el artículo 62 de la Constitución. Así se decide.”

La referida sentencia contiene dos votos salvados y en uno de ellos (Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz) se cuestiona el que aún en el caso de que aplicase la excepción mencionada, la norma prevé para este supuesto una consulta posterior que tampoco se realizó. En tal sentido el voto disidente expresa:

“No obstante, quien disiente considera que la sentencia eludió señalar que, de conformidad con esa misma norma –artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública– en los casos cuando la “emergencia manifiesta” impida la realización de la consulta previa de determinado cuerpo normativo, “las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta podrá ratificarla, modificarla o eliminarla”.

Esta justificación no aplica al caso de los decretos leyes que se dicten por virtud de la habilitación parlamentaria, porque si bien se trata de una legislación de excepción, no atiende a situaciones de emergencia. Adicionalmente, considerando la generalidad de las habilitaciones producidas en los últimos tiempos y la profusa normativa que por esta vía se ha producido, la ausencia de consulta ha desaplicado este mecanismo de participación que obliga no sólo a la Administración, sino al órgano parlamentario, quien de haberla emitido habría debido realizar las consultas que impone el Texto Fundamental. Así, la consulta a los Estados y sus ciudadanos, en las materias rela-

tivas a los mismos⁴² y de los ciudadanos y sociedad organizada en general⁴³.

2. La distorsión de la reimpresión por error material

La reimpresión por error material se concibe como el mecanismo de corrección del defecto obvio, lo indiscutible, lo detectable con la sola vista, además siempre está referido a hechos, y no a interpretaciones ni a cuestiones de derecho. Los errores materiales, de hecho o aritméticos “... han sido caracterizados como aquellos que versan sobre un hecho, cosa o suceso, esto es, una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación ... estando excluido de su ámbito todo aquello que se refiera a cuestiones de derecho, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración legal de las pruebas, interpretación de disposiciones legales y calificaciones jurídicas que puedan establecerse”.⁴⁴ “El error de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible; es decir se evidencia por sí solo, sin necesidad de mayores razonamientos y se manifiesta “prima facie” por su sola contemplación”⁴⁵.

Por otra parte, porque son defectos obvios y su corrección no debe por ende alterar la esencia del acto, de allí que, aunque no existe un plazo, normalmente es inmediata, más tratándose de actos normativos cuyos efectos aplican a una generalidad de sujetos.

42 El artículo 206 prevé: “Los Estados serán consultados por la Asamblea Nacional, a través del Consejo Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos. La Ley establecerá los mecanismos de consulta a la sociedad civil y demás instituciones de los Estados, por parte del Consejo en dichas materias.”

43 El artículo 211 dispone: “La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. (...)”

44 González Pérez, Jesús. Los Recursos Administrativos y Económico-Administrativos. Civitas, Madrid, 1975, pág. 102.

45 Santamaría Pastor, Juan Alfonso y Parejo Alfonso, Luciano. Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Edit. Centro de Estudios Administrativos. Madrid, 1992, pág. 389.

La reimpresión por error material es, por ende, un mecanismo para corregir la *“evidente discrepancia entre el original y la impresión de una ley”*, se modifica únicamente el error en que se incurrió, y en este caso, *“la Ley se tendrá por promulgada desde su primera publicación, pero no podrá darse efecto retroactivo a la corrección”*⁴⁶. Distinto es el caso de la reforma⁴⁷, mediante la cual se realizan modificaciones a un texto legal y supone un nuevo acto de legislación el cual queda sustituido por el texto reformado, e implica el ejercicio de la función normativa, teniendo como presupuesto la competencia para dictar la ley a ser reformada.

Las desviaciones en el uso de esta técnica de la corrección de errores materiales en la legislación presidencial se observan cuando con ella se hacen correcciones de fondo y no mera forma, además cuando se violenta la inmediatez mencionada. A tales efectos sirven de ejemplo la reimpresión que por error material se hizo del Decreto Ley de Seguros y Reaseguros para modificar la obligación de las empresas de seguro de destinar un 5% de la cartera para ofrecer contratos a personas naturales con ingresos de hasta dos salarios mínimos, y sustituirlo por el 1% del total de las primas cobradas al cierre del ejercicio anula anterior. Una modificación sustancial so pretexto de la reimpresión por error material.

En el artículo 259 del Decreto Ley originalmente publicado se lee: *“Las empresas de seguros destinarán el cinco (5%) de su cartera para ofrecer contratos de seguros a las personas naturales que tengan ingresos hasta dos (2) salarios mínimos, destinados a proteger riesgos tales como gastos odontológicos, servicios funerarios y accidentes personales. Las primas anuales de estos contratos no serán*

46 Artículo 4 de la Ley de Publicaciones Oficiales

47 El artículo 5 de la Ley de Publicaciones Oficiales dispone que *“La Ley que sufra una reforma parcial deberá publicarse íntegramente con las modificaciones que hubiere sufrido, las cuales se insertarán en su texto suprimiendo los artículos reformados de manera de conservar su unidad. Esta publicación deberá estar precedida por la de la ley que hace la reforma.”*

superiores al cincuenta por ciento (50%) de un salario mínimo...". Por su parte el mismo artículo 259 del texto reimpreso por error material establece: "Las empresas de seguros destinarán un porcentaje de su cartera para ofrecer contratos de seguros a las personas naturales que tengan ingresos hasta dos (2) salarios mínimos, destinados a proteger riesgos tales como, gastos odontológicos, servicios funerarios y accidentes personales. Dicho porcentaje será de uno por ciento (1%) del total de las primas cobradas al cierre del ejercicio anual anterior, hasta alcanzar el dos por ciento (2%) en un plazo de dos (2) años..."⁴⁸.

3. La distorsión de la reforma

A esto debe sumarse la facilidad con que se acudió a la reforma para corregir la legislación presidencial. La reforma también es índice revelador de la falta de reflexión en la legislación presidencial. Muestra de ello es que el Presidente haya utilizado la delegación del 2007 para dictar un Decreto Ley de reforma a la Ley del IVA el 13 de febrero de 2007 y el 26 del mismo mes haya tenido que usarla de nuevo para reformar el Decreto Ley dictado 13 días antes.

VII. CONCLUSIÓN

El comportamiento del Poder Ejecutivo antes indicado, con complicidad, primero del mismo órgano de legislación, y

⁴⁸ Ley de Seguros y Reaseguros, Decreto Ley N° 1545 Gaceta Extraoficial N° 5.553 publicado en la Gaceta Oficial de fecha 12 de noviembre de 2001. Se reimprime por error material del ente emisor en la Gaceta Oficial N° 5.561 del 28 de noviembre de 2001. Lo mismo ocurrió, por ejemplo, con el Decreto N° 3.416 publicado en la Gaceta Oficial de fecha 18 de enero de 2005 (este decreto se reimprimió en dos oportunidades, el 20 de enero de 2005 y el 21 de enero de 2005). Ley Orgánica de la Administración Central publicada en la Gaceta Oficial de fecha 20 de diciembre de 1995, pero esta Ley fue reformada por el Presidente mediante decreto Ley en fecha 14 de octubre de 1999, la segunda el 14 de diciembre de 1999, y esta reforma se reimprimió con algunas modificaciones aduciendo error material, en fecha 14 de diciembre de 1999.

siempre con la anuencia de una Sala Constitucional totalmente deslegitimada, constituyó una violación continuada contra el principio de separación de poderes y el principio de legalidad.

El abuso de la potestad normativa presidencial extraordinaria de carácter legislativo, tanto en situaciones de normalidad, por razones de urgencia, o interés público y conveniencia nacional (leyes delegadas), como en situaciones de emergencia (Estados de excepción), ha llevado al país a una legislación ilimitada, hipernormativa, irreflexiva y, en muchas ocasiones, antijurídica, produciéndose una degradación de la norma y una situación de anomia, en el sentido de ausencia de marco normativo estable.

Tal situación ha implicado la inexistencia de la legalidad real como presupuesto de actuación de la Administración, unida a la ausencia de control judicial de la arbitrariedad, todo lo cual ha producido un retroceso gravísimo en el desarrollo que había logrado el Derecho Administrativo venezolano. La reconstrucción del Estado de Derecho tiene la tarea por delante del rescate de estas instituciones fundamentales con la rigurosidad requerida para que se produzca, de nuevo, una consolidación de principios, que haga propicio entonces repensar la posibilidad de introducir estos cambios que califican como avances del derecho administrativo comparado, a cuyo nivel estuvimos antes de padecer las ejecutorias de este fenómeno político de destrucción del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

1. Araujo Juárez, José, *Tratado de Derecho Administrativo Formal*, tercera edición corregida y aumentada, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1998.

2. Brewer Carías, Allan R. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, diciembre 2005.
3. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
4. García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. *"Curso de Derecho Administrativo"*. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid. 1998.
5. González Pérez, Jesús. *Los Recursos Administrativos y Económico-Administrativos*. Civitas, Madrid, 1975, pág. 102.
6. Grau, María Amparo. *Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela*. Editorial Texto, Caracas, 2009.
7. Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Abelardo-Perrot, Buenos Aires.
8. Moles Caubet, Antonio. *Dogmática de los Decretos Leyes*. Lección inaugural, Curos, 1974.
9. Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte General, Decimocuarta Edición, Marcial Pons, España, 2003.
10. Parada, Ramón. *"Derecho Administrativo"*. Tomo I. Editorial Macial Pons. Octava Edición. Madrid. 1996.
11. Parejo Alfonso, Luciano. "Libertad y acierto en la actuación estatal de hoy; revalorización de la organización y el procedimiento administrativo." Conferencia dictada en las IX Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo y Público en General, en Homenaje al Dr Allan Brewer carías sobre "La Administración Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho. Santo Domingo. República Dominicana, 9 de noviembre de 2018, Versión digital.

12. Peña Solís, José en *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Segundo. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002.
13. Pérez Luciani, Gonzalo. "La Actividad Normativa de la Administración", en *Revista de Derecho Público* No 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980.
14. Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*, Traducción de la 9a Edición, Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.
15. Santamaría Pastor, Juan Alfonso y Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Edit. Centro de Estudios Administrativos. Madrid, 1992.

ACTUALIZACIÓN DE LOS ESTUDIOS SOBRE LOS ACTOS CUASIJURISDICCIONALES Y LA REPOSICIÓN ADMINISTRATIVA

Rosibel Grisanti de Montero¹

Resumen: Al cumplir este 2019 mi libro Inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales. La reposición administrativa² veinticinco años de su publicación, fruto de las investigaciones realizadas en el posgrado de Derecho Administrativo cursado en la Universidad Católica Andrés Bello, considero oportuna la actualización de los estudios allí contenidos, en atención a los cambios que ha habido en nuestro ordenamiento jurídico, tanto de orden constitucional, como legal, y para revisar las posiciones de la jurisprudencia y doctrina patrias sobre tales temas.

Palabras Clave: Constitución. Actos cuasijurisdiccionales. Reposición administrativa.

Summary: At the beginning of this 2019 my book The Non-existence of quasi-jurisdictional acts. The administrative replenishment would turn twenty-five years since its publication. It was fruit of the research conducted in the postgraduate course in Administrative Law at the Andrés Bello Catholic University, I consider it timely to update the studies contained therein, in response to the changes that have taken place in our law system, both in the constitutional order, as well as legal, and to review the positions of the national jurisprudence and doctrine on such subjects.

1 Abogada *Summa Cum Laude* egresada de la Universidad de Carabobo (1988); Especialista en Derecho Administrativo (1993) y Derecho Procesal por la Universidad Católica Andrés Bello (2010); Profesora de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Carabobo (desde 1994); Profesora en la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello; asesora jurídica del Municipio Valencia, en materia de recursos humanos.

2 Rosibel Grisanti, Vadell Hermanos, Editores, Colección Movimiento Humberto Cuenca No. 12, Caracas, 1994.

Key words: *Constitution. Quasi-jurisdictional acts. Administrative reinstatement.*

Recibido: 22 de febrero de 2019 **Aceptado:** 17 de abril de 2019

SUMARIO

- I. Consideraciones previas
- II. La Constitución de 1999
- III. Cambios legislativos en el ámbito de responsabilidad de los jueces
- IV. Posición de la jurisprudencia y la doctrina ante los llamados actos cuasijurisdiccionales
- V. Posición de la jurisprudencia respecto a la reposición administrativa ordenada por el juez

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Sin vuelta de hoja, hemos estimado que el mejor lugar para la publicación del referido trabajo de actualización, es el número 14 de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV), dedicado al rol de la mujer en la enseñanza del Derecho Administrativo, porque los estudios sobre la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales y la reposición administrativa fueron los que me dieron a conocer en el ámbito de esta disciplina jurídica, en la cual me he desempeñado como abogada litigante y asesora municipal, como profesora universitaria en pre y posgrado, como juez accidental en el contencioso administrativo, y *last but not least* en la redacción de estudios jurídicos en esa materia.

Justo es reconocer que el estudio sobre los actos cuasijurisdiccionales surgió a raíz de una magistral clase que le escuché a mi Maestro José Araujo-Juárez, cuando comenzaba el posgrado en Derecho Administrativo, quien de una manera diáfana y contundente desmontaba, ante mis ojos atónitos, el supuesto ejercicio de la función judicial por órganos administrativos a través de los denominados actos cuasijurisdiccionales. Una de esas clases que dejaron una huella indeleble en mi mente, y fue el momento cuando comencé a admirar la sapiencia de mi querido Maestro. Más adelante, en la asignatura sobre los

actos administrativos que impartía el Profesor José Guillermo Andueza, otro Maestro del Derecho Administrativo, teníamos que presentar un trabajo sobre algún tipo de acto administrativo de nuestra elección, y no dudé en seleccionar el tema de los actos cuasijurisdiccionales, sobre el cual quería indagar en torno a sus fundamentos teóricos y jurisprudenciales, luego de lo impactada que había quedado en aquella célebre clase del Profesor Araujo. Finalmente la Editorial Vadell, a través del recordado Dr. Manuel Vadell (QEPD), me pidió un estudio para publicar en la Colección Movimiento Humberto Cuenca, y por supuesto les remití el referido trabajo presentado al Prof. Andueza, porque era uno de los que más me satisfizo como estudiante, aunado a otro estudio que realicé sobre la reposición administrativa, en la segunda asignatura que cursé con el Prof. Araujo relativa al procedimiento administrativo, porque había sido un trabajo de profundas disquisiciones jurídicas y amplia investigación.

II. LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La nueva Constitución venezolana fue sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente el 16 de noviembre de 1999, y aprobada mediante referéndum el día 15 de diciembre de 1999; su proclamación fue realizada el 20 de diciembre de 1999 y fue publicada en Gaceta Oficial No. 36.860 de 30 de diciembre de 1999, fecha esta de su entrada en vigencia. Luego, apareció publicada con su Exposición de Motivos en la Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000. Entre los cambios fundamentales que contiene la Constitución, atinentes a los temas tratados en el libro objeto de actualización, cabe resaltar:

1. Estado democrático y social de Derecho y de Justicia

Expresamente, la vigente Constitución preceptúa, en el artículo 2, que Venezuela se constituye en un Estado demo-

crático 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.

2. Distribución del Poder Público

Según lo establecido en el artículo 136, 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. Por consiguiente, a la tradicional división tripartita del Poder Público, se agregaron las últimas dos ramas citadas, que se encargan, respectivamente, de ejercer la función moral o ciudadana, a través del Consejo Moral Republicano, integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General y el Contralor General de la República (ver art. 273), y la función electoral, que corresponde al Consejo Nacional Electoral, como órgano rector (ver art. 292).

3 Poder Judicial

Normas novedosas prevé la nueva Constitución sobre este tema, y al respecto hay que destacar:

A. Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia

La vigente Constitución consagra la potestad de administrar justicia en una disposición más amplia que la Constitución de 1961, en la que distingue el Poder Judicial y el sistema de justicia (art. 253). En la cúspide del Poder Judicial se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia –que sustituye, en consecuencia, a la Corte Suprema de Justicia–. A su vez, la Constitución de 1999 eliminó el Consejo de la Judicatura, y atribuyó al Tribunal Supremo de Justicia *la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, y la inspección y vigilancia de*

los Tribunales de la República, según lo dispuesto en el artículo 267. Este mismo artículo prevé, en su primer aparte, que ***“la jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley”***. Y de seguidas dispone que el régimen disciplinario de los magistrados y jueces estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano, que dictará la Asamblea Nacional, y que el procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley. Finalmente, el artículo *in commento* estatuye que, para el ejercicio de esas atribuciones, el Tribunal Supremo de Justicia en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales (apartes tercero y cuarto). Por consiguiente, **el Tribunal Supremo de Justicia tiene una doble función: administrar justicia, como máxima autoridad, y ejercer el gobierno y administración del Poder Judicial**. La primera como una manifestación de la función jurisdiccional, y la segunda considerada como una función administrativa; mas según los términos de la Constitución, han surgido tesis divergentes al respecto, que serán analizadas más adelante.

B. La jurisdicción contencioso administrativa

La vigente Constitución contiene una norma similar a la que establecía la Constitución de 1961 (art. 206), con la importante inclusión de lo relativo a los reclamos por la prestación de servicios públicos (vide art. 259).

C. La jurisdicción disciplinaria judicial

La Constitución venezolana vigente ha previsto la denominada “jurisdicción disciplinaria judicial”, la cual estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley, según lo preceptuado en el artículo 267, como antes se indicó. Esta disposición dio origen a una polémica en cuanto al sentido y alcance de la preindicada jurisdicción, y al respecto se configuraron dos posiciones: Una que estimó que la potestad disciplinaria

de los jueces se había *judicializado*, ya que ahora sería atribución de los tribunales, y no de órganos administrativos; y otra que consideró que se trataba de una *función administrativa* que debía ser ejercida por órganos administrativos, aunque se les diera el nombre de tribunales. En tal sentido, se observa que la primera posición implicaría que el ejercicio de una función de naturaleza administrativa –como lo es la potestad disciplinaria de los jueces– por órganos de naturaleza judicial –los tribunales disciplinarios– llevaría entonces a la existencia de *actos judiciales de contenido administrativo*, lo cual podría configurar la especie que hemos denominado “*actos cuasadministrativos*”, dentro de los actos emitidos por los tribunales. Así como hemos refutado la existencia de los denominados “actos cuasijurisdiccionales”, esto es, los actos de naturaleza jurisdiccional dictados por órganos administrativos, figura que ha sido de recibo por un sector de nuestra doctrina y jurisprudencia patrias; rechazamos la posibilidad de que se configure lo que hemos denominado “*actos cuasadministrativos*”, en atención al sentido y alcance que debe darse a las funciones del Estado y a los órganos a los que incumbe su ejercicio. Compartimos la segunda posición antes referida, como explicamos más adelante.

a. La judicialización de la potestad disciplinaria de los jueces

Sobre este punto resulta esclarecedor lo expuesto por el Prof. Gustavo Urdaneta Troconis³, quien –al referirse a las disposiciones previstas en el citado art. 267 constitucional–, considera que las mismas introducen una notable innovación en el sistema institucional venezolano, y señala:

Hasta ahora, la potestad disciplinaria respecto de los jueces estaba atribuida a un órgano administrativo: el Consejo

3 Vid. “El Poder Judicial en la Constitución de 1999”, en *Estudios de Derecho Administrativo* (Libro Homenaje, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años Especialización en Derecho Administrativo), vol. II, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 2, Caracas, 2001, pp. 521 a 564.

de la Judicatura, al cual estaba confiada la administración del Poder Judicial y, expresamente, de acuerdo con el texto constitucional de 1961, “la disciplina y el decoro de los Tribunales”.

En la Constitución de 1999, como ya se ha señalado, el gobierno y la administración del Poder Judicial han sido confiados al Tribunal Supremo de Justicia, eliminándose al mismo tiempo ese órgano administrativo dotado de autonomía funcional que era el Consejo de la Judicatura. Con ello cabría pensar que todas estas funciones de naturaleza indudablemente administrativa han sido judicializadas, pues ahora pasan a ser ejercidas por un tribunal. No obstante, la propia disposición constitucional se encarga de prever lo siguiente: “Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo de Justicia en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura...”

De allí considera el Prof. Urdaneta Troconis que en lo relativo al **gobierno y la administración del Poder Judicial** se está frente a **funciones administrativas** ejercidas por un **órgano administrativo** nuevo: la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, que no está dotado de autonomía funcional, sino que es dependiente del Tribunal Supremo de Justicia. Esto es, no ha habido una judicialización de las funciones inherentes al gobierno y administración del Poder Judicial. Mas, en lo atinente a la potestad disciplinaria de los jueces estima este autor que estará a cargo de verdaderos tribunales, de lo que se infiere que esta potestad sí ha sido judicializada. Al respecto, señala el Prof. Urdaneta:

En cambio, la potestad disciplinaria sobre los jueces –que anteriormente se encontraba comprendida conjuntamente con las restantes funciones administrativas inherentes al gobierno y administración del Poder Judicial, confiadas, como se ha señalado al Consejo de la Judicatura, ha sido segregada de este conjunto, para no confiarla al Tribu-

nal Supremo de Justicia, ni a él directamente ni en forma indirecta, por intermedio de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Ahora serán verdaderos tribunales los que tendrán a su cargo la disciplina judicial. Será la ley la que determinará las características propias de los tribunales que han de conformar esta nueva jurisdicción. El propio texto constitucional no aporta ninguna otra orientación al respecto, salvo por lo que se refiere a la designación de los titulares de dichos tribunales, asunto sobre el cual dispone que serán unos **colegios electorales judiciales** – asesorados en esta tarea por el mismo Comité de Postulaciones Judiciales que actúa en la selección de candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia– quienes se encargarán de la “elección” de los jueces de la jurisdicción disciplinaria⁴, dando a entender que la selección de estos jueces se hará de una manera diferenciada a aquella destinada a los demás jueces, a la que se alude en el artículo 255 de la misma Carta Magna.

Concluye el Prof. Urdaneta señalando que se trata de la atribución a verdaderos tribunales no de una función jurisdiccional, sino de una función típicamente administrativa. Sobre la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria, el citado autor cita la doctrina española y nacional, así como la posición de la jurisprudencia patria, poniendo de relieve que en definitiva la tendencia mayoritaria apunta hacia la caracterización de la potestad disciplinaria como una de naturaleza administrativa. Y señala que esa es quizá la razón por la cual tradicionalmente en Venezuela, salvo períodos muy breves, la disciplina de los jueces ha estado confiada a órganos administrativos: el Consejo Judicial, previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1956, y luego el Consejo de la Judicatura, previsto en la Constitución de 1961 y creado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1969. En esos breves períodos –acota el citado autor– eran los propios jueces –por principio, los corres-

4 Artículo 270.

pondientes superiores– quienes tenían atribuida esta potestad⁵.

b. La creación de tribunales disciplinarios de naturaleza administrativa

Por otra parte, surgió una posición contraria a la antes indicada, para la cual no era posible hablar de la judicialización de la potestad disciplinaria de los jueces, y que en todo caso la figura de los tribunales disciplinarios –que conformarían la llamada jurisdicción disciplinaria judicial– serían órganos de naturaleza administrativa, en el ejercicio de funciones administrativas. Por nuestra parte, compartimos la posición sobre la naturaleza administrativa de la denominada “jurisdicción disciplinaria de los jueces”, ya que la interpretación de las disposiciones contenidas en el citado art. 267 no podía detenerse en su interpretación literal, ya que existían evidentes imprecisiones terminológicas, por lo que se podría incurrir aquí en la **hipertrofia nominal** a la que hace referencia el Prof. Ortiz-Ortiz, cuando trata el punto relativo a la *hipertrofia nominal*⁶. Al respecto, señala que se ha querido identificar a **varios** fenómenos procesales **con el mismo término jurídico**, lo que ha llevado a una **multiplicidad del vocablo**, cualquiera que sea, visible palpablemente en el Derecho procesal. De esta manera, el empleo de la voz “jurisdicción” para referirla a **autoridad, territorio donde se ejerce una autoridad o el área de competencia**, ha causado serios quebraderos de reflexiones⁷.

Finalmente, hay que destacar que privó en el legislador venezolano el criterio de la judicialización de la potestad disciplinaria de los jueces, al promulgar el **Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana** el 6 de agosto de 2009.

5 Vid. Urdaneta Troconis, estudio cit., pp. 543 a 549.

6 Vid. *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, Editorial Frónesis, S.A., Caracas, 2004.

7 Vid. Rafael Ortiz-Ortiz, ob. cit., p. 55.

III. CAMBIOS LEGISLATIVOS EN EL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES

En esta materia resulta fundamental conocer la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 7 de mayo de 2013⁸, en la cual se puede leer que:

Una vez aprobada la Constitución en 1999, la Asamblea Nacional Constituyente dictó el Decreto de Transición del Poder Público en fecha 27 de diciembre de 1999, publicada por error de impresión, por última vez, en Gaceta Oficial N° 36.920, el 28 de marzo de 2000. tal Decreto le atribuyó a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema de Judicial, las competencias disciplinarias, específicamente las correspondientes a la etapa de juicio, que venía cumpliendo el extinto Consejo de la Judicatura, hasta tanto se dictara el Código de Ética y en el mismo instrumento normativo se estableció que la Inspectoría General de Tribunales sería el instructor de los procedimientos disciplinarios, como lo señalaba la Ley Orgánica

8 Sentencia N° 06/2013 que decretó cautelarmente: 1) La suspensión del único aparte del artículo 1 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana; 2) Que el Inspector General de Tribunales será el competente para iniciar de oficio o por denuncia las investigaciones contra los jueces o juezas, admitir la denuncia y practicar las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos; 3) La suspensión del segundo párrafo del artículo 35 y los cardinales 2, 3, 5, 7 y 8 del artículo 37 (relativos a la competencia de la Oficina de Sustanciación para realizar la "Investigación Preliminar"), todos del Reglamento Orgánico y Funcional de la Jurisdicción Disciplinaria y Judicial, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.750 del 5 de Septiembre de 2011; así como el Manual de Normas y Procedimientos para la Oficina de Sustanciación, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.797 del 10 de noviembre de 2011; 4) La suspensión de la referencia que hace el artículo 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a los jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios y que permite la extensión a esta categoría de jueces y juezas del procedimiento disciplinario contemplado en los artículos 51 y siguientes del mencionado Código, correspondiéndole a la Comisión Judicial la competencia para sancionarlos y excluirlos de la función jurisdiccional; y 5) La suspensión del único aparte del artículo 16 del mismo Código.

del Consejo de la Judicatura. También allí se reguló un procedimiento que atendería la transición en la materia disciplinaria judicial, el cual era breve y escrito, donde igualmente se mantenían separadas las atribuciones de investigación o instrucción, de la de juzgamiento.

Dicho procedimiento se mantuvo de manera escrita hasta mediados de 2005, cuando la Sala Constitucional dictó la decisión N° 1793 del 19 de julio de 2005, en la que ordenó que se realizara el procedimiento oralmente, para adaptarse a los nuevos postulados previstos en el artículo 257 constitucional. Así, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, en acatamiento de lo ordenado dictó el Reglamento de funcionamiento de dicho órgano, donde se estableció el procedimiento oral a seguir, con base al previamente establecido en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura que se encontraba vigente. En este nuevo procedimiento adoptado, la Inspectoría General de Tribunales siguió ejerciendo sus atribuciones de investigación, sustanciación y titular de la acción disciplinaria, la Comisión sus atribuciones referentes al juzgamiento; y el Ministerio Público, a través de la Fiscalía con competencia en Materia Disciplinaria Judicial, mantuvo una participación activa y determinante como garante del debido proceso y de los derechos constitucionales en los procedimientos disciplinarios, como una facultad y un deber previsto constitucionalmente⁹.

Luego de todas estas regulaciones posteriores a la Constitución de 1999, fue promulgado el 6 de agosto de 2009 el *Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana*¹⁰, en el cual se previó la jurisdicción disciplinaria judicial, a cargo de tribunales que forman parte del Poder Judicial, por lo que en definitiva se adoptó el criterio de la **judicialización de la potestad disciplinaria de los jueces**. Posteriormente este Código fue objeto

9 Sentencia de la Sala Constitucional N° 06 del 7 de mayo de 2013.

10 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.236.

de reforma parcial el 23 de agosto de 2010¹¹, y finalmente fue derogado del 28 de diciembre de 2015 por el Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana¹², actualmente en vigor.

La judicialización de la potestad disciplinaria de los jueces se encuentra claramente prevista en el artículo 3, encabezamiento, del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana vigente, en los siguientes términos:

Artículo 3. Los órganos jurisdiccionales con competencia disciplinaria forman parte del Poder Judicial, garantizarán el debido proceso, así como los principios de legalidad, oralidad, publicidad, igualdad, imparcialidad, contradicción, economía procesal, eficacia, celeridad, proporcionalidad, adecuación, concentración, inmediatez, Idoneidad, excelencia e integridad.

A su vez, los tribunales disciplinarios se encuentran previstos en el Capítulo V (De la competencia disciplinaria) del preindicado Código, el cual dispone, en su artículo 32: “Los órganos que en el ejercicio de la jurisdicción tienen la competencia disciplinaria sobre los Jueces o juezas de la República, son el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial, los cuales conocerán y aplicarán en primera y segunda instancia, respectivamente, los procedimientos disciplinarios por infracción a los principios y deberes contenidos en este Código. Los tribunales disciplinarios judiciales contarán con un Juzgado de Sustanciación, la Secretaría correspondiente y los servicios de alguacilazgo”.

11 Gaceta Oficial N° 39.493.

12 Gaceta Oficial N° 6.207 Extraordinario.

IV. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA ANTE LOS LLAMADOS ACTOS CUASIJURISDICCIONALES

1. Jurisprudencia

La Sala Constitucional ha continuado hablando de los actos cuasijurisdiccionales, en el entendido de que se trata de funciones judiciales ejercidas por la Administración. Así, en sentencia N° 438, del 4 de abril de 2001, sostuvo:

Ahora bien, existen procedimientos administrativos donde la Administración cumple una función equivalente a la del juez para resolver la controversia entre dos partes. Por ello se ha denominado a los actos que resultan de dichos procedimientos como ‘actos cuasijurisdiccionales’ (V. Hildegard Rondón de Sansó. Los actos cuasijurisdiccionales. Ediciones Centauro. Caracas, 1990). En tales actos, la Administración, en sede administrativa, no actúa como parte en el procedimiento decidiendo unilateralmente sobre derechos que le son inherentes, sino que actúa en forma similar a la del juez, dirimiendo un conflicto entre particulares y cuya decisión está sometida al posterior control en sede judicial (...) Es pues indudable que el acto administrativo que resulta de dichos procedimientos de tipo cuasi-jurisdiccional, crea derechos u obligaciones tanto para la parte recurrente como para aquélla o aquéllas que, tal como consta en el expediente administrativo, estuvieron efectivamente presentes en el procedimiento del cual resultó el acto impugnado.

Más recientemente esta Sala¹³ ha equiparado la actividad cuasi jurisdiccional con la actividad arbitral:

Los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo, se encuentran dentro de la calificación doctrinaria

13 TSJ/SC sent. No. 1.333 del 27 de octubre de 2015.

conocida como actos cuasijurisdiccionales, aquellos donde la Administración tiene una función similar a la de un juez, pues dicta una resolución con la finalidad de dirimir un conflicto entre dos partes, es decir, la Administración actúa como árbitro que tiene la obligación de determinar cuál de las partes en conflicto tiene razón en detrimento de la otra.

Por su parte, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha dejado claro que los llamados actos cuasi judiciales son netamente actos administrativos, y no constituyen una categoría intermedia, como se observa en sentencia No. 2.745 del 25 de octubre de 2001 ¹⁴:

Debe establecerse expresamente, que los actos “cuasi judiciales” son netamente administrativos, por lo cual, no constituyen una categoría intermedia entre las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial y los actos emanados de la Administración.

Los actos administrativos “cuasi judiciales” son manifestaciones de voluntad de la Administración, dictados en virtud de una potestad decisoria, que le es otorgada a la Administración por Ley (...)

Cabe citar, además, sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 27 de abril de 2005 ¹⁵ que sostiene de manera tajante que tanto el procedimiento como el acto de las Inspectorías del Trabajo en materia de inamovilidad laboral no es “jurisdiccional”, ni mucho menos “cuasi-jurisdiccional”, sino un clarísimo procedimiento administrativo y un verdadero acto administrativo, y al respecto indicó:

...ha existido un difundido error en considerar que los “actos” de las Inspectorías del Trabajo tienen una natu-

14 Con ponencia del Magistrado Juan Carlos Apitz Barbera.

15 Con ponencia del Magistrado Rafael Ortiz Ortiz.

raleza “cuasi-jurisdiccional”, la errónea percepción que “solucionan un conflicto de la misma manera en que lo hacen los órganos jurisdiccionales”.

El planteamiento parte de una falsa premisa en torno a lo que debe entenderse por “jurisdicción” y una equivocada visualización de la “naturaleza” del acto dictado por el Inspector del Trabajo. Un acto “jurisdiccional” no lo es por el hecho de que “solucione conflictos”, sino por la tutela de intereses jurídicos que ella involucra, es decir, la noción de jurisdicción ni se identifica ni se agota con el conflicto, sino que lo excede, también son jurisdiccionales todas aquellas actuaciones donde, sin la existencia del conflicto, se tutela de manera definitiva un determinado interés jurídico.

2. Doctrina

En la misma tónica de la jurisprudencia, existen criterios a favor del ejercicio de funciones judiciales por órganos administrativos y aceptan la existencia de los llamados actos cuasijurisdiccionales; otra parte de la doctrina sostiene que no existe este tipo de actos, que se trata de actos administrativos dictados en ejercicio de función administrativa, posición que consideramos la certera. En nuestro estudio sobre la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales¹⁶, se expusieron los criterios que estimamos puntuales a favor y en contra de la existencia de tales actos. Sobre esta diatriba jurídica resulta contundente el criterio sostenido por el Prof. José Araujo-Juárez, tanto en clases como en su prolífica obra jurídica, y en tal sentido queremos traer a colación la siguiente cita¹⁷ que resume con maestría su posición:

16 *Inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales. La reposición administrativa*, pp 29 a 54.

17 José Araujo Juárez, *Derecho Administrativo*, Manuales Universitarios, Ediciones Paredes, Caracas 2013, pp. 447-448.

Finalmente, la jurisprudencia (Véase Sent. No. 438 del TSJ/SC de fecha 4 de abril de 2001) y un sector de la doctrina ha pretendido introducir en el derecho positivo la tesis del denominado procedimiento administrativo cuasijurisdiccional, como colofón de otra pretendida innovación como lo es la teoría del acto administrativo cuasijurisdiccional.

De acuerdo con la jurisprudencia, se trataría de una especial categoría de actos denominados actos administrativos “cuasijurisdiciales” o “cuasijurisdiccionales”, en virtud de que la administración pública realizaría una función de “cuasijuzgamiento”, aplicando criterios de justicia, en su propia sede, con sus propios órganos, mediante sus funcionarios y en virtud de atribuciones otorgadas expresamente por la ley. Serían aquellos casos de relaciones triangulares entre dos sujetos particulares con intereses contrarios y la administración pública.

El carácter cuasijurisdiccional derivaría de lo especial del procedimiento administrativo seguido, parecido al judicial, y no tanto del contenido del acto en cuestión.

Sin embargo, la función jurisdiccional tiene rasgos intransferibles al acto administrativo llamado impropriamente jurisdiccional; además la contradicción surge cuando se afirma, por otro lado, que tales actos son netamente administrativos, por lo cual no constituirían una categoría intermedia entre las sentencias del Poder Judicial y los Actos de la Administración Pública.

Por otra parte, destaca una tercera posición, que apareció con posterioridad a las anteriores, que estima que la denominada función cuasijurisdiccional es una **función arbitral** de la administración, y en este sector algunos autores concluyen que los actos dictados en ejercicio de esa función arbitral son inconstitucionales, si está prevista con carácter obligatorio la vía administrativa. Como destaca el autor español Santa-

maría Pastor¹⁸, ha sido mérito del profesor Parada Vásquez¹⁹ llamar la atención sobre la aparición de un tipo de actividad administrativa singular, en la que las Administraciones públicas asumen una función decisoria de controversias o conflictos suscitados entre particulares acerca de la titularidad o el ejercicio de un derecho subjetivo, tanto de naturaleza pública como privada. Así mismo, Santamaría Pastor considera que las causas de esta modalidad de actuación son bien conocidas, la intervención administrativa recae sobre múltiples sectores en los que coexisten derechos e intereses privados de carácter patrimonial en estado de potencial conflicto. Dicha intervención introduce, sin embargo, nuevos factores de complicación: de una parte, la Administración asume derechos e intereses que deben ser protegidos en beneficio público; de otra, la intervención administrativa exige la adopción de decisiones ordenadoras que pueden beneficiar a unos sujetos privados frente a otros²⁰. Esta actividad mediante la cual la Administración decide en primera instancia sobre el alcance de estos derechos privados (incluidos aquéllos de los que ella misma es titular) es lo que se conoce como actividad arbitral²¹.

En la doctrina, hay quienes han equiparado la referida actividad administrativa arbitral con la denominada actividad cuasijurisdiccional. En tal sentido, el Profesor Rafael Badell Madrid²² ha sostenido que, aunque hay autores que consideran que hay diferencias entre la actividad cuasi-jurisdiccional y la arbitral de la administración, es nuestra opinión que conforme a los principios del Derecho Administrativo y del Arbitraje, la

18 Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II, segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p. 292.

19 Ramón Parada Vásquez, *Derecho Administrativo*. I Parte General, octava edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1996, p. 590.

20 Juan Alfonso Santamaría Pastor, ob. y vol. cit., p. 292.

21 Juan Alfonso Santamaría Pastor, ob. y vol. cit., p. 293.

22 Rafael Badell Madrid, *Actividad Arbitral de la Administración*, Conferencia dictada en las III Jornadas de Arbitraje de la Asociación Venezolana de Arbitraje y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 11 de noviembre de 2016, <http://www.badellgrau.com>.

actividad arbitral y la actividad cuasijurisdiccional de la administración corresponden a lo mismo. Asimismo –destaca el Prof. Badell–, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha equiparado ambos conceptos (actividad cuasi-jurisdiccional y procedimiento arbitral) al señalar que la actividad cuasi-jurisdiccional la cumple la administración cuando la ley le da competencias para ello mediante procedimientos arbitrales y actos arbitrales, lo que en nuestro ordenamiento jurídico son considerados como típicos actos cuasi-jurisdiccionales (sentencia de fecha 28 de febrero de 2008, caso nulidad del artículo 87, ordinal 4 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario).

Por su parte, el Profesor Luis Pompilio Sánchez²³ comparte el criterio de considerar la llamada actividad cuasijurisdiccional como actividad arbitral, en su trabajo sobre la inconstitucionalidad de los actos cuasijurisdiccionales. En tal sentido, el Prof. Sánchez cita el artículo 258 de la Constitución, el cual prevé: “La ley **promoverá el arbitraje**, la conciliación, la mediación y **cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos**” (negritas añadidas por el autor), y expone que:

Ciertamente, con fundamento en esta disposición constitucional podría tenerse por válida la intervención de la Administración como árbitro en la solución de conflictos entre particulares, incluso, podría afirmarse que es obligación del legislador fomentar la aplicación de estos medios distintos al proceso judicial, sin que nada le impida encomendar su gestión a órganos administrativos, pero –y he aquí lo relevante– todos estos procedimientos deben ser, por expreso mandato constitucional, “**alternativos**”, esto es: opcionales, facultativos, elegibles a voluntad de los interesados.

23 Luis Pompilio Sánchez S, “La Inconstitucionalidad de los actos cuasijurisdiccionales”, *Boletín de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello (BEDA)*, Números 1 y 2 / Enero de 2011, Caracas, p. 25.

Lo anterior valida, en el ámbito nacional, lo afirmado por García de Enterría²⁴: La adecuación de la actividad administrativa arbitral al vigente sistema constitucional venezolano pasa por su consagración como un medio alternativo a la resolución judicial de los conflictos, sin que –en algún caso– tal intervención pueda estipularse como obligatoria, necesaria o previa a la postulación judicial de la controversia.

Y concluye el Prof. Sánchez que, como consecuencia de lo anterior, es necesario afirmar, sin lugar a dudas, que la intervención administrativa en la solución de conflictos entre particulares, mal llamada actividad cuasijurisdiccional, es de naturaleza típicamente administrativa. La consagración que el texto fundamental venezolano de 1999 hace de las garantías fundamentales de libre acceso a los tribunales y de tutela judicial comporta que toda persona pueda acceder a los órganos judiciales con el objetivo de postular aquellas controversias en que tenga interés, debiendo recibir una decisión pronta y efectiva. En consecuencia, el establecimiento de procedimientos administrativos previos cuyo agotamiento sea necesario para legitimar la vía judicial es inconstitucional.

Agrega el Prof. Sánchez que la propia Constitución establece que el Estado promoverá el uso de vías alternativas al proceso judicial como medio idóneo para la resolución de conflictos. En consecuencia, la intervención administrativa en dicho ámbito debe ajustarse a este mandato constitucional, ofreciendo procedimientos eficaces, expeditos y siempre alternativos que puedan, a elección de los particulares, gestionar

24 El profesor Eduardo García de Enterría mantiene una posición mucho más contundente y cerrada respecto a la defensa del derecho fundamental al libre acceso a los tribunales y a la tutela judicial efectiva, afirmando que la única forma de compatibilizar la extensión de la autotutela administrativa al campo de los conflictos intersubjetivos es su consagración como vía electiva o voluntaria, garantizando así que la misma no sea límite u obstáculo para el libre acceso a la jurisdicción de las partes en conflicto (1998, T. I, p. 513), vide Pompilio Sánchez, estudio cit, p. 25.

el arreglo extrajudicial de aquellas controversias en las cuales esté involucrado un interés general que la Administración esté llamada a tutelar²⁵.

En lo que respecta a esta tercera posición frente a los actos cuasijurisdiccionales, que se apoya en la existencia de una actividad administrativa arbitral, consideramos que no se está realmente frente a una actividad arbitral. En efecto, tal como lo indicamos en el estudio objeto de actualización²⁶, en el **procedimiento administrativo de fisonomía triangular** (donde aparece la Administración como “juez” y parte, y los particulares en conflicto), el papel asignado al órgano administrativo no es el de un simple árbitro que de manera neutra va a resolver una controversia entre dos particulares, puesto que la misión primordial –y ése es el objetivo al crear procedimientos administrativos– es que tal órgano resguarde una serie de derechos constitucionales que persiguen el bienestar general. Por ello la Administración se hace parte de tales conflictos entre particulares, para evitar que se atente contra el interés general. Luego, el órgano administrativo no actúa como árbitro imparcial.

A su vez, el Profesor Luis Pompilio Sánchez, en su estudio antes citado²⁷, al tratar el punto atinente a la actividad cuasijurisdiccional y autotutela, se refiere al criterio que hemos sostenido en nuestro estudio objeto de actualización, y en tal sentido expone lo siguiente:

En el ámbito nacional, Rosibel Grisanti, en su obra “Inexistencia de los Actos Cuasijurisdiccionales” (1994), desmonta dicha teoría y llega a la anunciada conclusión a través de diferentes argumentos (pp. 43 ss.). Sin embargo, luego de negar el carácter jurisdiccional de estos actos administra-

25 Luis Pompilio Sánchez S, estudio cit., p. 27.

26 Rosibel Grisanti, *Inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales. La reposición administrativa*, p. 61.

27 Luis Pompilio Sánchez S., “La Inconstitucionalidad de los actos cuasijurisdiccionales”, pp. 10 y 11.

tivos, Grisanti (pp. 55 ss.) justifica esta potestad de dirimir controversias, afirmando que en dichas actuaciones pueden reconocerse elementos propios de la actividad administrativa, tales como:

1. El principio de autotutela administrativa, según el cual la Administración está habilitada para gestionar y proteger por sí misma sus propios intereses sin necesidad de tutela judicial.
2. Los fines de la “Administración Prestacional” en un Estado Social de Derecho. Afirmando aquí que la concreción del Estado moderno hace mandatorio para la Administración intervenir activamente en la procura, conservación y protección de condiciones vitales adecuadas para toda la ciudadanía. Este fin sería suficiente para justificar el otorgamiento a la Administración de la potestad de imponer a los particulares su voluntad en todas aquellas situaciones en que se vea involucrado ese interés general.
3. Las múltiples facetas de la función administrativa, pues la actividad de la Administración se manifiesta en diversas maneras, lo que hace imposible que se pueda hablar de una única modalidad como forma de actuación. La Administración se desenvuelve a través de una multiplicidad de actividades, una de las cuales se cumple cuando la Administración resuelve controversias entre particulares tutelando un interés público. Afirma que, en estos casos, el papel del órgano administrativo no es el de simple árbitro que con neutralidad resuelve la controversia entre dos particulares, sino que resguarda una serie de derechos y principios que persiguen el bienestar general.

Así, la autora citada termina por radicar la validez de esta potestad administrativa en el ejercicio de autotutela en

aquellos conflictos intersubjetivos en los que esté presente un interés general que la Administración está obligada a proteger.

Araujo (2004, p. 194 ss.), quien prologa la citada obra de Grisanti (1994), hace un desarrollo similar al de esta autora respecto a la supuesta función jurisdiccional de la Administración, negando su existencia y atribuyéndole carácter puramente administrativo a las diferentes manifestaciones de esa pretendida potestad.

Pero, al igual que sucede con los postulados revisados anteriormente, los argumentos esgrimidos por Grisanti y compartidos por Araujo, no ofrecen la solidez necesaria para justificar la reserva administrativa de determinadas categorías de conflictos privados. Así, en cuanto a la autotutela como fundamento de la misma, se observa que dicha potestad puede tenerse como legitimadora de la actividad o potestad disciplinaria pues en esta materia es claro que la Administración es parte interesada en el asunto, concerniéndole a ella corregir o sancionar las faltas cometidas por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, pero tal interés (inmediato y directo) no subsiste en aquellos conflictos trabados entre particulares por asuntos propios de la vida civil (comercio, relaciones laborales, inquilinato).

Respecto a los fines de la “Administración Prestacional”, es claro que en el Estado moderno la Administración puede y debe intervenir en los diferentes ámbitos de la vida civil con el objeto de proteger y fomentar un mínimo equilibrio o una mejor calidad de vida para todos los ciudadanos, pero tal intervención debe desarrollarse a través actividades genéricas, es decir, a través de medidas dirigidas a compensar, subsanar o corregir fallos o desequilibrios que perjudiquen a grupos sociales o individuos en situación de desventaja, sin que pueda entenderse que en tal activi-

dad prestacional está incluida la potestad para dirimir las controversias que en esas áreas se susciten entre los particulares.

Finalmente, respecto a las múltiples facetas a través de las cuales se manifiesta el actuar de la Administración, debe apuntarse que tal circunstancia es, en todo caso, el reflejo, la consecuencia del ejercicio de diversas potestades o competencias debidamente atribuidas a la Administración, pero afirmar que tal diversidad pueda ser fundamento para la inclusión de otra potestad de dudosa constitucionalidad en el haz competencial de la Administración es un razonamiento falaz.

He de indicar, sobre este criterio expuesto por el Prof. Luis Pompilio Sánchez, que el argumento fundamental en el que se apoya la posición asumida en nuestro estudio sobre la inexistencia de los actos cuasijudiciales, es que los órganos administrativos cuando dictan este tipo de actos no ejercen ni función judicial ni actividad arbitral, porque no es imparcial, sino que actúa en ejercicio de una función administrativa. Y para apoyar esta tesis hemos indicado como primer elemento la autotutela administrativa, y su ejercicio en el caso de los procedimientos de fisiónomía triangular lo enmarcamos en el ámbito de los fines de la Administración Prestacional en un Estado Social de Derecho y en las múltiples facetas de la actividad administrativa. Por lo tanto, sí estimamos que en tal actividad prestacional está incluida la potestad de la Administración para dirimir las controversias entre los particulares, con el objeto de proteger y fomentar un mínimo equilibrio o una mejor calidad de vida para todos los ciudadanos, en ejercicio de la autotutela administrativa. Consideramos, en este orden de ideas, que la Administración desenvuelve, a través de una multiplicidad de actividades, la función pública de velar por los intereses y la satisfacción de las necesidades colectivas, sin que por ello la función administrativa cambie de naturaleza al manifestarse de uno u otro modo. Como destaca el

autor mejicano Jean Claude Tron Petit²⁸, el concepto de actividad administrativa es ambiguo y polifacético tomando en cuenta que, actualmente, tiene variados significados y cumple múltiples funciones y objetivos tales como: policía; prestacional, servicios públicos; regulatoria; fomento actividad privada y cuasi judicial (sancionadora y arbitral). Comenta Tron Petit que no es pacífica la admisión de una función cuasi-jurisdiccional de la Administración Pública, y al respecto cita nuestro trabajo sobre la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales, al indicar que: “Cuando la Administración interviene en una controversia lo que persigue es evitar que se produzca una situación que vulnere un interés público tutelado por el ordenamiento jurídico, busca impedir que la actuación de un particular frente a otro origine una situación anti-jurídica que resquebraje el bienestar público, la paz colectiva” (Grisanti)²⁹.

De esta suerte, hemos elaborado el silogismo en el que se soporta la referida posición que asumimos sobre la inexistencia de los actos administrativos: 1) En un Estado Social de Derecho, la Administración Pública protege y fomenta el interés general, a través del ejercicio de la función administrativa, con fundamento en la autotutela; 2) la Administración debe ejercer su potestad para dirimir controversias entre particulares cuando esté involucrado el interés general; 3) cuando la administración dirime controversias entre particulares, ejerce función administrativa. De allí que no entendemos dónde reside la falacia a la que se refiere el Profesor Sánchez, por incluir la potestad de dirimir controversias entre las competencias de la Administración en ejercicio de la función administrativa. En todo caso, el autor considera que la potestad de la Administración

28 Magistrado de Circuito en Materia Administrativa del Primer Circuito en el Distrito Federal, en su estudio “Interpretación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Número 20, Instituto de la Judicatura Federal, órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal. México, D. F., 2005, pp. 179-236.

29 Jean Claude Tron Petit, estudio cit., p. 207.

de dirimir controversias entre particulares es una actividad administrativa, cuando señala:

Así mismo, mientras que el acto jurisdiccional decide *imparcialmente* y de manera *definitiva* sobre la violación o no del ordenamiento jurídico; los actos cuasijurisdiccionales obedecen a la labor de la administración de *ejecutar la ley* y *proteger un interés colectivo* a través de la *potestad de autotutela*, por lo cual está parcializada como sucede en todo acto típicamente administrativo.

El acto cuasijurisdiccional, como todo acto administrativo, *está fuera del ámbito jurisdiccional* y si los interesados sienten violados sus derechos por él, pueden acudir a la vía judicial para atacarlo y obtener un pronunciamiento con toda la fuerza, características y consecuencias de la jurisdicción.

Como consecuencia de lo anterior, es necesario afirmar, sin lugar a dudas, que la intervención administrativa en la solución de conflictos entre particulares, mal llamada actividad cuasijurisdiccional, es de naturaleza típicamente administrativa³⁰.

Por lo tanto, coincidimos en la conclusión del Prof. Sánchez de que el denominado “acto cuasijurisdiccional” es un acto administrativo, y que la denominada “actividad cuasijurisdiccional” de la Administración –al resolver conflictos entre particulares– es una actividad administrativa. Y ése era el objeto del estudio que realizamos sobre la inexistencia del acto cuasijurisdiccional, hace 15 años. Mas el objeto del estudio del Prof. Sánchez es demostrar que la previsión con carácter obligatorio y no facultativo de acudir ante la Administración para dirimir controversias entre particulares, es inconstitucional porque vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Y como soporte de primera línea para su tesis cita al Maestro García de

30 Luis Pompilio Sánchez S., estudio cit., p. 27.

Enterría, quien respecto a la defensa del derecho fundamental al libre acceso a los tribunales y a la tutela judicial efectiva, afirma que la única forma de compatibilizar la extensión de la autotutela administrativa al campo de los conflictos intersubjetivos es su consagración como vía electiva o voluntaria, garantizando así que la misma no sea límite u obstáculo para el libre acceso a la jurisdicción de las partes en conflicto (1998, T. II, p. 513). Y concluye el Prof. Sánchez que la consagración que el texto fundamental venezolano de 1999 hace de las garantías fundamentales de libre acceso a los tribunales y de tutela judicial comporta que toda persona pueda acceder a los órganos judiciales con el objetivo de postular aquellas controversias en que tenga interés, debiendo recibir una decisión pronta y efectiva. En consecuencia, señala el citado autor, el establecimiento de procedimientos administrativos previos cuyo agotamiento sea necesario para legitimar la vía judicial es inconstitucional.

Ahora bien, cuando escribimos el estudio sobre los actos cuasijurisdiccionales, no estaba previsto el derecho a la tutela judicial efectiva, en la que soporta el Prof. Sánchez su tesis, ni en ese momento estaba en discusión la constitucionalidad de los denominados actos cuasijurisdiccionales, en lo atinente al agotamiento previo de la vía administrativa. De allí que nuestro análisis se realizó con fundamento en una realidad jurídica existente en Venezuela para esa época, en atención a las posiciones jurisprudenciales y doctrinarias en torno a los “actos cuasijurisdiccionales”. Como me dijo mi sobrino y colega Hernando Benito Grisanti Estévez³¹, cuando fue planteado el tema del estudio, en ese momento se fijó posición sobre la naturaleza administrativa tanto de los “actos cuasijurisdiccionales” como de la función cuasijurisdiccional, para concluir que no existían

31 Abogado con la mención *Cum laude* de la Universidad Católica Andrés Bello. Maestría en Derecho Público de la Universidad de Fordham. Ex-Abogado Asociado II de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. Asesor en materia penal de la Asamblea Nacional. Asistente Académico de la cátedra de Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica Andrés Bello.

tales actos en ejercicio de una supuesta función judicial; y tal criterio se sostuvo a la luz de la normativa vigente, así como de la jurisprudencia y doctrina existentes sobre la materia.

Al respecto, el Profesor Sánchez nos acusa de que nuestro razonamiento es falaz y, sin embargo, lo comparte, al final, cuando su postura es que la intervención administrativa en la solución de conflictos entre particulares, mal llamada actividad cuasijurisdiccional, es de naturaleza típicamente administrativa³².

En tal sentido, cabe destacar que el centro de nuestra tesis es que lo que la doctrina llama “**acto cuasijurisdiccional**” no constituye un acto jurídico distinto, entre el administrativo y el judicial, o en otras palabras, es una categoría **inexistente**. Que realmente lo que se encuentra detrás de esta doctrina conservadora del poder es simple y sencillamente: un **acto administrativo**.

Al respecto, como destaca Hernando Benito Grisanti Estévez en sus comentarios sobre el tema³³, el profesor Sánchez crea, por una lectura fuera de contexto de mi trabajo, lo que Genaro Carrió llama una falsa controversia³⁴. Ésta suele darse, precisamente, en los casos donde los abogados discuten (con una mayor insistencia de lo debido) sobre la naturaleza jurídica de una u otra institución del derecho. Si bien la autotutela es una de las prerrogativas de la Administración que más se critica hoy día³⁵ y sobre su utilidad, por nuestra parte, estamos abiertos a la modificación de nuestras posturas, nunca hemos

32 Estudio cit. p. 27.

33 Al consultar a mi sobrino, estudioso del Derecho Constitucional y Administrativo, sobre la tesis del Pof. Luis Pompilio Sánchez, me envió unos valiosos comentarios por correo electrónico, los cuales cito en este trabajo con su autorización.

34 Genaro Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4ta edición, Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 17-48 y pp. 49-55

35 Luis Alfonso Herrera Orellan, *La Potestad de Autotutela Administrativa*. Ediciones Paredes, Caracas, Venezuela, 2008.

sostenido el necesario agotamiento previo de las instancias administrativas para recurrir la decisión de la Administración, tampoco hemos defendido “la subsistencia de varios procedimientos administrativos cuyo agotamiento previo es requisito necesario a la postulación judicial”. Requisito previo que, justamente, era defendido por los que propugnaron en sus inicios la tesis de los actos cuasijurisdiccionales que criticamos. Lo anterior atenta, contra la separación de poderes y lo más importante aún, su fundamento: la limitación efectiva del poder político³⁶, como anota Hernando Benito Grisanti Estévez en sus comentarios citados.

Es injusto, también, remover de todo contexto, el escenario en que fue escrito el trabajo de la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales. Este trabajo no sólo fue escrito antes de la promulgación de la nueva Constitución sino antes, incluso, de los movimientos de avanzada en nuestra disciplina jurídica que fueron desarrollándose en los períodos posteriores a ella y que se extienden hasta nuestros días. En efecto, la constitucionalización del proceso³⁷ y la constitucionalización del Derecho Administrativo³⁸ son grandes bocanadas de aire en un Derecho Administrativo asfixiado de prerrogativas de poder. Sostener, como en nuestro trabajo sostuvimos, que la teoría de los actos cuasijurisdiccionales afectaba la separación de poderes³⁹ y también, cosa que para nada se niega sino se afirma, que afectaría las garantías constitucionales del ciudadano fue considerado en su momento como una herejía⁴⁰.

36 Jeremy Waldron, *The Concept and the Rule of Law*. NYU, New York, 2008, p. 11.

37 Román Duque Corredor, *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. Legis, Bogotá, Colombia, 2008, p. 167.

38 José Araujo-Juárez, *Manual de Derecho Administrativo*. Ediciones Paredes, Caracas, Venezuela, 2016, p. 158).

39 *Inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales. La reposición administrativa*, pp. 25-27.

40 Como resaltaba Hernando Benito Grisanti Estévez, en sus comentarios citados.

En este sentido, la creación de una falsa controversia se ve nítidamente con el hecho de que para compatibilizar el ordenamiento constitucional y las garantías constitucionales con las decisiones que toma la Administración en esos casos, no debe llegarse al extremo de negar que dichas decisiones son en esencia de carácter administrativo en ejercicio de la función administrativa. Y es que si la doctrina venezolana moderna puede compatibilizar con mayor exactitud estas decisiones con el marco constitucional, es porque parte de la doctrina anterior pavimentó el camino que lo permite; y este camino para reconocer “la inconstitucionalidad de los actos cuasijurisdiccionales”, pasa necesariamente por el reconocimiento de que estamos frente a verdaderos actos administrativos y pasa además, en la **negación de que nos encontramos frente a actos jurisdiccionales dictados por la Administración**.

No obstante, la anterior premisa fue expuesta al final del trabajo del profesor Sánchez. Así se observa en el antepenúltimo párrafo que este autor indica lo que debería expresar a toda voz que: **“la mal llamada actividad cuasijurisdiccional es de naturaleza típicamente administrativa”**. Por lo tanto, sobre esto no hay discrepancia con el profesor Sánchez.

Nuestro trabajo nunca tuvo la pretensión de presentarse como una negación de la optabilidad de la vía administrativa, esto ni siquiera se lo llega a plantear, mucho menos tuvo la pretensión de sostener la vía administrativa con un carácter obligatorio y menos aún, como una jurisdicción o una imitación de jurisdicción retenida, cuestión que sí fue propugnada por varios de los promovedores de la tesis del acto cuasijurisdiccional, a quienes por cierto no se les dedica ninguna crítica puntual.

Ahora bien, sobre el tema de la supuesta imparcialidad de la Administración en los procedimientos de fisonomía triangular, destaca Hernando Benito Grisanti Estévez, que la mayor paradoja que expone el profesor Sánchez, sin duda alguna, es

el hecho de que afirme que la administración está **parcializada, pero deba al mismo tiempo ser un árbitro imparcial**. En este sentido, ¿si la Administración es imparcial en estos procedimientos por qué reafirmar su deber de mantenerse imparcial? ¿Por qué se insiste en que la Administración, que el mismo Prof. Sánchez trazó como parte involucrada, debe decidir de manera imparcial, independiente? ¿Cómo la actividad arbitral es compatible con la autotutela? En palabras del propio Prof. Sánchez:

“Vale decir, aunque el órgano administrativo actúe como parte involucrada en el conflicto y/o en protección de un interés superior, ese interés, o tal intención, no lo habilitan para decidir de forma distinta a como, de manera imparcial, independiente y (sobre todo) definitiva, lo haría un juez”.

“...los actos cuasijurisdiccionales obedecen a la labor de la Administración de ejecutar la ley y proteger un interés colectivo a través de la potestad de autotutela, por lo cual **está parcializada** como sucede en todo acto típicamente administrativo⁴¹”.

Esa exigencia de imparcialidad lo que demuestra, precisamente, es la incompatibilidad del rol de la Administración y la función de un árbitro como tercero ajeno a la controversia. No se puede afirmar que a pesar de que “el órgano administrativo actúe como parte involucrada en el conflicto” eso no lo inhabilita “para decidir de [...] manera imparcial” porque justamente es por esa razón que no podría decidir como un órgano imparcial. Por lo tanto, la imparcialidad es el derecho a que me juzgue un **tercero ajeno** a la controversia y la Administración no es un tercero ajeno a la controversia **sino una parte involucrada o en el peor de los casos una posible**

41 Luis Pompilio Sánchez, estudio cit. pp. 21 y 27.

contraparte. En tal sentido, destaca José Roberto Dromi⁴²: “En ningún caso la Administración puede reunir las cualidades de juzgador imparcial e independiente. La autoridad administrativa se presenta siempre como parte interesada en las relaciones jurídicas en las cuales desarrolla la propia actividad. Por ello, consideramos el procedimiento administrativo hace honor a su adjetivo es de estricta naturaleza administrativa lo que excluye todo calificativo como jurisdiccional”.

En este respecto, resaltaba Hernando Benito Grisanti en sus comentarios citados, que uno de los contrargumentos sostenido por Sánchez es que la Administración en los “asuntos propios de la vida civil” no es “parte interesada” porque el interés que le concierne “no subsiste en aquellos conflictos trabados entre particulares”. Pero, para llegar a esta conclusión tendría que sostenerse que las decisiones que tome la Administración en esos casos **no son recurribles**, sino que tienen carácter **definitivo**. Lo que asimilaría la actividad de la Administración no tanto a un acto administrativo sino a un acto con fuerza **jurisdiccional**. Siendo esto último una reedición subrepticia de la tesis que valida dichos actos como actos jurisdiccionales. Pero si se considera que los actos que dicta la Administración tuviesen un carácter recurrible no se reunirían los requisitos de imparcialidad, de tercero ajeno a la controversia, que exige la función arbitral. Ya que el sólo hecho de poder impugnar su decisión volvería parte a la Administración y esto rompería la tesis de la imparcialidad y si, por el contrario, los actos no fuesen recurribles o impugnables estaríamos frente a un impedimento de acceder a los tribunales y los que es peor, ante un acto con naturaleza jurisdiccional que dicta la Administración y que por tanto se volvería en una seria limitación a las garantías constitucionales de los individuos.

42 “Procedimiento Administrativo” en *La Protección Jurídica de los Administrados*, citado por Rosibel Grisanti, *Inexistencia de los Actos Cuasijurisdiccionales*, p. 7.

En este sentido, el profesor Sánchez niega que nos encontremos frente a actos jurisdiccionales dictados por la Administración y considera que se trata de actos administrativos en ejercicio de actividad arbitral. El resultado al que parece llegar el autor pugna con el carácter de imparcialidad que debe tener el árbitro: las personas son libres de decidir si acuden a la vía administrativa, pero si acuden no podrían atacar el acto en vía judicial, puesto que el sólo hecho de poder impugnar su decisión rompería la tesis del árbitro imparcial, porque la Administración se convertiría en parte. Por este motivo a nosotros nos parece más acertada la posición de que tales decisiones son actos administrativos en ejercicio de función administrativa, como una manifestación de la autotutela y en las cuales la Administración interviene como parte interesada en defensa del interés general.

En este sentido, la tesis principal de nuestro libro es que los actos que dicta la Administración en esos casos son administrativos y no jurisdiccionales o jurisdiccionales a medias, que es lo que se tendría que defender si se entiende a la Administración como árbitro. Por nuestra parte, también sostenemos que la función del árbitro es incompatible con el papel que juega la Administración porque la Administración se encuentra **parcializada y de reconocerse la posibilidad de impugnar judicialmente el acto, la Administración se establecería como posible contraparte.**

En conclusión, no niego que deban seguirse puliendo los límites y garantías que someten constitucionalmente a la Administración, es más esto podría ser objeto de un futuro trabajo, lo que sí nos gustaría es que los intentos que tratan de apuntar en dicha dirección no sean menospreciados. Además, en ningún momento hemos sostenido la consagración de la vía administrativa como obligatoria, ya que existen casos, especialmente aquellos relativos a la materia inquilinaria⁴³,

43 Sobre esta materia cfr. Un interesante estudio de *Teresa Esperanza Borges García*, "La administratización de los procesos jurisdiccionales en materia

donde la Administración ha bloqueado el acceso a la justicia a través de requisitos y trámites burocráticos insólitos, creando por consiguiente un escenario injusto⁴⁴.

La paradoja, que empieza con la crítica de aquellos que, como nosotros, defienden el carácter administrativo del acto sólo llega a abultarse con la posición del profesor Sánchez con respecto a la autotutela. Lo que en un principio se nos objeta como un fundamento inválido para “dirimir las controversias entre particulares” por no ser compatible con la Constitución, en un momento posterior (si las partes optan por la vía administrativa) se presenta como la razón de ser de los actos, que ahora pasan a ser actos que “obedecen a la labor de la Administración de **ejecutar la ley y proteger un interés colectivo**” y esto se logra, precisamente, “a través de la **potestad de autotutela**”⁴⁵.

Al respecto, señala Hernando Benito Grisanti Estévez, en sus comentarios citados, que dejando de lado la pregunta que el profesor Sánchez no responde de cómo compatibilizar dicho interés general con el régimen constitucional de arbitraje optativo, queda claro que el profesor Sánchez no niega que el fundamento de dichos actos es, en efecto, la potestad de autotutela, cuando cita al Maestro García de Enterría⁴⁶. Lo que defiende es que esa prerrogativa de la Administración es incompatible con la obligación de recurrir necesariamente a una vía administrativa previa. Aquí, ambos coincidimos en que el fundamento de dichos actos es el interés general y la potestad de autotutela y que no debe agotarse una previa vía administrativa para recurrir a los tribunales.

de arrendamiento inmobiliario: vivienda”, en Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 12/2017, Caracas, pp. 13-44.

44 Como lo ha puesto de relieve Hernando Benito Grisanti Estévez, en sus valiosos comentarios antes citados.

45 Hernando Benito Grisanti Estévez, en sus comentarios citados.

46 Luis Pompilio Sánchez, estudio cit. p. 25.

Ahora bien, aunque la posición de García de Enterría que el profesor Sánchez adopta, que niega la compatibilidad entre la potestad de autotutela y las garantías constitucionales, es considerada una posición certera; de acuerdo con esto, no nos parece válido extender nuestras conclusiones originales fuera de su debido límite. Nosotros, al igual que el profesor Sánchez, pensamos que “el acto cuasijurisdiccional [...] está fuera del ámbito jurisdiccional” y que, por tanto, nos encontramos frente un **“acto típicamente administrativo”**. Íbamos, de esta forma, en contra de la doctrina mayoritaria para la época que sostenía la naturaleza jurisdiccional de los denominados actos cuasijurisdiccionales.

Resta por comentar que a pesar del reconocimiento que el profesor Sánchez hace a dichos actos como actos administrativos, se desprende de su trabajo que se trataría de actos administrativos de contenido arbitral, es decir, una especie de versión *light* de la tesis de los actos cuasijurisdiccionales, pues sólo se limita a señalar en la última página de su trabajo que son actos “de naturaleza típicamente administrativa”.

Por lo tanto, el punto novedoso a analizar actualmente sobre el tema de la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales es, si en el caso de los procedimientos de fisonomía triangular, resulta constitucional el carácter obligatorio de la vía administrativa, y si en consecuencia el legislador debe prever este tipo de procedimiento con carácter facultativo, a tenor del derecho a la tutela judicial efectiva.

Al respecto, en nuestro Derecho, hay que distinguir dos ámbitos de regulación de la potestad de la Administración de resolver conflictos entre particulares, uno con carácter obligatorio y otro facultativo:

- A. En materias que involucran el ejercicio de derechos sociales de los administrados, con respecto a lo cuales el Estado debe velar por proteger y garantizar un mínimo

equilibrio o una mejor calidad de vida para todos los ciudadanos –en el marco de los fines de la “Administración Prestacional”, en un Estado Social de Derecho–, **este tipo de procedimiento de fisonomía triangular se ha establecido con carácter obligatorio** y la vía judicial queda abierta para impugnar el acto administrativo decisorio. Estos son los casos, verbigracia, de los procedimientos inquilinarios (desalojo de viviendas, regulación de alquileres) y laborales (reenganche ante despido injustificado, calificación para despido), en los que el interesado en tutelar sus derechos no puede acudir directamente a tribunales sin haber agotado previamente el procedimiento administrativo. Ante tales controversias, el Estado interviene para garantizar el interés general, en lo atinente al derecho a una vivienda digna por parte de los inquilinos y el derecho a la estabilidad laboral. En esos procedimientos, las controversias entre particulares ha de ser resuelta en primer lugar por un órgano administrativo, sin que exista la posibilidad para el interesado en acudir directamente a la vía judicial para defender sus derechos. Es claro, por lo tanto, que tal carácter obligatorio de la vía administrativa vulnera el derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, porque representan un límite para acudir directamente ante los tribunales a tal fin.

- B. Más recientemente, en materias relativas al funcionamiento de un determinado sector económico, en las cuales el Estado debe garantizar la libre empresa y a su vez proteger el bienestar colectivo, se ha establecido en algunos casos **el procedimiento administrativo para dirimir las controversias entre particulares con carácter facultativo**. Cabe citar los procedimientos en materia de telecomunicaciones, cuando existan conflictos entre los operadores de redes, y la Administración puede intervenir para resolver estos conflictos (artículo

37, numeral 23 de la Ley de Telecomunicaciones⁴⁷). Así como también, en lo que respecta a la actividad aseguradora, cuando el Superintendente de la Actividad Aseguradora puede resolver los conflictos que surjan entre los sujetos dedicados a esta actividad, y entre éstos y los tomadores y beneficiarios de seguros (artículo 133, y artículo 8, numeral 44, de la Ley de la Actividad Aseguradora⁴⁸). En estas situaciones, la Administración interviene para garantizar también el interés general, en lo que respecta al papel del Estado de velar por la libre competencia o la continuidad en la prestación de un servicio público⁴⁹. Ahora bien, en estos procedimientos, la solución de controversias queda en manos de los particulares que optan por la vía administrativa; con lo cual se respeta el derecho de los particulares a la tutela judicial efectiva.

Por consiguiente, consideramos que el establecimiento por parte del legislador de procedimientos administrativos de fisonomía triangular, justificados en el papel de la Administración de velar por el interés general, debe hacerse como una vía facultativa para el interesado, quien podrá optar por esta vía o acudir ante los tribunales para solicitar la protección de sus derechos. Así, de esta suerte, se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva, de rango constitucional. Como sucede con los recursos administrativos.

47 Entre las competencias de CONATEL se encuentra la de: “Actuar como árbitro en la solución de conflictos que se susciten entre los operadores de servicios, cuando ello sea solicitado por las partes involucradas o ello se derive de la aplicación de la ley.” Vide Badell, estudio cit., punto II, relativo a leyes que prevén procedimientos administrativos arbitrales. Cfr. Badell, loc. cit.

48 Esta norma dispone que el Superintendente de la Actividad Aseguradora podrá actuar como árbitro arbitrador en aquellos conflictos que surjan (en los casos contemplados en esta ley) entre los sujetos regulados y entre éstos y los tomadores, asegurados, beneficiarios de seguros, contratantes de medicina prepagada, asociados y las financiadoras de prima, cuando las partes lo hayan establecido de mutuo acuerdo.

49 Araujo Juárez, Manual cit., p. 356.

V. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA REPOSICIÓN ADMINISTRATIVA EN VÍA JUDICIAL

1. Criterios a favor de la reposición administrativa en sede judicial

Luego de la entrada en vigor de la Constitución de 1999, tanto la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia como la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en una primera etapa, se pronunciaron a favor de esta figura. Así la SPA indicó⁵⁰:

Esta Sala ha precisado en otras oportunidades (Vid: sentencia N° 2112 de fecha 20 de noviembre de 2001), que la prescindencia total y absoluta del procedimiento legal establecido conforme al numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no se refiere a la violación de un trámite, requisito o formalidad, o de varios de ellos. El vicio denunciado sólo se justifica en los casos que no ha habido procedimiento alguno o han sido violadas fases del mismo que constituyen garantías esenciales del administrado, supuestos estos que se configuran en el presente caso, al no permitirle al recurrente defender sus derechos, se le violó de esa manera los principios constitucionales fundamentales, al debido proceso y a la defensa. Es por ello, que el procedimiento disciplinario (...) resulta nulo. Así se decide.

Por consiguiente y de conformidad con lo antes señalado, viciado como se encuentra el procedimiento administrativo, se ordena (...) reponer al inicio la investigación administrativa y sustanciarla conforme al procedimiento establecido. Así se decide.

50 TSJ/SPA sent. No. 0488 del 13 de abril de 2005.

A su vez, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo apoyó la tesis de la reposición administrativa en sede judicial, con fundamento en el siguiente criterio:

Precisado el alcance del derecho a la defensa y el debido proceso, reitera este Órgano Jurisdiccional, que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el Juez contencioso administrativo se ha visto fortalecido por el conjunto de principios que consagra el nuevo Texto Fundamental, entre los cuales destaca el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Este principio convierte al sistema contencioso administrativo en un proceso de protección efectiva de los derechos subjetivos, tanto para los administrados como de la propia Administración.

(Omissis)

Así, con estos dos (2) principios (tutela judicial efectiva y restablecimiento de las situaciones subjetivas infringidas), el juez contencioso administrativo posee las premisas necesarias para resguardar los derechos subjetivos de los justiciables...

Por ende, en aplicación de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva, de la seguridad jurídica, del control de la actividad funcional que le corresponde desarrollar a la estructura funcional del Poder Judicial en Venezuela, y de conformidad con lo establecido en el artículo 259 de la Constitución vigente, puede el Juez contencioso administrativo ordenar la reposición en sede administrativa de aquellas investigaciones u averiguaciones que obviando los procedimientos y formalidades previas a su emisión, hayan lesionado los derechos de los administrados, ello con el objeto de restituir la situación

jurídica infringida por la anormal o ilegal actuación administrativa⁵¹.

2. Criterios en contra de la reposición administrativa en sede judicial

Por su parte, la Sala Constitucional y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en lo que denominaríamos una segunda etapa de la jurisprudencia nacional, se pronunciaron en contra de tal reposición. En tal sentido la Sala Constitucional sostuvo, en sentencia del 16 de julio de 2013:

El juez contencioso administrativo solo puede confirmar o anular los actos sometidos a su control, y los poderes especiales que se le adjudican son para procurar restitución y reparación de las situaciones subjetivas vulneradas a los particulares, cuyas alteraciones sean imputables directamente a las distintas modalidades de manifestación de la actividad administrativa.

En este sentido, la Sala encuentra que la decisión adoptada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo respecto a reenviar la misma causa que estuvo sometida a un procedimiento administrativo y del cual la Administración dictó su acto definitivo a fines de subsanar los vicios cometidos y proceda a dictar la misma decisión a través de otro funcionario, comprende una vulneración de los principios que infunden el contencioso administrativo de conformidad con el artículo 259 constitucional; así como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al dictaminarse una decisión que anula el proveimiento pero permite nuevamente a la Administración dictar una nueva decisión, con la expresa orden de que se declare la destitución de la funcionaria, tratándose en consecuencia

51 (Vid. Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 1558 de fecha 20 de septiembre de 2007, caso: Berenice Margarita Osorio Belisario), citada por el fallo *in commento*.

de una orden de reedición de un acto que su nulidad ya ha sido determinada y previamente revocada⁵².

En el mismo sentido, se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo⁵³, siguiendo a la Sala Constitucional, cuando sostuvo:

Así, del criterio jurisprudencial antes expuesto, se evidencia que **no es sometido al control del Sentenciador reponer un procedimiento nuevamente a la vía administrativa**, sino que debe proceder a declarar la nulidad del acto en sí, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 ordinal 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, siéndole vedado emitir órdenes para el reinicio de la vía administrativa, por cuanto no está dentro de sus potestades subsanar las fallas cometidas por la Administración, tal como lo realizara el Juez de Instancia en el caso sub examine, sino anularlas cuando se ha generado un daño a los derechos de los administrados, razón por la cual considera este Órgano Jurisdiccional que tal reposición acordada por el A quo, no se encuentra ajustada a derecho... en virtud de la sentencia N° 1316 de fecha 8 de octubre de 2013, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (resaltado nuestro).

Por su parte, la Sala Constitucional sostiene un criterio amplio en torno a las potestades del juez, al declarar la nulidad absoluta de un acto administrativo por vicios en el procedimiento, en el sentido de reconocer que puede resolver el fondo de la controversia, pero sólo si se trata de los denominados

52 TSJ/SC sent. del 16 de julio de 2013, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

53 Sentencia del 17 de octubre de 2013.

actos cuasijurisdiccionales. En efecto, en sentencia de 2015 sostuvo:

Así, cuando los Tribunales detecten errores procedimentales en los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, no pueden reducirse a la declaratoria de nulidad de los mismos, por cuanto deben tomar en consideración que los derechos de los contendientes en sede administrativa (ejemplo: el derecho de reenganche y pago de los salarios caídos) no tienen por qué ser afectados por un error cometido por la Administración en su función arbitral. De manera que, si bien no le está permitido al juez contencioso administrativo suplir las deficiencias cometidas por la Administración en el proceso de formación de sus actos, sino al juzgamiento acerca de la conformidad a derecho de los mismos (*vid.* Sentencia N° 989/2013), **esta Sala considera que cuando se está en sede de actos cuasijurisdiccionales o arbitrales, debe analizarse además de la actuación de la Administración como árbitro, el derecho de fondo que se está debatiendo por las partes en sede administrativa**, es decir, determinar a cuál de los interesados en sede administrativa le asiste el derecho, con la finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva de todos los involucrados (destacado nuestro).

Con respecto al criterio antes citado de la Sala Constitucional, el cual hace referencia a una sentencia de esta misma Sala, en la cual sostenía que la potestad del juez se limitaba a verificar la validez o no de un acto administrativo, en ese caso un acto de destitución –y negaba la posibilidad de la reposición administrativa–, al sostener que:

El juez contencioso administrativo solo puede confirmar o anular los actos sometidos a su control, y los poderes especiales que se le adjudican son para procurar restitución y reparación de las situaciones subjetivas vulneradas a los particulares, cuyas alteraciones sean imputables directa-

mente a las distintas modalidades de manifestación de la actividad administrativa.

Por consiguiente, la posición actual de la Sala Constitucional es que, declarada la nulidad absoluta por vicios de procedimiento, el juez no puede ordenar la reposición administrativa; pero si se trata de actos emitidos en un procedimiento de fisonomía triangular, puede entrar a resolver la controversia de fondo. Si se está ante un acto administrativo emitido en un procedimiento administrativo lineal, la potestad del juez culmina con la nulidad del acto.

No obstante, retomando los casos a los que se refería la jurisprudencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en materia de reposición administrativa, que versaban sobre actos dictados en procedimientos lineales, se observa que las mismas se referían a las amplias potestades del juez administrativo, según la previsión contenida en el artículo 259 de la Constitución. Mas como acota la Sala Constitucional en la sentencia antes citada, el juez podía anular el acto administrativo –en los casos sub examen por vicios procedimentales de nulidad absoluta–, y restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada; pero como el interesado en la nulidad del acto es quien se vio afectado por el acto anulado, hasta ahí llegaba la potestad del juez contencioso administrativo, sin poder pronunciarse sobre el fondo del asunto, esto es, si resultaba ajustado a Derecho la decisión impugnada, la sanción aplicada, por ejemplo. Y aquí comprendemos la posición de las citadas sentencias de la Corte Segunda, en cuanto a ordenar la reposición administrativa, luego de declarar la nulidad absoluta del acto, porque de los elementos que cursaban en autos, observaba que existían elementos probatorios suficientes para aplicar la sanción al administrado, pero no podía entrar a decidir el fondo del asunto. Pareciera entonces que el juez en tales casos se encuentra atado de manos, y debe limitarse a declarar la nulidad del acto. Pero parece también que tal situación pugna con los principios que rigen la actividad sancionatoria

de la Administración, por lo que en tales casos podría pensarse que la amplitud de las potestades del juez le permitiría entrar a resolver el fondo del asunto. Esto es, las potestades del juez deberían ser amplias cuando conoce de la nulidad absoluta por vicios procedimentales, se trate de actos dictados en un procedimiento lineal o en uno de fisionomía triangular⁵⁴. Mas, de los términos en que está redactado el artículo 259 constitucional, se concluye que sólo el juez puede entrar a resolver el fondo del asunto para restablecer las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa, y esto sucedería solo en el caso de los actos de fisionomía triangular, como concluye la Sala Constitucional en la última sentencia citada. Hemos observado que planteamientos similares se han presentado en el derecho español, sobre las potestades del juez luego de declarar la nulidad del acto administrativo por vicios de procedimiento, y se observa una interesante jurisprudencia sobre las marchas y contramarchas que ha habido en esta materia (reposición administrativa, conservación del acto, nulidad del acto)⁵⁵.

3. Análisis del control difuso del art. 79 del Decreto-Ley de Arrendamientos Inmobiliarios

Como lo ha puesto de relieve la doctrina administrativa del país, un caso paradigmático en cuanto al poder de sustitución del juez contencioso administrativo, en lo atinente a la capacidad de *modificar* el acto administrativo que ha sido impugnado, viene representado por la sentencia de la Sala Constitucional del 17 de marzo de 2003, número 558 (caso *Maison Blanche*

54 Sobre el tema de la potestad revisora del juez administrativo, véase Alfredo Parés Salas "La Resurrección -Parcial- de la fallecida máxima según la cual sustituir a la Administración es administrar. Sobre los límites al poder de sustitución del Juez administrativo, sus tentaciones y otros problemas de fondo mucho más graves", en *Revista de Derecho Público* No. 135, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 19-33, Caracas, 2013.

55 *Vide*, al respecto, el interesante estudio de la Profesora María Jesús Gallardo Castillo, "Los Vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial", en *Revista de Administración Pública*, No. 171, Madrid, septiembre-diciembre (2006), págs. 217-247.

C.A.)⁵⁶, con ponencia del Magistrado Jesús Manuel Delgado Ocando⁵⁷. En efecto, la Sala Constitucional consideró que no era violatorio del derecho a la defensa, al debido proceso y, en particular, al juez natural, la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 79 del Decreto-Ley de Arrendamientos Inmobiliarios⁵⁸. Qué duda cabe que esta sentencia ha marcado una importante huella en el ámbito del contencioso administrativo, cuando el mismo juez acudió a la vía del control difuso para así lograr aplicar sus poderes de índole constitucional, a fin de ofrecer una tutela judicial efectiva. Es por ello que queremos alzaprimar el criterio expuesto en esta decisión, y en tal sentido transcribir la cita que a continuación presentamos, que permite apreciar lo certero del razonamiento allí realizado:

El artículo 206 de la derogada Constitución de 1961, con base en el cual fue dictada la disposición contenida en el artículo 131 de la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, así como el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, otorgan al juez contencioso-administrativo una amplia potestad para, con base en su prudente arbitrio de los alegatos y pruebas presentados durante el proceso, “disponer lo necesario

56 Vid. José Ignacio Hernández G., “El poder de sustitución del juez contencioso administrativo: contenido y ejecución de la sentencia”, publicado en *El contencioso administrativo hoy*, libro de las Jornadas 10º Aniversario de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas, 2004, p. 328.

57 Mediante esta decisión la Sala conoció la sentencia de control difuso de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo por la cual desaplicó el art. 79 del Decreto-Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, luego de que esta Corte remitiera a la mencionada Sala el expediente contentivo del juicio de amparo constitucional ejercido por INVERSIONES MAISON BLANCHE C.A., contra la decisión dictada el 12 de marzo de 2001 por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital.

58 El criterio sostenido en la comentada sentencia ha sido reiterado por la Sala Constitucional; así, en decisión del 3 de septiembre de 2003, No. 2507, caso *María Silvana Balestrini*.

para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

(*Omissis*)

Ahora bien, contemporáneamente, la doctrina especializada⁵⁹ ha sostenido que **la consagración en las Constituciones democráticas del derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos establecidos en el artículo 26 de nuestro Texto Fundamental, terminó de desmontar la concepción puramente objetiva o revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa**, que junto a los demás órganos de la rama Judicial del Poder Público, tienen la obligación de brindar protección a los derechos e intereses de los particulares cuando en el proceso quede probado que la Administración efectivamente vulneró los derechos o intereses personales, legítimos y directos, ya sea que deriven de su enunciación en la Constitución, en leyes, reglamentos o por estipulación contractual, sin que pueda aceptarse tal menoscabo a efectos de resguardar el interés público tutelado por el órgano o ente demandado, bajo razonamientos de corte utilitarista.

(*Omissis*)

Dicha concepción amplia del contencioso-administrativo como jurisdicción protectora no sólo del interés público que tutela la Administración sino también de los derechos e intereses de los particulares, que es compatible con el sentido, propósito y razón del artículo 259 de la Constitución vigente, tal y como esta Sala lo indicó en su decisión n° 82/2001, del 1 de febrero, caso: Amalia Bastidas Abreu, permite comprender que necesariamente el Juez contencioso-administrativo deberá realizar pronunciamientos de condena a hacer o no hacer en contra de la Administración, a ordenar la indemnización por los daños

59 Ver entre otros, a Juan R. Fernández, *Jurisdicción Administrativa Revisora y Tutela Judicial Efectiva*, Madrid, Civitas, 1998, y Marta García Pérez, *El Objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

y perjuicios ocasionados, y otras veces, inclusive, a sustituirse en el órgano o ente autor del acto anulado, a fin de proveer en sede judicial aquello a que tenía derecho el particular y que le fue negado o limitado en contrariedad con el Derecho, por lo que mal pueden disposiciones de rango legal, ajenas a las competencias de la rama Judicial del Poder Público para ejercer el control legal y constitucional de las actuaciones u omisiones de las demás ramas del Poder Público y para tutelar los derechos y garantías de los justiciables, limitar o eliminar el ejercicio de tales atribuciones, como lo hace la disposición contenida en el artículo 79 del Decreto-Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, según la cual:

“Artículo 79. Las sentencias que decidan los recursos contenciosos inquilinarios de nulidad contra los actos regulatorios de los cánones máximos de arrendamiento no podrán fijar su monto. La decisión de mérito deberá quedar circunscrita a los poderes de los jueces contenciosos administrativos conforme a la ley especial sobre la materia.

En caso de que sea declarada la nulidad del acto regulatorio mediante sentencia definitivamente firme, el órgano regulador deberá proceder a dictar el nuevo acto conforme a lo establecido en la sentencia judicial, en cuyo caso, deberá reiniciarse un nuevo procedimiento administrativo conservando pleno valor jurídico todas aquellas actuaciones, pruebas y actos que sean acordes con el fallo o que no hayan sido declarados nulos por el mismo” (Subrayado de la Sala).

Al hilo de los razonamientos expuestos, la Sala considera que no es violatorio del derecho a la defensa, al debido proceso y, en particular, al juez natural, la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 79 del Decreto-Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, ya que la misma limita indebidamente la aplicación de la disposición contenida en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la potes-

tad amplia del Juez contencioso-administrativo de, junto a la revisión de la legalidad y constitucionalidad de la actividad administrativa, disponer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada, mediante, verbi-gracia, la fijación de un canon de arrendamiento acorde con las características y estado del bien sujeto a regulación que deriven de las pruebas llevadas por las partes y evacuadas *ex officio* al proceso, evitando con ello el fomento de la litigiosidad y la multiplicidad de causas en los Tribunales⁶⁰.

4. Sobre la reposición administrativa

Hemos querido abordar este punto, con la finalidad de alzaprimar **la importancia del control difuso como instrumento de justicia constitucional**. Lo cual se puede observar en el caso de la sentencia citada en el punto anterior, que ha servido para proteger la integridad de la Constitución, en lo atinente al derecho procesal fundamental de la tutela judicial efectiva.

En efecto, como hemos leído en la cita de la sentencia del 17 de marzo de 2003, la Sala Constitucional ha fundamentado su decisión en la consagración en las Constituciones democráticas del **derecho a la tutela judicial efectiva**, y precisó que, en los términos establecidos en el artículo 26 de nuestro Texto Fundamental, ello terminó de desmontar la concepción puramente objetiva o revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La reposición administrativa ordenada en la vía judicial es un tema vinculado al de los poderes del juez contencioso administrativo, en cuanto a la posibilidad de que éste sustituya a la Administración y pueda modificar el acto administrativo impugnado. Como bien lo refleja la sentencia *in commento*, existen dos grandes corrientes doctrinarias sobre los poderes

60 Los resaltados en negritas son nuestros.

del juez que decide un recurso contencioso administrativo, en atención a si se sigue la posición objetiva o revisora de esta jurisdicción o si se adopta la concepción subjetiva y restablecedora. Y según se siga una u otra, se entiende que sí es posible la reposición administrativa en la vía judicial –en el caso de la primera posición–, o que está vedada esta figura en el contencioso administrativo –para la segunda concepción– porque se entiende en este caso que el juez tiene amplios poderes para restablecer la situación subjetiva lesionada. En estos términos se planteaba la discusión en la doctrina patria, a la luz de lo dispuesto por la Constitución de 1961, en el aparte único del artículo 206, relativo a las competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En atención a esa polémica que había en torno a la reposición administrativa en la vía judicial, fijamos posición sobre el tema en el libro **“Inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales. La reposición administrativa”** –durante la vigencia de la anterior Constitución–, y en tal sentido señalamos, luego de analizar los disímiles criterios que existían con respecto a los poderes del juez que decide un recurso contencioso administrativo, que sí era posible acordar la reposición administrativa en la vía contencioso-administrativa sólo con relación a los **actos discrecionales de la Administración**. Es decir, cuando al juez le tocaba decidir sobre la nulidad de un acto administrativo que envolvía esencialmente el ejercicio de potestades discrecionales por la Administración; y si tal acto adolecía de vicios de procedimiento sustanciales, se hacía necesario ordenar la reposición para que fuera la administración quien tomara la decisión de fondo, puesto que le estaba vedado al juez sustituirla en el ejercicio de tales potestades. Mas, si se trataba de un acto que implicaba potestades regladas, la reposición administrativa resultaba inoperante. Pero, a la luz de la vigente Constitución y esencialmente en atención al derecho a la tutela judicial efectiva, no es posible sostener ya tal criterio, por lo que, en definitiva, estimamos que resulta improcedente la reposición administrativa en la vía judicial.

En efecto, con fundamento en la Constitución actual, pensamos que ya no tiene asidero la preindicada discusión doctrinaria, puesto que –además de consagrar una norma similar a la contenida en el art. 206 de la derogada Constitución, sobre la competencia de la llamada jurisdicción contencioso administrativa (en el art. 259)–, prevé expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva (en el art. 26). Como hemos visto, la comentada sentencia del 17 de marzo de 2003, consideró que el art. 79 del Decreto Ley de Arrendamientos Inmobiliarios vulneraba la aplicación de la disposición contenida en el artículo 259 de la Constitución, en lo atinente a la potestad amplia del juez contencioso administrativo de disponer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada, y evitar así –al fijar el juez el nuevo canon de arrendamiento– el fomento de la litigiosidad y la multiplicidad de causas en los tribunales. Como se ve, aquí la Sala logra una diáfana aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución, con lo cual, a su vez, protege la integridad de nuestra Carta Magna, que contempla expresamente este derecho de índole procesal.

Por consiguiente, consideramos que ahora no es posible la reposición administrativa en la vía judicial, ya que ello sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, de rango constitucional⁶¹.

61 **NOTA FINAL:** Quiero manifestar mi agradecimiento al Consejo de Redacción de la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)*, por su gentil invitación a participar en el No. 14, dedicado al rol de la mujer en la enseñanza del Derecho Administrativo, así como al Prof. Carlos Reverón Boulton por su amable atención para poder publicar este artículo en la preindicada Revista. Gracias también a mi sobrino Hernando Benito Grisanti Estévez, por sus valiosos comentarios. Y como siempre *Laus Deo*.

PRINCIPIOS GENERALES DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA (EN VENEZUELA)*

Claudia Nikken

Abogado de la UCV, DEA de Derecho Público Interno de la Universidad de París II, Doctora en Derecho de la Universidad de París II, Profesora de Derecho Administrativo en la UCV, Profesora de la Maestría de Derecho Constitucional de la UCAB, Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público, Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo

Resumen El presente trabajo tiene por objeto puntualizar los principios generales de la organización administrativa en Venezuela, a partir de la de definición, precisamente, de “organización administrativa”. Se trata de entender qué se organiza, cómo se organiza y quién organiza, desde los principios del Estado de derecho.

Palabras Clave: Organización administrativa. Administración. Acto administrativo. Fines de la administración. Separación de poderes. Desconcentración. Descentralización. Centralización. Jerarquía. Tutela. Policía administrativa.

Abstract: The purpose of this paper is to clarify the general principles of administrative organization in Venezuela, starting with the definition of “administrative organization” itself. It is about understanding what is organized, how it is organized and who organizes, according to the principles of the rule of law.

Key words: Administrative organization. Administration. Administrative act. Administrative goals. Separation of powers.

* El texto fue originalmente publicado en “II Congreso de Derecho Administrativo-Organización Administrativa”, Vol. I, FUNEDA-AVEDA, Caracas, 2014, pp. 21-47. Recoge la conferencia dictada el día 25 de abril de 2013 en el marco del II Congreso de Venezolano de Derecho Administrativo, organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), en honor al Profesor Eloy Lares Martínez.

*Deconcentration. Decentralization. Centralization. Hierarchy.
Supervision. Administrative police.*

Recibido: 20 de febrero de 2019 Aceptado: 12 de abril de 2019

SUMARIO

- I. ¿Qué se organiza?
- II. ¿Cómo se organiza?
- III. ¿Quién organiza?

Es un honor y una enorme responsabilidad dar inicio a este II Congreso Venezolano de Derecho Administrativo, organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), en honor al Profesor Eloy Lares Martínez, de cuyo natalicio se celebró el centenario hace unos días; conversando, además sobre un tema nunca suficientemente estudiado, cual es el de la organización administrativa, específicamente, sus principios generales.

No voy a hacer aquí el panegírico del Profesor Lares Martínez, el cual será presentado por el Profesor José Ignacio Hernández para cerrar el ciclo de conferencias de la mañana de hoy. No puedo dejar de decir, no obstante, que el Profesor Lares Martínez tuvo entre otros el mérito de haber publicado el primer *Manual de Derecho Administrativo* venezolano en 1963¹, de consulta obligada para quienes aprendemos, enseñamos y trabajamos en derecho administrativo.

No obstante, su carácter fundamental, en ese *Manual* no se dice qué es la “organización administrativa”. Se la describe, se señalan sus principios, su origen... pero no se dice qué es la “organización administrativa”.

No se trata, por cierto, de una omisión del *Manual* de Lares Martínez; es una omisión reiterada en tratados, manuales y monografías. Parece entenderse que todos sabemos qué es la “organización administrativa” y, a partir del presupuesto de

1 Sin olvidar el *Tratado Elemental de Derecho Administrativo* de José Manuel Hernández Ron, publicado en 1937.

ese conocimiento previo, se establecen sus bases, principios, modalidades y manifestaciones.

Sin ánimo de crítica sino de observación, en particular al constatar los desmanes organizativos publicados a diario en la Gaceta Oficial, no está de más establecer un concepto de “organización administrativa”, siguiendo el método que le enseño a mis estudiantes: refugiarse en el idioma.

“Organización”, en español, quiere decir “acción y efecto de organizar”. Organizar, por su parte, significa *“establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”*. Cuando se califica esta organización como “administrativa” –inherente o relativa a la administración–, deberíamos obtener la definición de “organización administrativa”. No obstante, la tarea no es tan sencilla, no siendo unívoca la definición de “administración”.

Así las cosas, para establecer un concepto de “organización administrativa” y también para determinar sus principios generales, seguidamente responderemos tres preguntas esenciales: ¿qué se organiza?, ¿cómo se organiza?, ¿quién organiza?

I. ¿QUÉ SE ORGANIZA?

Cuando se habla de “organización administrativa”, instintivamente consideramos que se trata de la organización de la administración. Esto así, resulta obvio que cuando nos preguntamos ¿qué se organiza?, la respuesta es “la administración”.

Ahora bien, si “administración” es la palabra que define la *acción y el efecto de administrar*, “administrar” tiene diversas acepciones en español que no necesariamente reproducen los distintos significados que se le dan al término en la ciencia jurídica. Sin recapitular esas significaciones, me permito afirmar que “administrar” traduce el ejercicio de un poder de

actuación; también significa el fin que se persigue al ejercer ese poder y; por último, se refiere a los medios para que ese poder de actuación pueda materializarse.

1. Se establece o reforma el poder de decisión o de actuación formal: la emanación de actos jurídicos llamados “actos administrativos”

El poder de decisión al cual se alude consiste en la “facultad” de emitir actos jurídicos, una determinada categoría de actos jurídicos denominada “acto administrativo”.

El Estado dicta, sin lugar a duda, actos jurídicos; es decir, manifestaciones de voluntad emitidas con la intención de modificar el ordenamiento jurídico -objetivo o subjetivo- que existe al momento en que interviene la manifestación de voluntad².

Esos actos modifican el ordenamiento jurídico objetivo cuando se crea, modifica o extingue una norma o conjunto de normas generales y abstractas; esto es, aplicables a todos los sujetos que se encuentren en el supuesto de hecho de la norma, sin distinción individual y que, además, no se agotan con su aplicación (lo que llamaba Duguit “acto regla”).

Los actos jurídicos estatales modifican el ordenamiento jurídico subjetivo cuando crean modifican o extinguen situaciones jurídicas, sean estas subjetivas u objetivas. Todo acto que crea, modifica o extingue una situación jurídica es concreto, en tanto la o las normas o disposiciones que contiene se refieren a un sujeto o grupo de sujetos determinados o determinables individualmente. El acto referido a una situación jurídica subjetiva se agotará con su aplicación (autorización para comprar

2 Seguimos aquí a León Duguit, cuyas tesis pueden verse, entre otras obras, en *Lecciones de Derecho Público General (Impartidas en la Facultad de Derecho de la Universidad egipcia durante los meses de enero, febrero y marzo de 1926)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 47-77, 111-131. Trad. Javier García Fernández.

dólares); mientras que el acto inherente a una situación jurídica objetiva no se agota con su aplicación (título de abogado). Sirviéndonos de las categorías de Duguit, el primero es un acto jurídico particular y concreto ("acto subjetivo"), mientras que el segundo es un acto jurídico particular, pero abstracto, que además es oponible *erga omnes* y, por ende, es de efectos generales ("acto-condición").

Dependiendo fundamentalmente del procedimiento empleado -mecanismo para la formación y expresión de la voluntad estatal-, cada uno de esos actos tiene una denominación formal específica y también una ubicación en la jerarquía de las normas.

Si el acto se dicta según cualquiera de los procedimientos legislativos previstos en la Constitución venezolana, se llamará ley, decreto con rango y fuerza de ley, ordenanza, etc. Esto, aunque no revista las características de la generalidad y la abstracción que se atribuyen a la "ley" (leyes aprobatorias, leyes de amnistía). Si el acto se dicta mediante un procedimiento judicial, se llamará "sentencia" aun cuando suprima del ordenamiento jurídico un acto objetivo. Si, en fin, el acto se dicta mediante un procedimiento no legislativo ni judicial, siempre que se dicte en ejecución o en virtud de una ley formal, estaremos ante un "acto administrativo": los actos con iguales características dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución se llaman "actos políticos".

Establecido lo anterior, queda claro que mediante actos administrativos puede crearse, modificarse o extinguirse derecho objetivo, tanto como pueden crearse, modificarse o extinguirse situaciones jurídicas (objetivas o subjetivas). Es el poder de dictar estos actos jurídicos lo que se "organiza", atribuyéndolo a quien en nombre del Estado debe ejercerlo, a fin de dar satisfacción concreta al interés general.

2. El poder de dictar actos administrativos tiene por finalidad dar satisfacción concreta al interés general

Además de dictar actos jurídicos, el Estado ejecuta actuaciones materiales que tienen por finalidad dar satisfacción concreta al interés general. De hecho, es el cumplimiento de esas actuaciones lo que justifica, en última instancia, que el Estado dicte actos administrativos, especialmente actos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

Las actuaciones materiales que, en ese sentido, adelanta el Estado han sido definidas como “servicio público”, “policía administrativa”, “fomento” y “gestión económica”. Por las dos primeras se da satisfacción directa al interés general (se satisfacen necesidades concretas, se preserva el orden público); y por las segundas esa satisfacción es indirecta (promoción de actividades privadas de interés general, obtención de ganancias para financiar las demás actividades estatales).

El contenido específico que las actuaciones materiales en virtud de las cuales se emiten actos administrativos terminará de dar forma al concepto de “competencia” (aptitud de obrar jurídicamente de los sujetos de derecho público, la cual al mismo tiempo que faculta su actuación, la limita al determinar las categorías de actos jurídicos que puede emitir el sujeto de que se trate, como los fines específicos que puede alcanzar a través de ellos).

El de la “competencia” es el primero de los principios generales de la organización administrativa. Para que se materialice, se requiere la coordinación de ciertos medios materiales y personales.

3. El ejercicio del poder para dictar actos administrativos con la finalidad de dar satisfacción concreta al interés general requiere la coordinación de ciertos medios materiales y personales

Resulta evidente que el ejercicio del poder para dictar actos administrativos con la finalidad de dar satisfacción concreta al interés general requiere la coordinación de ciertos medios materiales y personales, su concertación.

Cuando me refiero a los “medios materiales”, hablo fundamentalmente del conjunto de bienes y recursos financieros (especialmente dinero) requeridos para dar satisfacción concreta al interés general; tanto para la emanación de actos administrativos, como y especialmente para ejecutarlos, materializarlos: para prestar servicios públicos, para preservar y restablecer el orden público (policía administrativa), para promover actividades particulares de interés general (fomento), para generar recursos financieros a través de la actividad industrial o comercial (gestión económica).

No se trata de cualesquiera bienes, ni de cualesquiera recursos financieros. Se trata de bienes y recursos financieros que son propiedad del Estado o que están a su disposición, los cuales, para poder ser empleados en aras de dar satisfacción concreta al interés general, están sujetos a un régimen de “administración” especial, distinto al régimen de “administración” de los bienes y recursos financieros de los particulares. Es lo que se llama *hacienda pública*.

Ahora bien, los medios materiales no son suficientes para dar satisfacción concreta al interés general. “Alguien” tiene que emplear esos medios, para dictar actos administrativos y materializarlos. Debe haber personas, *seres humanos* que, en nombre del Estado dicten actos administrativos y los ejecuten, prestando servicios públicos, preservando y restableciendo el orden público, promoviendo actividades particulares de inte-

rés general, generando recursos financieros a través de la actividad industrial o comercial.

No cualquier persona está facultada para dictar actos jurídicos en nombre del Estado y ejecutarlos, ni para servirse de los bienes y recursos estatales para ello. Existe en ese sentido un régimen general para la selección y designación de tales personas, que el mismo tiempo regula su *permanencia* y su egreso. Me refiero a los *funcionarios*.

Establecido lo anterior puede decirse que la “organización administrativa” consiste en atribuir el poder de dictar y ejecutar actos administrativos con la finalidad de dar satisfacción concreta al interés general de manera directa (servicio público, policía), o indirecta (fomento, gestión económica), coordinando los medios materiales y personales que sean necesarios para ello.

En otros términos, se trata de definir competencias y de prever quién y con qué ejercerlas, para dar satisfacción concreta al interés general.

II. ¿CÓMO SE ORGANIZA?

Ya sabemos que la organización administrativa consiste en atribuir el poder de dictar y ejecutar actos administrativos con la finalidad de dar satisfacción concreta al interés general, coordinando los medios materiales y personales necesarios para ello.

Esa *atribución* puede hacerse a través de diversos mecanismos, siendo el primero y principal, la “separación de poderes” como técnica constitucional de organización, de atribución del poder de dictar actos jurídicos en el Estado. Le siguen las técni-

cas de la desconcentración, la descentralización y la centralización. En todos los casos, recordémoslo, deben coordinarse los medios materiales y personales necesarios para ejercer el poder y alcanzar el fin para el cual fue establecido.

1. El “poder público” se distribuye y se divide

No hay lugar en este espacio para establecer el “significado” del llamado “principio de separación de poderes”. Valga con recordar que se trata de una técnica de organización de rango constitucional, que supone la distribución del poder de dictar las diversas categorías de actos jurídicos estatales, coordinando los medios materiales y personales necesarios, a fin de que –en la fórmula de Montesquieu– “el poder detenga al poder” y, de esa manera, se garantice la libertad de los ciudadanos.

A. *¿A quién corresponde administrar?*

En nuestra Constitución (artículo 136), el poder público se distribuye entre el poder municipal, el poder estatal y el poder nacional; el poder nacional se divide luego en poder legislativo, poder ejecutivo, poder judicial, poder ciudadano y poder electoral. En otras normas, encontramos que el poder estatal se divide entre un “gobierno y administración”, un poder legislativo y una contraloría estatal (artículos 160, 162 y 163) y, que el poder municipal se manifiesta también en un “gobierno y administración”, un órgano que ejerce la “función legislativa” y una contraloría municipal (artículos 174, 175 y 176).

Al hacer esa distribución / división, la Constitución asigna el ejercicio del poder público, primero, a una serie de personas jurídicas (la República, los estados y los municipios –también el Distrito Capital) y, en el seno de estas personas, a diversos “órganos”. *Paréntesis:* Con respecto a esto, Lares Martínez decía que el órgano es un instrumento creador del orden estatal, advirtiendo que debe distinguirse el “órgano-institución”, al

cual me refiero, del “órgano- individuo”. El primero, inseparable de la persona jurídica, es de carácter permanente y, en esa medida, es titular de una “competencia” de una “porción” del poder público. El órgano-individuo es la persona natural o grupo de personas naturales por medio de las cuales se manifiesta el órgano-institución y, por ende, la persona jurídica (el funcionario)³.

En el marco del poder nacional, la Constitución asigna el poder legislativo a la Asamblea Nacional; el poder ejecutivo al Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Ministros, Procuraduría General de la República, Consejo de Estado y demás órganos que establezca la ley; el poder judicial al Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales que establezca la ley; el poder ciudadano al Consejo Moral Republicano, conformado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República; y el poder electoral al Consejo Nacional Electoral.

En el ámbito del poder estatal, el gobierno y administración corresponden al gobernador; el poder legislativo a un consejo legislativo y, como se dijo, hay una contraloría estatal.

En cuanto se refiere al poder municipal, el gobierno y administración corresponden al alcalde, la función legislativa al concejo municipal y existe una contraloría municipal.

En nuestro tiempo parece de Perogrullo decir que “administrar” es el papel que corresponde al poder ejecutivo en un Estado en el cual existe “separación de poderes”. Ocurre, no obstante, que, en tal Estado, precisamente en virtud de la “separación de poderes”, los demás órganos del poder público también “administran”.

3 Verlo, por ejemplo, en la novena edición de su *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas - UCV, Caracas, 1990, pp. 420-421.

En efecto, como lo recoge expresamente nuestra Constitución, por estar “separados” luego de su distribución y división, los “poderes públicos” son autónomos e independientes los unos de los otros. Quiere eso decir, en cuanto nos concierne, que si bien el ejecutivo es el órgano del poder público que tiene por función principal “administrar”, los demás órganos del poder público también “administran”: dictan los actos administrativos que aseguran su funcionamiento como “servicio público”, los actos por los cuales adoptan y aplican las medidas de “policía administrativa” que corresponden a su “servicio”; y también, por qué no, para adoptar especialísimas medidas de fomento.

¿Imaginan al ejecutivo nacional designando, ascendiendo o retirando a los funcionarios del poder legislativo no sujetos a elección popular? Peor: ¿a los funcionarios judiciales? ¿Imaginan al ejecutivo nacional decidiendo sobre la organización y financiamiento de los organismos electorales? ¿Lo imaginan velando por el patrimonio público o ejerciendo la acción penal? ¿Velando por el respeto de los derechos humanos de parte de los cuerpos de policía a su mando?

B. La colaboración o cooperación es la relación propia de este mecanismo de organización

Por aplicación del principio de separación de poderes, los entes entre los cuales se distribuye y los órganos entre los que se divide, están entre sí en situación de “igualdad jerárquica”, en el sentido de que ninguno es superior a otro. La República no es superior de un municipio, ni el poder ciudadano es inferior al judicial. En lo que nos interesa, los órganos “administrativos” de los órganos del poder público no están subordinados al máximo jerarca del ejecutivo nacional, estatal o municipal, según sea el caso.

Existe entre los entes y órganos del poder público, por expresa disposición constitucional, una relación de colabora-

ción o cooperación “en la realización de los fines del Estado”. Deben concurrir, conjuntamente, para alcanzar esos fines.

Este es, pues, otro principio general de la organización administrativa: de acuerdo con la separación de poderes, la administración corresponde naturalmente al ejecutivo (nacional, estatal o municipal), pero los demás órganos del poder público, en cuanto concierne a la garantía de su autonomía en independencia, también administran. La relación que existe entre todos esos órganos y entes es la de colaboración o cooperación, con expresa exclusión de alguna relación de jerarquía o subordinación.

2. Distribuido y dividido el poder, se procede a desconcentrarlo

Una vez que el poder público ha sido distribuido (entre la República, los estados y los municipios), y dividido (legislativo, ejecutivo, etc.), debe procederse a su “desconcentración”. La jerarquía (subordinación) y la coordinación son las relaciones propias de esta técnica de organización.

A. Lo que es la desconcentración como técnica de organización

Cuando la Constitución organiza, digamos, al ejecutivo nacional, expresa que el Presidente de la República es el jefe del Estado y del ejecutivo nacional y que, en tal virtud, dirige la acción de gobierno. Define luego las atribuciones específicas que corresponden al Presidente de la República, señalando cuáles ejerce sólo y cuáles en Consejo de Ministros.

Luego, la Constitución se refiere al Vicepresidente Ejecutivo, definiéndolo como órgano directo y colaborador inmediato del Presidente de la República *en su condición de Jefe del ejecutivo nacional* (no de Jefe del Estado) y asignándole una serie de atribuciones en ese sentido.

Aparecen seguido los ministros, definidos como órganos directos del Presidente de la República, quien fija el número y competencia de los ministerios... En otras palabras, la Constitución desconcentra el poder del Presidente de la República: no es el Presidente de la República quien toma todas las decisiones inherentes al ejercicio del poder ejecutivo, en especial las que implican “cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes” y “administrar la hacienda pública nacional”.

Porque la desconcentración nada tiene de esotérico como técnica de organización. Como dice René Chapus, hay desconcentración cuando, “en el seno de una misma institución, el poder de decisión que corresponde a las más altas autoridades es transferido a autoridades menos elevadas en la jerarquía interna de la institución”. Se trata de la “redistribución del poder de decisión en el sentido de la disminución de la concentración original en la cúspide. Al final, las atribuciones de la institución (República, colectividad territorial, etc.) no se reducen. Su esfera de competencia no cambia”⁴.

Lo decía Lares Martínez precisamente. La desconcentración es “la modalidad mediante la cual, en un sistema de centralización administrativa, se transfieren a funcionarios subalternos dependientes del poder central, facultades de decisión ejercidas hasta entonces por el jefe supremo de la jerarquía”⁵.

En ese sentido, la Ley Orgánica de la Administración Pública en su más reciente versión regula dos formas de desconcentración: la desconcentración pura y simple (artículos 91 y 92) y la creación de servicios desconcentrados sin personalidad jurídica -o lo que antes de denominó servicios autónomos sin personalidad jurídica- (artículos 93, 94, 95).

4 R. Chapus, *Droit administratif général*, T. 1, 9ª ed., Montchrestien, París, 1995, pp. 345.

5 En la novena edición de su *Manual de Derecho Administrativo*, cit., pp. 524-525.

Dispone así la ley que, mediante reglamento orgánico, el Presidente de la República puede convertir “unidades administrativas” de un ministerio u oficina nacional, en un “órgano desconcentrado”, con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa o financiera. Es decir, atribuir a cierta unidad administrativa el poder de tomar determinadas decisiones (actos administrativos), que originalmente debía adoptar el ministro, y dotarla para ello de los medios financieros y personales necesarios.

Dispone también la ley que, mediante reglamento orgánico, el Presidente de la República puede crear órganos con carácter de servicios desconcentrados sin personalidad jurídica u otorgar tal carácter a órganos preexistentes. Estos órganos tienen dos características distintivas:

- 1) Están supuestos a prestar un servicio que permita la captación de ingresos;
- 2) Suponen la creación de un fondo presupuestario separado del tesoro nacional.

A nivel estatal y municipal la técnica de la desconcentración no solo es válida, sino que es de aplicación necesaria, toda vez que el régimen constitucional del ejecutivo es distinto al régimen del ejecutivo nacional, pues es unipersonal. Esto así, gobernadores y alcaldes requieren la aplicación de la técnica de la desconcentración, bajo cualquiera de sus dos modalidades, a fin de ejecutar de la mejor manera posible sus atribuciones constitucionales y legales.

En cualquier caso, la jerarquía y la coordinación son las relaciones propias de este mecanismo de organización.

B. La jerarquía y la coordinación son las relaciones propias de este mecanismo de organización

Los órganos y servicios desconcentrados forman parte de una organización jerárquica piramidal, en cuya cúspide se encuentra una máxima autoridad: el Presidente de la República, si hablamos de los ministerios; los ministros, si hablamos de la organización ministerial; el gobernador o el alcalde en su caso; etc. Así lo establece, expresamente, por cierto, la Ley Orgánica de la Administración Pública (artículos 92 y 93).

Lo anterior da lugar a lo que conocemos como control jerárquico, es decir, en palabras de Lares Martínez, “la fiscalización ejercida en un régimen centralizado, por los jerarcas, sobre los órganos administrativos subordinados”. Este mecanismo se manifiesta en órdenes; solicitud de información y rendición de cuentas; resolución de conflictos de competencia; la facultad de avocación y; salvo norma expresa en contrario, el poder de reformar, revocar o confirmar actos administrativos, al momento de resolver un recurso jerárquico.

El de *jerarquía* es, pues, otro principio general de la organización administrativa, siempre que estemos hablando de desconcentración del poder.

También debe existir, entre órganos de igual rango, una relación de *coordinación*, es decir, deben actuar conjuntamente para alcanzar un mismo fin. Esto, los ministerios entre sí; los órganos y servicios desconcentrados de un ministerio, por ejemplo, entre sí. Ninguno es superior a otro; tienen un superior jerárquico común que ordena los fines a los cuales se dirige su actividad.

Esta relación de coordinación de tal modo esencial de la organización administrativa, que sin él no puede haber administración.

3. En otros casos, en lugar de desconcentrarse, el poder se descentraliza

La desconcentración no es la única técnica de organización administrativa. También existe la técnica de la descentralización, que consiste en que un ente (persona jurídica) que se considera como “central” transfiere a otro “ente” una porción de su competencia o algunas de sus atribuciones, para que sea éste quien las ejerza en su propio nombre y por su cuenta.

Veremos brevemente los distintos mecanismos de descentralización previstos en nuestro ordenamiento jurídico, y luego las relaciones que derivan de la aplicación de esta técnica de organización.

A. Los mecanismos de descentralización

La descentralización puede ser territorial, funcional o “por colaboración”.

La descentralización territorial está expresamente prevista en la Constitución. Sin entrar a considerar sus formas “política” y “administrativa”, allí se establece que la Asamblea Nacional puede atribuir a los estados y municipios ciertas materias de la competencia nacional (artículo 157); también que los estados descentralizarán en los municipios los “servicios y competencias que gestionen”, así como la administración de los respectivos recursos, pero “dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles” (artículo 165) [Lo que no excluye la descentralización de otras competencias]. El centro (la República) transfiere competencias hacia entes “periféricos” (estados y municipios). El centro (un estado) transfiere competencias hacia sus entes periféricos (los municipios).

La descentralización funcional, por su parte, supone transferencia de competencias de una persona jurídica central a una persona jurídica distinta, “periférica”. Solo que en este

caso la persona jurídica central es una persona jurídica territorial (República, estados, municipios) y la segunda no lo es, pero es creada por ella. La técnica está expresamente prevista en la Constitución (artículo 300), la cual señala que mediante ley nacional se establecerán las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se invierten. Se refiere también la Constitución a formas descentralizadas funcionalmente en general, como los institutos autónomos, las universidades nacionales, las empresas del estado. En particular se refiere a PDVSA y al Banco Central de Venezuela.

Aparece por último la descentralización “por colaboración”, que es una técnica si se quiere definida por la doctrina como un mecanismo que permite a Estado cumplir algunos de sus cometidos, esencialmente prestar servicios públicos, con la “colaboración” de particulares, que los prestan en su propio nombre y por su cuenta, bajo la supervisión del Estado. No voy a profundizar en esto. Solo me voy a referir, tangencialmente, a una norma constitucional que parte de la idea de acuerdo con la cual estados y municipios tendrían que descentralizar y transferir hacia las comunidades y grupos vecinales organizados ciertos servicios, que allí se enumeran (artículo 184), la cual da fundamento a la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones, que sobrepasa la idea de “descentralización por colaboración” [que más bien se refiere a instituciones educativas, a organizaciones como SACVEN o a los clubes deportivos⁶], dada la intención

6 Este tema está inexorablemente vinculado con los llamados “actos de autoridad”. Ver al respecto R. Chavero Gazdik, *Los actos de autoridad*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías de la UCAB, N° 8, EJV, Caracas 1996.

manifestada en diversas leyes de construir un Estado comunal, en paralelo y para sustituir al Estado constitucional⁷.

Veamos cuáles son las relaciones que se generan desde las diversas técnicas de descentralización.

B. Cuando hay descentralización, las relaciones son de colaboración, de tutela o de policía, según corresponda

Cuando hay descentralización, según se anunció, las relaciones entre el ente central y el periférico son de colaboración, de tutela o de policía, según corresponda.

Cuando media descentralización territorial, por aplicación del principio de separación de poderes, la relación entre el ente central (República, algún estado) y el ente periférico (estados, municipios) es de *colaboración*. Ambos se encuentran entre sí en situación de “igualdad jerárquica”, en el sentido de que teóricamente ninguno es superior a otro; en lo que nos interesa, no existe entre sus órganos “administrativos” una relación de subordinación.

La relación típica de la descentralización funcional es, por su parte, la relación de tutela, que se manifiesta en lo que se ha denominado “control de tutela”. Este “comprende el conjunto de potestades de inspección, vigilancia y fiscalización que pueden ejercer las autoridades supremas del Estado, dentro de los términos fijados por la ley, sobre las entidades descentralizadas”⁸. La tutela se ejerce a través de un denominado “órgano de adscripción”, que actúa en nombre del ente territorial central y puede revestir diversas formas (control accionario, control de actos administrativos, etc.).

7 Sobre este tema, ver entre otros, A. Brewer-Carías y otros, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*, Col. Textos Legislativos N° 50, EJV, Caracas 2011.

8 E. Lares Martínez, *op. cit.*, p. 527.

Por último, en la descentralización por colaboración la relación entre el ente central y los periféricos no es de colaboración ni de tutela, sino la que generalmente existe entre el Estado y los particulares para ejercer mecanismos de control de manera coactiva, además: la inherente a la actividad de *policía administrativa*; en otros términos, la intervención de la administración en las actividades particulares, mediante reglamentos o medidas individuales (autorizaciones, prohibiciones, sanciones), de las cuales normalmente deriva el mecanismo descentralizador, con la finalidad última de preservar el orden público (seguridad, tranquilidad, salubridad).

Dicho esto, es de destacar que, en algunos supuestos, para colaborar y coordinar, es necesario centralizar.

4. También puede centralizarse el poder de actuación, con la finalidad de colaborar y coordinar

También existe la técnica organizativa de la “centralización”, la cual carece de regulación general en nuestro ordenamiento, y que supone una transferencia de competencias de una persona jurídica a otra, pero al contrario de la descentralización, ello ocurre de la periferia al “centro”⁹. Veamos sus modalidades y luego las relaciones organizativas que de ella derivan.

9 No me refiero aquí al mecanismo genérico de organización administrativa del que habla Lares Martínez en su *Manual*, cit., pp. 522-524, que no define, sino que describe señalando, primero, que “en su forma más rigurosa, [la centralización administrativa] no admitiría en todo el territorio nacional más que una sola persona pública estatal: el Estado, el cual tomaría a su cargo la obligación de dar satisfacción a todas las necesidades de interés general”; para decir luego que en un “sistema de centralización, los órganos de la administración del Estado están rigurosamente jerarquizados. (...). Los órganos sucesivamente escalonados en la jerarquía administrativa, carecen de poder de decisión: son órganos de transmisión y ejecución”. En todo caso, parece aquí haber una confusión entre “centralización” y “concentración” del poder.

A. Las técnicas de centralización

La centralización puede ser territorial y también puede ser funcional.

La centralización territorial, en Venezuela, puede operar de cuatro maneras:

- 1) Mediante la creación de territorios federales, conforme al artículo 16 constitucional, desmembrando el territorio y la población de uno o más estados. La población y el territorio pasan de ser gobernados por la administración estatal a serlo por la administración nacional, normalmente bajo un régimen de desconcentración administrativa.
- 2) Mediante la creación de distritos metropolitanos, conforme a lo dispuesto en los artículos 171 y 172 constitucionales. Dos o más municipios se conforman como periferia de una nueva persona jurídica territorial, a la cual le ceden una parte de su competencia, en particular de su competencia administrativa, para que la ejerza una autoridad ejecutiva “centralizada”.
- 3) Se revierte un proceso de descentralización territorial, de acuerdo con la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público¹⁰. Una competencia que se había transferido a un estado o a un municipio se revierte a favor del ente central.
- 4) Se insertó –constitucionalmente- un órgano colegiado en la organización del “centro”, facultado para la toma de ciertas decisiones que afectan directamente a los

10 No voy a pronunciarme aquí sobre la constitucionalidad de la ley, ni sobre la constitucionalidad en especial de la reversión de los procesos de descentralización.

entes periféricos, los cuales de todas maneras participan de la decisión: el Consejo Federal de Gobierno es un órgano del poder nacional, en el que participan los estados y una representación de los municipios, que toma decisiones que atañen a los últimos, incluso de orden presupuestario (artículo 185). Lo mismo ocurre con los consejos estadales de planificación y coordinación de políticas públicas.

- 5) Por otra parte, además de operar cuando se revierte un proceso de descentralización funcional, la centralización funcional ocurre cuando dos o más entes territoriales se *asocian* en una persona jurídica distinta, creando un “centro” común, con la finalidad de ejercer conjuntamente alguna o algunas de sus competencias, especialmente en materia de servicios públicos.

Ante la ausencia de regulación legislativa específica y vista la diversidad de causas y efectos de la centralización, es difícil definir la relación organizativa que le corresponde.

B. Difícil definir la relación organizativa de la centralización

No existe una relación organizativa propia de la centralización.

En el ámbito de la centralización funcional, la relación parece ser, según participen o no diversos entes político-territoriales, de colaboración y de coordinación, aun cuando debe subsistir transitoriamente la relación de tutela cuando se revierte un proceso de descentralización funcional.

En materia de centralización territorial el asunto se complica.

Las autoridades del territorio federal que se crea están, con respecto a la República, bajo relación de subordinación. Con

respecto al o los estados *desmembrados*, en relación de colaboración.

Las autoridades municipales están, con respecto a las autoridades metropolitanas, en relación de coordinación; y las últimas con respecto a las autoridades estatales (que formalmente las crearon), en relación de colaboración.

Cuando se revierte un proceso de descentralización territorial se mantiene y preserva la relación de colaboración preexistente; no puede ser de otra manera.

En el último ejemplo de centralización, sin duda la relación es de colaboración. No es lo que se refleja en la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno.

La “organización administrativa” consiste en atribuir el poder de dictar y ejecutar actos administrativos con la finalidad de dar satisfacción concreta al interés general de manera directa (servicio público, policía), o indirecta (fomento, gestión económica), coordinando los medios materiales y personales que sean necesarios para ello.

Esto se logra, luego de la aplicación del principio de separación de poderes, mediante diversas técnicas: la desconcentración, la descentralización y la centralización.

Todas esas técnicas suponen la existencia de relaciones operativas entre órganos y entes: colaboración, cooperación, coordinación, jerarquía, tutela.

Falta establecer quién organiza.

III. ¿QUIÉN ORGANIZA?

La organización administrativa se produce a través de actos jurídicos de todas las jerarquías en el orden normativo. Organiza quien tiene facultad para dictarlos, comenzando por el constituyente. Luego, organizan el legislador, el ejecutivo y la administración en general.

1. La organización administrativa según la Constitución

La Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999 define los parámetros de la organización administrativa. A partir del principio de separación de poderes, como ya se vio, determina la existencia de una administración nacional, la de tantas administraciones estatales como estados hay, y la de tantas administraciones municipales como municipios existen en la República. De otra parte, al establecer el estatuto de los poderes públicos distintos al ejecutivo, los dota de independencia entre sí, especialmente con relación al ejecutivo; y de “autonomía”, es decir, de la facultad de darse sus propias normas.

La separación de poderes y su régimen son naturalmente objeto de las constituciones, por lo cual lo anterior no llama nuestra atención. Sí resulta particular el hecho de que la propia Constitución fije otros mecanismos de organización del poder de actuación.

Como ya lo vimos, la Constitución se refiere expresamente a la descentralización territorial, funcional y “por colaboración”; establece mecanismos de centralización que, cuando suponen la creación de personas jurídicas con base territorial (territorios federales, distritos metropolitanos), deben ser aprobados popularmente mediante referendo.

Fuera de lo dicho, la organización administrativa, al menos en sus principios, debe ser definida mediante ley.

2. Lo que debe organizar el legislador

De acuerdo con la Constitución, hay asuntos organizativos reservados al legislador nacional y otros al legislador de cada “nivel” político-territorial.

Veremos seguidamente los temas organizativos que la Constitución reserva de manera excluyente al legislador nacional, para luego referirnos a la competencia que corresponde a cada nivel de legislación.

A. La reserva legal nacional, excluyente de otras legislaciones

Están constitucionalmente reservados a la legislación nacional los siguientes ámbitos:

- 1) La división político-territorial de la República y las normas generales de organización territorial (artículo 16).
- 2) La organización de la Fuerza Armada Nacional; del Distrito Capital y las dependencias federales; de las aduanas; del sistema de seguridad social; de la justicia, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo; de los órganos del poder nacional, en general (artículo 156).
- 3) El régimen de jubilaciones y pensiones de todos los funcionarios públicos (artículo 147).
- 4) El régimen de descentralización de la República hacia estados y municipios (artículo 147).
- 5) La definición general de los mecanismos de descentralización funcional (artículo 300).

Ni los estados ni los municipios pueden legislar sobre estas materias, aunque también hay reserva legal a su favor.

B. La reserva legal en materia de organización administrativa

Fuera de los ámbitos ya mencionados, existe una reserva legal nacional, una reserva legal estatal y una reserva legal municipal, que en principio no solo limita la competencia de los respectivos órganos ejecutivos, sino también la de los demás niveles territoriales.

Antes de establecer esa reserva legal, cabe hacer notar que los presupuestos públicos se aprueban mediante actos legislativos (ley nacional, ley estatal, ordenanza municipal). Esto tiene incidencia en la potestad organizativa, pues es allí donde se definen y determinan los medios personales y financieros con los que se puede administrar.

a. La reserva legal nacional en materia de organización administrativa

La Constitución reserva a la Asamblea Nacional, como órgano del poder legislativo nacional, además de los aspectos ya reseñados –que excluyen tanto las legislaciones locales como la intervención reglamentaria del ejecutivo y demás órganos del poder público, la *organización del poder de legislar*, por decirlo de alguna manera.

Esto se ve claramente cuanto la Constitución prevé la existencia de unas leyes llamadas “leyes de base” dictadas por la Asamblea Nacional y unas “leyes de desarrollo”, dictadas por los consejos legislativos estatales, para regular las materias donde existen competencias concurrentes (artículo 165); también cuando advierte que la organización municipal debe ser objeto de una legislación orgánica nacional (¿ley marco, ley de base?) y de legislación estatal dictada para desarrollarla (artículo 169).

En fin, existen diversos ámbitos en los cuales está previsto que mediante ley nacional se organice el poder de legislar, para fijar los parámetros generales de las legislaciones estatales y municipales, mediante las cuales deben regularse las materias de sus respectivas competencias, en particular las organizativas.

b. La reserva legal estatal en materia de organización administrativa

Se señala en la Constitución (artículo 164) que corresponde exclusivamente a cada estado, además de dictar su constitución, legislar en cuanto concierne a la organización de sus poderes públicos; su división político-territorial; la organización de sus municipios y demás entidades locales, en particular la creación y organización de distritos metropolitanos (en principio, según artículos 171, 172); lo demás que establezca la constitución estatal. En esa legislación, de acuerdo con ese margo general, debe definirse el ámbito de la potestad organizativa de la administración.

c. La reserva legal municipal en materia de organización administrativa

Constitucionalmente y en materia organizativa, solo se reserva a los concejos municipales la creación de institutos autónomos mediante ley. En general, lo que está previsto es que una ley orgánica nacional desarrolle los principios constitucionales atinentes a la organización municipal, para que luego esa ley sea a su vez desarrollada por una ley estatal, dado que se afirma –sea cierto o no– que es competencia exclusiva de los estados la organización de sus municipios.

Ahora bien, ni los estados han dictado leyes para organizar sus municipios, salvo desde el punto de vista territorial, ni la Ley Orgánica del Poder Público Municipal se limita a desarrollar principios constitucionales que, a su vez, deben ser

desarrollados por cada estado. Es, pues, en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal donde se establecen las materias reservadas al legislador municipal.

En materia organizativa, según lo establecido en esa ley nacional, todo es competencia del concejo municipal, de modo que la potestad organizativa ejecutiva en principio es de estricta ejecución legislativa.

Ahora bien, nada obsta para que la legislación municipal flexibilice el régimen organizativo, calcándolo sobre el régimen nacional para hacerlo más eficiente, en cuanto no esté expresamente prohibido o específicamente atribuido al concejo municipal.

3. Lo que pueden organizar el ejecutivo y demás titulares de la potestad organizativa

En lo concreto, el ejecutivo y demás órganos administradores ostentan claramente plena potestad organizativa (disponer medios personales y patrimoniales para alcanzar un fin), con las limitaciones constitucionales y legales que se establecen en la materia.

En lo *general y abstracto*, en ejercicio de su potestad reglamentaria, los administradores dictan también normas de organización. Esta es la base de su *potestad organizativa*.

Nos referiremos seguidamente a la potestad organizativa *general y abstracta* de los administradores: el ejecutivo y los demás órganos del poder público.

A. Lo que puede organizar el ejecutivo

En los términos de la Constitución -lo cual de hecho implicó un gran cambio entre nosotros-, corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, definir el número, orga-

nización y competencia de los ministerios y otros organismos de la administración nacional central; organización y funcionamiento del consejo de ministros; *y lo demás que le permita la ley* (artículo 236.20). Con anterioridad, esa *tarea* correspondía al legislador nacional.

La potestad organizativa de los gobernadores depende de lo que establezca cada constitución estatal.

Los alcaldes, por último, solo tendrán la potestad organizativa –general y abstracta repito– que le confieran las ordenanzas municipales, dado que en principio es materia reservada al legislador municipal de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

En el caso de los gobernadores y especialmente de los alcaldes, es importante señalar que nada obsta para que, de acuerdo con su ordenamiento jurídico particular, se les asigne una potestad organizativa similar a la del ejecutivo nacional, en el sentido de que se les faculte para crear órganos mediante reglamento, obviamente dentro del marco legislativo que en ese sentido se les imponga.

En la actualidad, la mayoría de las administraciones estatales y municipales se *organizan* a través del presupuesto. Eso es incorrecto.

B. El alcance de la “autonomía” en materia organizativa de los demás órganos del poder público

Una de las implicaciones de la aplicación del principio de la separación de poderes es la *autonomía* que detentan los órganos separados frente a los otros, en particular frente al poder ejecutivo.

Esa autonomía, que no desconoce la competencia del órgano legislativo que para eso fue instituido, supone la potes-

tad de dotarse de las propias normas de organización, de dotarse de la propia organización, como lo hace el ejecutivo. Esto se traduce en una *potestad organizativa* completa, idéntica a la del poder ejecutivo, sometida únicamente a las limitaciones que impone la Constitución.

Esto se aplica a la Asamblea Nacional y los órganos legislativos estatales y municipales, que no solo dictan sus normas de organización, sino que dictan todos los actos de aplicación de las mismas; a los órganos del poder judicial, sin duda, cuyo principal *organizador* es el Tribunal Supremo de Justicia a través de su Dirección Ejecutiva de la Magistratura; a los órganos del poder ciudadano, incluidas las contralorías estatales y municipales; al Consejo Nacional Electoral.

La “organización administrativa” consiste en atribuir el poder de dictar y ejecutar actos administrativos con la finalidad de dar satisfacción concreta al interés general de manera directa (servicio público, policía), o indirecta (fomento, gestión económica), coordinando los medios materiales y personales que sean necesarios para ello.

Esto se logra, luego de la aplicación del principio de separación de poderes, mediante diversas técnicas: la desconcentración, la descentralización y la centralización. Estas técnicas suponen la existencia de relaciones operativas entre órganos y entes: colaboración, cooperación, coordinación, jerarquía, tutela.

La organización administrativa se produce a través de actos jurídicos de todas las jerarquías en el orden normativo. Organiza quien está facultado para dictarlos, comenzando por el constituyente. Luego, organizan el legislador, el ejecutivo y la administración en general.

Todo, siguiendo una serie de principios, en particular los previstos en el artículo 141 constitucional, según el cual “[l]a 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”.

Muchas gracias.

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA*

Flavia Pesci Feltri¹

“La educación para la libertad debe comenzar exponiendo hechos y anunciando valores y debe continuar creando adecuadas técnicas para la realización de los valores y para combatir a quienes deciden desconocer los hechos y negar los valores por una razón cualquiera”².

Resumen: En el presente trabajo se pretende abordar los principios que rigen el procedimiento administrativo venezolano, que deben ser necesariamente tomados en cuenta por la Administración pública en el ejercicio de su función administrativa a los fines de garantizar y respetar el derecho de los ciudadanos, así como asegurar el eficiente y eficaz cumplimiento de los fines de interés público que tiene atribuida.

Palabras clave: Estado de derecho. Procedimiento administrativo. Principios. Derechos del ciudadano.

Abstract: This paper intends to be an approach to the Venezuelan administrative procedure values, that must be considered by

* El texto fue originalmente publicado en “II Congreso de Derecho Administrativo en Homenaje al Maestro Eloy Lares Martínez - Procedimiento administrativo y contencioso administrativo”, Vol. II, FUNEDA-AVEDA, Caracas, 2014, pp. 9-43. Recoge la conferencia dictada el día 26 de abril de 2013 en el marco del II Congreso de Venezolano de Derecho Administrativo, organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), en honor al Profesor Eloy Lares Martínez.

1 Es abogado de la UCV; especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de esa misma ciudad; profesora de Derecho Administrativo de la UCV; Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo.

2 Huxley, A. *Un mundo feliz*.

the Public Administration, in the exercise of its functions, in order to guarantee and respect the citizens' rights, as well as to ensure the efficient and effective fulfillment of the public interest purposes that it has.

Key words: *Rule of law. Administrative procedure. Values. Citizens' rights.*

Recibido: 20 de febrero de 2019

Aceptado: 12 de abril de 2019

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Estado de Derecho y procedimiento administrativo
- III. Los principios que rigen el procedimiento administrativo venezolano
- IV. Comentario final
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El tema a desarrollarse es el relativo a los principios rectores del procedimiento administrativo en Venezuela, es decir, intentaremos reunir aquellas ideas y valores que constituyen el fundamento mismo del procedimiento administrativo y que, paralelamente, conforman los fines que deben cumplirse en el transcurso del actuar administrativo en sus relaciones con los particulares.

Sin embargo, antes de explicar en qué consisten tales ideas y valores que la actuación de la Administración Pública, se considera oportuno recordar brevemente qué se entiende por procedimiento administrativo y qué significación tienen los llamados principios jurídicos que rigen el procedimiento administrativo.

II. ESTADO DE DERECHO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo y las instituciones que lo conforman han surgido como consecuencia de la implementación del Estado de Derecho y de la necesidad de materializar una de sus premisas fundamentales: someter el ejercicio del Poder Público a una norma previamente establecida (principio de legalidad), con el fin de garantizar y respetar los derechos de los ciudadanos.

Es precisamente a partir de esta idea fundacional, que nacen las normas dirigidas a delimitar y controlar el ejercicio de la función administrativa³, función o tarea que el Estado y los Poderes Públicos deben ejecutar para establecer y mantener ciertas condiciones mínimas que le permitan a los ciudadanos desarrollar sus derechos con dignidad.

De tal modo que el Derecho Administrativo crea y delimita el contenido de la función administrativa así como la organización y configuración de los órganos y entes llamados a ejercerla; dispone, asimismo, cómo deben establecerse las relaciones jurídicas entre aquéllos y los particulares con la idea de garantizar, no sólo el respeto de los derechos de los ciudadanos frente a la actuación del Poder Público cuando administra, sino también para anticipar y delimitar dicha actuación, en aras de obtener una mayor eficiencia en la consecución de los fines públicos que la Constitución asigna al Estado.

Justamente porque la Constitución atribuye a la Administración Pública la posibilidad de afectar la esfera jurídica de los ciudadanos para proteger los intereses generales, es que se impone la necesidad de que la actividad administrativa esté sometida a una norma previa, que determina su creación y que establece cómo debe ser ejecutada, mediante el diseño previo del camino que ha recorrer la Administración Pública para formar su voluntad y exigir su cumplimiento.

3 Asumimos la postura amplia en cuanto a la definición de Administración Pública y acto administrativo entendiendo, en tal sentido, a la función administrativa como: "Toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccional, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales"; igualmente, que dentro de la función administrativa se ha de incluir aquélla actividad que realizan los particulares cuando la ley les proporciona dicha competencia. Gordillo, A. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. La Defensa del usuario y del administrado*. Primera edición venezolana. FUNEDA. Caracas, 2001. pp. IX-5

Ese camino que ha de transitar el Poder Público cuando desarrolla la función administrativa, se denomina procedimiento administrativo y constituye una herramienta que busca ordenar la actuación administrativa y establecer sus límites, en aras de garantizar los derechos de las personas.

El procedimiento administrativo ha sido definido⁴ como un camino, una vía, un cauce formal previamente estable-

4 El procedimiento administrativo es el procedimiento de la función administrativa, “el *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración, el cauce formal que debe discurrir la Administración.” González Pérez, J. *Manual de Derecho Administrativo*. Civitas Ediciones, Madrid, 2000. Pp. 74.

En este mismo sentido, Ramón Parada ha dicho que “...el procedimiento administrativo constituye hoy la propia forma de la función administrativa, de la misma manera que el proceso lo es de la función judicial y el procedimiento parlamentario de la función legislativa.” Y el autor citado define al procedimiento administrativo en los siguientes términos: “El procedimiento administrativo –equiparable en términos sustantivos con el proceso judicial, pues se trata de ambos casos de un conjunto de actividades y actuaciones previas a la emisión de una resolución o acto típico de las correspondientes funciones- podíamos definirlo, como lo hace la Ley de Procedimiento de la República Federal de Alemania de 1967, como aquella “actividad administrativa con eficacia extrema, que se dirige al examen, preparación y emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un convenio jurídico público, incluyendo la emisión del acto administrativo o la conclusión de un convenio.” Parada, R. *Derecho Administrativo I. Parte General*, Décimo Tercera Edición. Marcial Pons. Madrid, 2002. Pp. 219.

El profesor Gordillo nos habla del procedimiento administrativo como una ciencia que estudia esta forma de actuar de la Administración Pública y desde la perspectiva de los sujetos a los cuales va dirigido la formación de la voluntad; en tal sentido, señala que: “Definimos al procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia *las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la manera de actuar de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa*. Estudia por tanto la participación y defensa de los interesados (un particular, un funcionario o una autoridad pública; una persona jurídica, por ejemplo una asociación de vecinos, usuarios, interesados o administrados) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa (sea de tipo individual como general; en este último caso es específicamente el procedimiento de audiencia pública que debe seguirse, sin perjuicio del trámite administrativo corriente) y desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere

cido por el Derecho que debe recorrer obligatoriamente la Administración Pública para lograr un fin: la formación de su voluntad expresada en un acto jurídico denominado acto administrativo⁵.

El profesor Araujo Juárez en su *Tratado de Derecho Administrativo Formal*⁶ nos señala que para llegar a la decisión administrativa es necesaria la instrucción de un camino o vía previamente determinados por el Derecho que consiste en:

“una pluralidad de actos jurídicamente regulados *a priori*, que guardan entre sí una relación de coordinación o concurrencia, de modo que uno de ellos es presupuesto de validez de los posteriores –excluido el último, naturalmente– y, éstos, a su vez, condición de la eficacia de los anteriores –exceptuando también, claro, el primero de ellos”⁷.

Continúa el jurista citado diciendo que:

a la defensa, participación e intervención de dichos interesados. Estudia en particular la defensa de los interesados, y como lógica consecuencia de ello la impugnación de los actos y procedimientos administrativos por parte de éstos...”. Gordillo, A. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. La Defensa del usuario y del administrado*. Primera edición venezolana. FUNEDA. Caracas, 2001. pp. IX-7.

5 El procedimiento administrativo “nunca debe considerarse como un fin en sí mismo, sino como un instrumento, un cauce para alcanzar un fin, el procedimiento administrativo es una concatenación de actos administrativos preparatorios y preordenados para la determinación de los efectos finales; es, se concluye, un camino de formación del acto administrativo. Lo que importa es el fin al cual sirve el procedimiento administrativo, ya que aquél tiene razón de ser por la existencia de éste”. Araujo Juárez, J. *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Vadell Hermanos Editores. Tercera Edición corregida y aumentada. Caracas, Venezuela, 1998. Pp. 16. *Vid* en este mismo sentido a Dromi en la obra citada *El procedimiento administrativo*. Pp. 36.

6 Araujo Juárez, J. *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Vadell Hermanos Editores. Tercera Edición corregida y aumentada. Caracas, Venezuela, 1998.

7 Araujo Juárez, J. *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Pp. 28 y 29.

“...la esencia del procedimiento –jurídico– está principalmente en el nexo recíproco de los diversos actos que lo integran, en sus vinculaciones en forma de cadena que, en virtud de un principio de orden técnico, constituye lo que se denomina *formalidades, trámites o requisitos* en sentido propio...los cuales pueden ser anteriores, concomitantes y aun posteriores al acto mismo...”⁸.

Y para hacernos llegar a comprender mejor el significado del procedimiento administrativo, Araujo Juárez nos proporciona un ejemplo cuando señala que:

“puede entenderse al procedimiento como una línea recta, en la que para pasar de un extremo a otro es preciso recorrer los puntos intermedios, o bien referirse a una cadena en la que el rompimiento de un eslabón, produciría la ineficacia de los anteriores y la invalidez de los siguientes, asimismo, que los actos singulares del procedimiento sean más bien partes de un todo o etapas de un camino (Villar Palasí). Así, se comprenderá como la nulidad de un acto o trámite esencial del procedimiento, o simplemente su omisión, arrastre consigo la ineficacia (nexo de eficacia) y, sobre todo, acarrea la anulación de todas las actuaciones subsiguientes (nexo de legalidad), que obliga a reponer el procedimiento administrativo al estado en que se encontraba cuando la causa de la nulidad se produjo (Gasparri)”⁹.

Esta definición de procedimiento administrativo entendida como un instrumento o herramienta formal para la obtención de la voluntad administrativa expresada en un acto administrativo y que se inspira en el esquema judicial¹⁰, ha sido en la actualidad objeto de revisión.

8 *Ídem*, pp. 29.

9 *Ibidem*.

10 *Vid* en tal sentido a Barnés, J. “Hacia procedimientos administrativos de tercera generación”, en *Visión actual de los procedimientos administrativos*.

Al respecto, se ha subrayado que tal concepto no incluye todas las realidades de la actuación administrativa de hoy día, ya que la Administración Pública no sólo impone su voluntad, mediante la aplicación del derecho como lo haría un juez, sino que también crea normas, establece formas de actuación, construye políticas públicas mediante procedimientos administrativos, actuaciones todas que no están incorporadas al concepto que se acaba de expresar.

Ente nosotros¹¹, se ha señalado que, indudablemente, no es factible definir al procedimiento administrativo **sólo** desde la perspectiva de la emanación del acto administrativo, puesto que la Administración Pública también ejecuta un conjunto de actividades que no se expresan a través del referido acto jurídico (tales como la actividad normativa, la prestacional, o la actividad material) y, por ello, es necesario proporcionar una definición más amplia que comprenda todas las manifestaciones de voluntad producto de la función administrativa.

A tal efecto, se ha expresado que el procedimiento administrativo es una sucesión de actos previamente establecidos en la ley, que deben ejecutar los titulares de la función administrativa, y que están dirigidos a conformar la voluntad administrativa¹².

Coincidimos con la precisión de que al procedimiento administrativo no sólo debe ser descrito desde la perspectiva de la emanación del acto administrativo; sin embargo,

Editorial Jurídica Venezolana. Centro de Adiestramiento Jurídico "CAJO". Caracas, 2011. Pp. 51.

11 *Vid* Araujo-Juárez, J. *Derecho administrativo general. Procedimiento y Recurso Administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010. Hernández, J.I. *Lecciones de Procedimientos Administrativo*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2012. Pp. 63 y ss.

12 "El procedimiento administrativo puede ser definido como el conjunto de trámites ordenados y previstos en la Ley, a través de los cuales la Administración realiza su actividad, a fin de dar cumplimiento al principio constitucional de Administración vicarial." Hernández, J.I. *Lecciones de Procedimientos Administrativo*. Ob. Cit. Pp. 69.

los rasgos esenciales que han constituido el concepto clásico de esta institución siguen siendo los mismos y, en tal sentido, el procedimiento administrativo está configurado por las siguientes notas descriptivas:

- Es un cauce formal¹³ diseñado en una norma previa y constituido por una sucesión de pasos que se interrelacionan entre sí;
- de obligatorio cumplimiento por parte de los titulares de la función administrativa;
- cuyo recorrido debe ser transitado para a la emanación de la voluntad administrativa, objeto del mismo.

Finalmente, es oportuno insistir en que el procedimiento administrativo, tal y como se desprende de lo dicho hasta ahora, se concibe con el objeto de ordenar la actuación administrativa y satisfacer en el marco de un Estado social y democrático de derecho, dos premisas esenciales:

- a) **garantizar y respetar los derechos de los ciudadanos** mediante el establecimiento previo de los límites de la actuación administrativa; y,
- b) **asegurar el eficiente y eficaz cumplimiento de los fines de interés público** atribuidos a los titulares del ejercicio de la función administrativa¹⁴.

13 Es un cauce formal: las formalidades deben responder siempre a la satisfacción del interés general, cuando ello no sea así hay que rechazarlas

14 El administrativista español Jesús González Pérez nos recuerda que: "El procedimiento administrativo trata de hacer realidad la ecuación prerrogativa-garantía, que está a la base de todo el Derecho administrativo. El procedimiento administrativo protege tanto el ejercicio de las prerrogativas públicas como el de las garantías individuales; articula el ejercicio de las distintas prerrogativas al mismo tiempo que el de los derechos y libertades públicas. Si el procedimiento es cauce del ejercicio de las prerrogativas, su reglamentación responde al principio de

III. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

1. Características de los principios del procedimiento administrativo

Debido a que el procedimiento administrativo está pensado para garantizar los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública y, al mismo tiempo, asegurar el eficiente y eficaz cumplimiento de los fines de interés público atribuidos a aquélla, se establecen un conjunto de principios que fundamentan y regulan el desarrollo del actuar administrativo; son los llamados principios rectores del procedimiento administrativo que constituyen premisas esenciales, obligatorias referencias de comportamiento para la Administración Pública en el desarrollo del *iter* procedimental que ha de recorrer para la emanación de la voluntad administrativa.

Se puede afirmar que tales principios son pautas, directrices que definen la esencia y justifican la existencia del procedimiento administrativo, pero además son ideas que lo llenan de contenido y las mismas son inmodificables por la regulación formal.

sumisión de la Administración al Derecho.”. González Pérez, J. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Editorial Civitas. Ob. Cit. Pp. 75.

El prof. Brewer Carías nos expresa que la idea del procedimiento administrativo como instrumento permite decir que la finalidad del aquél consiste en: “primero: la consecución del interés general; segundo, la satisfacción del interés del administrado, y tercero, el logro del interés de la propia Administración sometida a la legalidad. “Los principios generales del Procedimiento Administrativo en la Ley 1.437 de 2001 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia”, en *Visión Actual de los Procedimientos Administrativos*, Ob. Cit. 45.

Por su parte José Ignacio Hernández expresa que los fines del procedimiento administrativo se reconducen a tres finalidades constitucionales: “garantizar el derecho a la defensa; garantizar el derecho a la participación ciudadana y promover el principio de buena Administración. Hernández, J.I. *Lecciones de Procedimiento Administrativo*, Ob. Cit. pp. 67.

Tales principios fundamentales parten de la premisa de observar al procedimiento desde la óptica del administrado, desde la protección de sus derechos por lo que, además de ser el fundamento del cauce procedimental y constituir los valores que se deben materializar en el transcurso del mismo, cumplen también otras funciones: ayudan a interpretar contradicciones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas del procedimiento; colman los vacíos que se presenten en el ordenamiento jurídico administrativo; y, son, asimismo, fuente para la creación de nuevas disposiciones procedimentales por los órganos competentes para ello.

Algunos de los rasgos que caracterizan a los principios jurídicos y, por ende, a los principios rectores del procedimiento administrativo son los que a continuación se mencionan:

- son esenciales por cuanto establecen las razones para la acción, justifican y aclaran el por qué la Administración Pública debe comportarse de una manera o de otra;
- prevén de forma general los límites del comportamiento de la función administrativa por lo que establece lo que se considera apropiado y lo que no;
- ejecutan dos funciones: la de validez y la de conocimiento, por cuanto definen las conductas válidas y al mismo tiempo ayudan a que se conozcan las líneas que deben guiar la actuación administrativa;
- son normas abiertas y no determinan necesariamente la decisión, sólo proporcionan razones a favor de una u otra de las opciones que se le presentan como alternativas a la Administración Pública.

Por otra parte, hay que señalar que los principios que definen y configuran al procedimiento administrativo no son limitados, por lo que se entiende que pueden incorporarse nuevos

y mejores principios en aras de garantizar los derechos de los ciudadanos.

De esta manera ha sucedido efectivamente en Venezuela: los principios del procedimiento administrativo han venido ampliándose como consecuencia de los cambios fundamentales producidos en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la promulgación de la Constitución de 1999 y por la interpretación judicial de las relaciones entre particulares y Administración Pública, por lo tanto y, como quiera que nuestra normativa de procedimientos administrativos data de 1982, tales principios se encuentran actualmente dispersos en distintas disposiciones constitucionales y legales.

Así, por ejemplo, la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* de 1982 establece además del principio de legalidad (art. 1), los principios de celeridad, economía, sencillez, eficacia e imparcialidad (art. 30). Posteriormente, tales principios fueron ampliados con la promulgación de la *Ley de Simplificación De Trámites Administrativos* de 1999¹⁵, reformada en el año 2008¹⁶, la cual incorpora al procedimiento administrativo un conjunto de principios sobre la base de la buena fe del administrado y con el objetivo de reducir los obstáculos y las actuaciones inútiles en el desarrollo de los procedimientos administrativos.

En tal sentido, se consagra en el artículo 5 de la *Ley de Simplificación de Trámites Administrativos* los principios de “*simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, solidaridad, presunción de buena fe del interesado, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, desconcentración en la*

15 Decreto N° 368 de fecha 05 de octubre de 1999, fue publicado en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.393 el 22 de octubre de 1999.

16 Decreto Presidencial N° 6.265 del 22-07-2008. Gaceta Oficial, Extraordinario N° 5891 del 31-07-2008.

toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y actuación administrativa al servicio de las personas”¹⁷.

Con la promulgación de la Constitución de diciembre de 1999 se recoge los anteriores principios al disponer en el artículo 141 que:

“Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”

Sucesivamente, la *Ley Orgánica de Administración Pública*¹⁸ va a sistematizar los principios que rigen la actividad de la Administración Pública recogiendo los avances que en esta materia venía proporcionando la jurisprudencia y la doctrina.

En tal sentido, el artículo 10 de la norma señalada enumera los siguientes principios:

“Artículo 10. La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de **economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de 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.**

17 Cada uno de estos principios son desarrollados en capítulos separados de manera amplia en el propio texto legal.

18 Publicada por primera vez en el año 2001, y posteriormente reformada mediante el Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, en la Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

La simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesario será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente. (Negritas nuestras)”

Ahora bien, hechas las consideraciones anteriores y tomando en cuenta las disposiciones constitucionales y legales que prevén los principios sobre los que debe basarse la actuación administrativa en el desarrollo del cauce procedimental, se procederá a explicar el contenido de los mismos.

2. Los principios que rigen el procedimiento administrativo venezolano

A. Principio de supremacía constitucional y principio de legalidad

El *principio de supremacía constitucional* y de *legalidad* exige que toda la actuación de la Administración Pública esté sujeta a la Constitución y al ordenamiento jurídico en su totalidad, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a favor de los particulares.

La Constitución de 1999 en sus disposiciones 7 y 137 establece expresamente que dicho texto *“es la norma suprema y el fundamento del orden legal”*; y que, junto con la ley *“definen las atribuciones de los órganos del Estado a las que deben sujetarse”*; por su parte el artículo 141 del mismo texto consagra precisamente los principios que rigen la Administración Pública y establece que ésta debe actuar *“con sometimiento pleno a la ley y al derecho”*.

Igualmente, el artículo 4 de la *Ley Orgánica de la Administración Pública* consagra el principio de legalidad, al disponer que:

“La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asigna-

ción, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a los establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico”.

Según estas disposiciones toda actividad de los órganos y entidades de la Administración Pública deben realizarse de acuerdo con lo establecido en lo que se ha denominado el bloque de constitucionalidad conformado por la Constitución, las leyes, los reglamentos, normas todas que disponen los límites de la actuación administrativa y cuya sujeción permite ejercer el control sobre la actuación de la Administración Pública en sus relaciones con los particulares mediante la activación de los órganos jurisdiccionales competentes.

En cuanto al principio de la supremacía constitucional la Sala Constitucional ha expresado que:

“La Constitución como expresión de la intención fundacional de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en *lex superior*, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial.

Con ello, la eficacia organizatoria inmediata de la Constitución, sobre la cual se configuró tradicionalmente el valor normativo de la Constitución, da paso a una supremacía sustentada en el hecho de que la interpretación normativa debe realizarse a la luz de los principios y reglas constitucionales, lo cual ha dado lugar al denominado proceso de

constitucionalización de las leyes donde la tarea interpretativa debe guardar concordancia con la Constitución.

...(omissis)...

De tal manera, que el intérprete debe armonizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental. Este Planteamiento no es sólo una máxima aceptada por la mayoría de la doctrina constitucional, sino que se encuentra recogida en los artículos 7, 25 y 335, del Texto Fundamental, en donde se desarrolla el carácter normativo de la Constitución, a tenor del cual, sus disposiciones se incluyen en el ordenamiento jurídico como preceptos de directa aplicación que vinculan tanto a los ciudadanos como especialmente al Estado, en el desarrollo de los principios rectores que le sirven de base al sistema jurídico-político.

...(omissis)...

Así, de acuerdo al principio de supremacía constitucional que como vemos, se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordenadas trazadas en la *norma normarum*, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran.”¹⁹

Además, el Tribunal Supremo de Justicia ha dicho en torno al principio de legalidad administrativa que:

“...constituye la legalidad uno de los principios fundamentales que informan el Derecho Administrativo. Se entiende con ello que la Administración está obligada a someter todos sus actos a las prescripciones de la ley, a objeto de garantizar la posición de los particulares frente a aquélla.

19 Sentencia N° 760 emanada de la Sala Constitucional de fecha 27/4/2007.

En esa perspectiva, encontramos que el sometimiento de la autoridad administrativa a la ley hoy trasciende de ser sólo un principio, constatándose su consagración en texto expreso. De allí que el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ordene la sujeción de todos los actos administrativos a las formalidades y requisitos establecidos en la ley.”²⁰

B. Principio del debido proceso y el derecho a la defensa

El artículo 49 de la Constitución venezolana prevé el *derecho al debido proceso*, disposición que comprende un conjunto de principios que, a su vez, constituyen derechos inherentes de las personas y que, como tales, deben ser necesariamente respetados en cualquier proceso judicial o procedimiento que se desarrolle ante la Administración Pública.

Tales principios conformadores del debido proceso son: el derecho a la defensa; el derecho a la segunda instancia y a la presunción de inocencia; a ser oído con todas las debidas garantías en un tiempo razonable; a ser juzgado por los jueces naturales; y, finalmente, el derecho a no declarar contra sí mismo.

Cada uno de estos principios ha de regir cualquier tipo de juzgamiento de los poderes públicos del Estado y son, además de principios conformadores de la actuación de juzgamiento por parte de aquél, verdaderos derechos fundamentales que se encuentran garantizados en nuestro texto constitucional y en los tratados internacionales²¹ de derecho humanos suscritos por la República.

20 Sentencia N° 00330 de Sala Político Administrativa, de fecha 26/02/2002.

21 Así el artículo 8 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* así como el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, regulan el debido proceso el cual incluye naturalmente el derecho a la defensa.

En efecto, el artículo 49 constitucional, señala con mucha precisión y claridad los derechos enunciados y hace una afirmación fundamental al establecer que los derechos contenidos en dicha disposición **deben regir todas las actuaciones judiciales y administrativas**²²:

“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 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.

22 En la Constitución venezolana de 1961 se establecía en el artículo 68: “Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e interese en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.”

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.

La idea fundamental que resulta evidente con la previsión constitucional del derecho al debido proceso y a la defensa y de todas las garantías que se consagran para satisfacerlos de manera apropiada es, precisamente, que cualquier ciudadano sometido al juicio del Poder Público, sea judicial o admi-

nistrativo, tenga el derecho de participar en el marco de un cauce procedimental (proceso o procedimiento) previamente establecido, dentro del cual se le dé la oportunidad no sólo de conocer las razones que originaron las actuaciones objeto de su juzgamiento, sino que pueda expresar las consideraciones de hecho y de derecho que crea oportuno alegar, así como aportar las pruebas pertinentes que soporten sus razonamientos y que el órgano decisor tome en cuenta todos los argumentos y pruebas aportados ante él.

El maestro Moles Caubet precisaba con meridiana claridad que el derecho a la defensa es, de los bienes jurídicos, uno de los de mayor relevancia debido a que el mismo afecta “a los mayores bienes humanos: la vida, la libertad, el honor y el patrimonio”²³. Asimismo, refería que el derecho a la defensa comporta dos aspectos complementarios que lo configuran y lo definen: el derecho a ser oído²⁴ y el carácter contradictorio

23 Moles Caubet, A. “Introducción al procedimiento administrativo”, en *El Procedimiento Administrativo*. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Vol. IV. 1980-1981. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1983. Pp. 23.

24 el primer aspecto lo expresa la regla tradicional del *audire alteram partem*, o derecho a ser oído, que la jurisprudencia inglesa y después la norteamericana han considerado derivada de la “justicia natural”, inmanente de la conciencia humana, sin necesidad de reglas escritas. Por ello, los tribunales ingleses en una famosa sentencia del siglo XVIII, expresa que el propio Yavé Dios, no expulsó a Adán y Eva del Paraíso sin antes haber oído sus exculpaciones. “Es una regla fundada en los principios esenciales de justicia natural, más vieja que las constituciones escritas, la que dispone que un ciudadano no puede ser privado de su vida, de su libertad o de su propiedad sin haber tenido antes ocasión de ser oído para la defensa de sus derechos”, expresa un texto norteamericano (Comité de L’Attonney General, 1911).

Esta necesidad de ser oído, después de cualquier imputación, lleva como consecuencia al concepto correlativo de procedimiento. Así, el ilustre jurista y magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Frankfurter, ha dicho en una de sus luminosas sentencias que “la historia de la libertad ha sido en gran medida, la historia de la observancia de las salvaguardas del procedimiento”.

La Constitución de los Estados Unidos de América tiene establecido el “debido procedimiento legal”, y aun cuando éste no ha sido definido de una manera abstracta sino concretamente en cada caso, un comentarista,

que debe tener el procedimiento²⁵. Al respecto, ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que:

“El derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas. En cuanto al derecho a la defensa, la Jurisprudencia ha establecido que el mismo debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que se oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas. En consecuencia, existe violación del derecho a la defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, o se le prohíbe realizar actividades probatorias.”²⁶

Ahora bien, el derecho a la defensa –como ya se adelantó– no sólo es una potestad que acompaña a los ciudadanos cuando son juzgados en los tribunales, sino que lo asiste ante cualquier actuación o relación jurídica que se implemente con los Poderes Públicos.

Webster, aclara que se trata de un principio de ley, en virtud del cual se procede tras indagación y se falla sólo después del proceso”. Ello es válido tanto en el orden judicial como en el orden administrativo. Ob. Cit. Pp. 23.

25 “El segundo aspecto del derecho a la defensa se encuentra en el carácter contradictorio que debe tener el procedimiento, siempre y cuando pueda resultar del mismo alguna medida que comporte una sanción, la lesión a un derecho subjetivo, la alteración de cualquier situación jurídica o un atentado a los intereses materiales o morales. Ello es así para cualquier persona, tanto si se le aplicaran tales medidas ablatorias sin procedimiento alguno, como si pudieran quedar afectadas por cualquier procedimiento promovido, sea de oficio o a instancia de parte.”. Idem, pp. 23

26 Sentencia N° 05 de Sala Constitucional, Expediente N° 00-1323 de fecha 24/01/2001.

En tal sentido, el constituyente de 1999 tuvo a bien recoger la doctrina y jurisprudencia que se había venido produciendo en las últimas décadas y estableció sin dejar margen de duda que las garantías del artículo 49 constitucional y, entre ellas el derecho a la defensa, **debían** ser honradas no sólo en los procesos judiciales sino también en los administrativos²⁷.

Es lo que se llama el derecho a la defensa en materia administrativa e implica, precisamente, la facultad que tiene el

27 El constituyente de 1999 aseguró así los criterios jurisprudenciales que se habían desarrollado en décadas anteriores en los que se expresaba que el derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de la Constitución de 1961 era un derecho que debía ser garantizado en sede administrativa. Tomemos como ejemplo la sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el caso *Luis Benigno Avendaño Fernández vs. Ministerio de la Defensa* de fecha 17 de noviembre de 1983, en la que se disponía en materia sancionatoria lo siguiente:

“...para la imposición de sanciones, es principio general de nuestro ordenamiento jurídico que el presunto infractor debe ser notificado previamente de los cargos que se le imputan y oírsele para que pueda ejercer su derecho de defensa, antes de ser impuesta la sanción correspondiente. Bien sea ésta última de naturaleza penal, administrativa o disciplinaria tiene base el citado principio en la garantía individual consagrada en el ordinal 5to. Del artículo 60 de la Constitución de la República, a tenor del cual “nadie podrá ser condenado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley”. Igualmente, tiene base el principio general invocado en la inviolabilidad del derecho a la defensa “en todo estado y grado del proceso”, consagrado en el artículo 68 de la Constitución. La cobertura de estas garantías constitucionales ha sido interpretada ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país, a tal punto que la aplicabilidad de los preceptos en ellos enunciados ha sido extendida a todas las ramas del Derecho Público, (...) a fin de convertirlas en pautas fundamentales de la genérica potestad sancionadora del Estado.”.

Ahora bien, tal y como lo afirma Urdaneta Sandoval con los instrumentos internacionales suscritos por Venezuela tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (artículo 2.3 incisos a y b), se incorporaba a todo el sistema jurídico y, en consecuencia, al procedimiento administrativo el principio según el cual el derecho a la defensa debía ser garantizado en sede administrativa. de la tutela administrativa. URDANETA SANDOVAL, C., “Acerca del “debido proceso” en los procedimientos desplegados para el ejercicio de las funciones administrativa y legislativa”, en *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Administrativo 1980-2005*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006. Pp. 252, pie de página 20.

ciudadano de conocer todo tipo de actuación que lleve adelante la Administración Pública vinculado con aquél y que pueda participar en el procedimiento correspondiente aportando sus alegatos y pruebas en el desarrollo del mismo.

Así, la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* contempla los elementos que conforman y garantizan el derecho a la defensa convirtiéndose en instituciones esenciales a tomar en cuenta y materializar en el desarrollo de cualquier tipo de procedimiento administrativo. De forma tal que el incumplimiento por parte de la autoridad administrativa de alguno de las garantías previstas en el artículo 49 constitucional, conlleva a que las decisiones dictadas omitiendo el ejercicio pleno del derecho a la defensa puedan ser declaradas nulas de nulidad absolutamente por violar un derecho constitucional fundamental, como lo es el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa.

La jurisprudencia ha insistido en señalar cuáles deben ser los criterios que debe tomar el juzgador a la hora de verificar si, en efecto, en el marco de un procedimiento administrativo se ha o no conculcado el mencionado derecho:

“...en anteriores oportunidades se ha pronunciado esta Sala sobre aquellos aspectos esenciales que el Juzgador debe constatar previamente, para declarar la violación del derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Carta Magna, señalando primordialmente entre dichos aspectos, el que la Administración haya resuelto un asunto sin cumplir con el procedimiento legalmente establecido o que haya impedido de manera absoluta, que los particulares, cuyos derechos e intereses puedan resultar afectados por un acto administrativo, pudieran haber participado en la formación del mismo. (Cfr. Sentencia de fecha 11 de octubre de 1995, caso: Corpofin, C.A., Exp. 11.553).

En efecto, la garantía del derecho a la defensa viene dada en el marco de un procedimiento administrativo determinado, por el deber de la Administración de notificar a los particulares de la iniciación de cualquier procedimiento en el cual podrían resultar afectados sus derechos subjetivos e intereses legítimos, con el fin de que puedan acudir a él, exponer sus alegatos y promover las pruebas que estimen conducentes para la mejor defensa de su situación jurídica.”²⁸

Por su parte, la doctrina ha expresado en esta misma línea que:

“El derecho a la defensa y al debido proceso en Venezuela, no sólo tiene rango y jerarquía constitucional, sino que, además, está establecido en forma absoluta, por lo que no puede ser ignorado, ni aún cuando así lo prevea una ley. Por consiguiente, en el derecho administrativo venezolano, para que la administración pueda emitir una resolución que afecte, restrinja o limite derechos de una persona natural o jurídica, o de alguna manera modifique su situación jurídica debe llevar a cabo un procedimiento administrativo previo en el que se garanticen los derechos al debido proceso y, principalmente, a la defensa, de manera que la inobservancia de esta obligación constituye una violación de la Constitución y no sólo de las leyes.”²⁹

C. Principio de seguridad jurídica, confianza legítima y coherencia en el actuar administrativo

Uno de los fines del ordenamiento jurídico es crear seguridad en las relaciones que se establecen entre los distintos

28 Sentencia N° 01668 de Sala Político Administrativa, Expediente N° 13131 de fecha 18/07/2000.

29 Brewer Carías, A., *Algunos principios generales del derecho administrativo en Venezuela, en particular, sobre el procedimiento administrativo y los efectos del silencio administrativo*. Pp. 18.

operadores jurídicos, es decir, que las partes conozcan de antemano cuáles son las consecuencias de sus comportamientos, lo que les permite actuar con conciencia y libertad.

Para que se concrete este principio es indispensable que la aplicación y la interpretación de la norma por parte de la Administración Pública, así como las decisiones que tome sobre asuntos similares se mantengan en el tiempo, debido a que esa constancia va construyendo una percepción de confianza y certeza en el sistema jurídico administrativo que regula las libertades de los ciudadanos. En este sentido se ha dicho que el principio de seguridad jurídica:

“supone la certeza, estabilidad y razonabilidad en las normas y actos que dicten las autoridades públicas, es decir, que este principio se opone a las modificaciones bruscas, ilegítimas o irrazonables. La situación de un sistema jurídico en el cual las normas o los actos gozan de estabilidad, considerada como certidumbre en que los eventuales cambios normativos serán razonables y previsibles, y las autoridades legítimamente investidas de poder para ello, respetarán siempre los derechos de las personas, permitiendo a los actores del sistema estimar con un margen de alta probabilidad las consecuencias legales futuras de sus conductas presentes, y resguardando en todo momento una esfera mínima de derechos, protegidos de toda arbitrariedad. El carácter universal de la ley comporta necesariamente la exclusión de privilegios y de la incertidumbre en su aplicación, tanto en el ámbito administrativo como judicial, dando paso a la certeza y a la seguridad jurídica.”³⁰

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha manifestado en relación a la *seguridad jurídica* lo siguiente:

30 López Olvera, M. A. *Los principios del procedimiento administrativo*. Artículo de Internet. Dirección: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/12.pdf>.

“...esta Sala ha señalado respecto a la referida norma, en Sentencia N° 00890 de fecha 17 de junio de 2009, caso *Seguros Mercantil C.A.*, lo siguiente:

“Esta Sala ha señalado en relación a la seguridad jurídica, que dicho postulado ha de ser entendido como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación de la Administración a través de la aplicación del Derecho. (Vid. sentencia N° 570 del 10 de marzo de 2005).”³¹

Del principio de seguridad jurídica se deriva otro que le es complementario, y que se denomina el *principio de coherencia de la actuación de la Administración Pública* previsto en los artículos 11, 12 y 32 de la LOPA y que implica “resolver de manera similar las situaciones análogas en respeto al principio de igualdad”³², lo que significa que la actuación administrativa debe ser lógica y similar a sus actuaciones anteriores, lo cual no impide que puedan haber modificaciones en los precedentes administrativos, pero las mismas deben ser debidamente justificadas.

Con el principio de seguridad jurídica y el de coherencia administrativa lo que en definitiva se pretende resguardar es el respeto de las expectativas fundadas y sensatas de los ciudadanos ante la actuación y práctica administrativa.

31 Sentencia de la SPA N° 01022 del 27/07/2011.

32 Toro Dupoy, M. E. El principio de confianza legítima en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativa, en las *IV Jornadas de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”*, volumen II. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2006. Pp. 387.

*D. Principio de buena fe y confianza legítima*³³

Totalmente vinculados con los principios precedentemente descritos, el principio de buena fe resulta indispensable en cualquier relación humana y, concretamente, en el desarrollo del procedimiento administrativo. La buena fe parte de la idea de presumir el comportamiento honesto y veraz de los administrados y la Administración Pública en sus relaciones recíprocas. El artículo 23 de la *Ley de Simplificación de Trámites Administrativos*, explica precisamente que: “...en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se tomará como cierta la declaración de las personas interesadas, salvo prueba en contrario...”³⁴

La Sala Político Administrativo ha indicado que:

“... la Administración debe actuar sobre la base de la buena fe y, en tal sentido, además de mejorar la fluidez de los trámites que ella misma realiza, deberá tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario. Por tanto, los órganos de la Administración Pública no deberán exigir pruebas distintas o adicionales a las señaladas expresamente en la Ley y se abstendrán de exigir las sobre hechos no controvertidos, en virtud de que se presume cierta la información declarada o suministrada por el solicitante.”³⁵

33 Revisar sobre este tema a Allan Brewer Carías en *Algunos principios generales del Derecho administrativo en Venezuela, en particular, sobre el procedimiento administrativo y los efectos del silencio administrativo*, Ob C. Pp. 5; y a Caterina Balasso Tejera “El Principio de protección de la confianza legítima y su aplicabilidad respecto de los ámbitos de actuación del poder público, en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp.745.

34 Vid. el principio de buena fe se encuentra ampliamente regulado en el artículo 5 y el Capítulo II de la *Ley de Simplificación de trámites Administrativos* (artículos 23 a 34).

35 Sentencia N° 00991, del 20/07/2011.

Justamente y como consecuencia de la seguridad jurídica y la buena fe surge el *principio de la confianza legítima*, que se refiere a la situación de una persona que tiene: “una expectativa justificada de obtener de otra una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses”. Ha señalado la Sala Política Administrativa que:

“Otro de los principios que rigen la actividad administrativa es el principio de confianza legítima, el cual se refiere a la concreta manifestación del principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa y cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas. (Vid. sentencia de esta Sala N° 1.171 del 4 de julio de 2007).

La confianza legítima constituye la base de una nueva concepción de los vínculos que existe entre el Poder Público y los ciudadanos, cuando a través de la conducta de los órganos que ejercen aquél, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, se pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella esperan se mantenga. Este principio alude así, en el ámbito del derecho administrativo, a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener una decisión favorable a sus intereses, en virtud de actuaciones precedentes y reiteradas de la Administración.

En sentencia N° 514 de fecha 3 de abril de 2001, esta Sala indicó que una muestra significativa de la consagración del principio de confianza legítima en nuestro ordenamiento jurídico es el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con base en el cual, las actuaciones reiteradas de un sujeto frente a otro, en este caso de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas que han de ser apreciadas por el juez y justamente, los criterios administrativos, si bien pueden ser cambiados, son idóneos para crear tales expectativas.

Vale destacar que, al igual que ocurre con los criterios jurisprudenciales, los que provienen de la actividad administrativa pueden ser revisados, ya que tal posibilidad está inmersa dentro de la diversa naturaleza de las situaciones sometidas al conocimiento y revisión a través del ejercicio de las funciones jurisdiccional y administrativa, sólo que ese examen no debe ser aplicado de forma indiscriminada o con efectos retroactivos perniciosos.”³⁶

E. Principio de igualdad e imparcialidad

Sobre la base del derecho constitucional a la igualdad se establece la exigencia de que la Administración Pública, en el ejercicio de sus tareas y en la toma de decisiones, le dé el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones objeto de su conocimiento, sin que ello impida darles prioridad a aquéllas que, por su condición física y mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Con relación al derecho a la igualdad entendido como un principio rector de toda la actuación de los Poderes Públicos y, por tanto, también de la Administración Pública, la Sala Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“De igual forma, esta Sala ha reconocido en varios fallos, que el respeto al principio o derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación es una obligación de los entes incardinados en todas las ramas que conforman el Poder Público, de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogos o similares situaciones de hecho y que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria. (vid. sentencias 536/2000, del 8 de junio; 1.197/2000, del 17 de octubre; y 1.648/2005, del 13 de julio). Tomando en consideración esta última afirmación,

36 Sentencia de la SPA N° 01022 del 27/07/2011.

debe señalarse que dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley *strictu sensu*, también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley (vid. GUI MORI. Ob. Cit., p. 331).³⁷

Del *principio de igualdad* se deriva el *principio de imparcialidad*, el cual exige que la actuación administrativa sea realizada de manera objetiva y de acuerdo con lo que establece la ley, prescindiendo en consecuencia de cualquier consideración política, afectiva o de interés personal.

Es justamente para garantizar la imparcialidad que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece en sus artículos 36 y siguientes el procedimiento administrativo para la inhabilitación del funcionario que conozca de un asunto en caso de que existan razones que comprometan su imparcialidad.

Efectivamente:

“(...) el principio de imparcialidad, es un reflejo y garantía del principio constitucional de igualdad; así, la Administración debe por tanto, tratar de igual forma a todos los particulares sin establecer discriminaciones respecto a ellos. Esto implica, pues, el deber de imparcialidad.

37 Sentencia de la Sala Constitucional N° 266, Expediente N° 05-1337 de fecha 17/02/2006.

Dentro de este principio de imparcialidad, la ley regula la obligación de los funcionarios de inhibirse del conocimiento de asuntos en los cuales puedan tener interés o en los cuales tuvieren lazos de íntima amistad, enemistad con los interesados, o hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo.

De tal manera que, la inhibición administrativa es, en efecto, un reflejo de imparcialidad (...) ³⁸

En definitiva y conforme a estos principios:

“...la Administración en el curso del procedimiento administrativo y al decidirlo, no debe tomar partido, ni inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión objetivamente, únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que la motiva, tratando a todos los ciudadanos en forma igual, salvo las distinciones que deriven de los derechos de protección que puedan tener ciertos ciudadanos.” ³⁹

Por último, interesa destacar que el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Administrativa ha puesto en evidencia de qué manera se materializa el principio de imparcialidad al decir que el deber de la Administración Pública de tratar en igual forma a todos los particulares que estén en las mismas condiciones se concreta a través de diversas actuaciones:

“...entre otras, las de respetar el orden en que hayan sido presentadas las solicitudes y la obligación de los funcionarios de inhibirse del conocimiento de las causas en las

38 Sentencia N° 00943 de fecha 29 de julio de 2004.

39 Brewer Carías, A. “Los principios generales del Procedimiento Administrativo en la Ley 1.437 de 2001 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia”, en *Visión Actual de los Procedimientos Administrativos*. Pp. 9.

que tuviesen interés, cuando hubiere amistad o enemistad manifiesta con los interesados, cuando hubiesen manifestado previamente su opinión en el asunto de que se trate y cuando tuvieren relaciones de servicio o subordinación con los interesados, supuestos enumerados en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.⁴⁰

F. Principios de economía, eficacia y eficiencia procedimental

Entre los fines del procedimiento administrativo se encuentra el de lograr que la Administración Pública cumpla con sus cometidos de manera eficiente y eficaz, procurando al mismo tiempo la mayor austeridad posible. De ahí que, el desarrollo del procedimiento administrativo debe caracterizarse por la celeridad, simplicidad y *economía* del mismo, evitándose la realización o exigencia de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento.

Cuando se habla de *eficacia* se refiere a la rapidez y sencillez del procedimiento administrativo y sus trámites e impone que el procedimiento finalice con un acto expreso que resuelva todas las cuestiones planteadas tanto inicialmente como durante el desarrollo del procedimiento.

La *eficiencia*, por su parte, busca que la meta que se pretende alcanzar con la activación del procedimiento administrativo se cumpla, se logre con el uso óptimo de los recursos puestos a disposición de la autoridad administrativa.

El Artículo 141 de la Constitución establece que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos, por lo que la eficacia y la eficiencia constituyen aptitudes y cualidades que deben ser incorporadas en el desarrollo del actuar administrativo no sólo para proteger los derechos de los particula-

40 Sentencia de la SPA del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 54 del 21/1/2009.

res, sino también en aras de garantizar una mejor actuación en el ejercicio de la función administrativa.

Tales principios se encuentran previstos en los artículos 10, 19, 20, 21 de la *Ley Orgánica de la Administración Pública*; el artículo 30 de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*; y el artículo 5 de la *Ley de Simplificación de Trámites Administrativos*, y con relación a su contenido la Sala Político Administrativa ha dicho:

“Conforme a las normas transcritas la actividad de la Administración Pública se desarrollará atendiendo a ciertos principios, dentro de los cuales figuran los de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad.

Estos principios están íntimamente vinculados entre sí, de manera que el de **economía** incumbe a la administración eficaz y razonable de los lapsos; manifestaciones de este principio son, entre otras, la posibilidad de remitir documentos a la Administración por correo y la obligación del funcionario de advertir sobre las omisiones e irregularidades que observen en los escritos y solicitudes que éstos presenten.

Por otra parte, el principio de **eficacia** está referido a que los procedimientos deben lograr su finalidad. Para cumplir con este postulado la propia ley prevé entre otros mecanismos: la unidad del expediente, la uniformidad de los documentos y expedientes administrativos, la obligación de la administración de adoptar procedimientos idóneos para la resolución de los asuntos que se sometan a su consideración, e informar a los particulares sobre los procedimientos que se aplicarán en cada caso a fin de optimizar el su actuación permitiendo así que el interesado pueda saber

exactamente que lo que debe hacer, según el tipo de actuación de que se trate.”⁴¹

G. Principio de participación y principio de publicidad o transparencia

El *principio de participación* se deriva del derecho previsto en la Constitución de que todos los ciudadanos se interesen y formen parte de los asuntos públicos para que se transformen así en co-decisoros de los mismos.

Para lograr este cometido es indispensable que la Administración Pública establezca mecanismos de ejercicio efectivo de este derecho y le garantice el acceso a los medios de participación previstos en la Constitución y en las leyes ⁴².

Por su parte, el principio de *publicidad o transparencia* busca que se materialice otro derecho-deber del administrado: conocer la gestión de la Administración Pública para activar los mecanismos de control y participación ciudadana.

De acuerdo con la premisa de que la Administración Pública está al servicio de los administrados, cualquier procedimiento administrativo que desarrolle (junto con el expediente que lo contiene), debe estar necesariamente al alcance de las personas interesadas, de manera que su contenido no constituya ningún secreto.

El principio de transparencia es una de las manifestaciones del derecho constitucional de acceso al expediente consagrado en el artículo 143 de nuestra Carta Magna, que dispone que todas las personas tienen el derecho a estar informados, de manera oportuna y veraz por parte de la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en los que estén

41 Sentencia de la SPA del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 54 del 21/1/2009.

42 *Vid.* Artículos 55, 62, 102 y 141 de la Constitución; artículo 10 de la *Ley Orgánica de la Administración Pública*.

directamente interesados y a conocer, asimismo, las resoluciones que aquélla adopte producto del procedimiento administrativo incoado.

En definitiva, la Administración Pública tiene el deber de informar a la colectividad sobre la gestión de los asuntos de su competencia y garantizar el acceso a la información pública, de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente. Está obligada, igualmente, a hacer efectiva la fiscalización de la gestión y de los recursos públicos mediante el control social por medio de la publicidad⁴³ y la rendición de cuentas⁴⁴.

H. Principio de impulso de oficio y celeridad

Este principio se deriva del carácter inquisitivo que tiene el procedimiento administrativo (a diferencia del carácter dispositivo de los procesos civiles), rasgo que le permite a la autoridad administrativa dirigir el procedimiento y ordenar la práctica de cuánto crea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión planteada. El *principio de impulso de oficio* comprende:

- a) Capacidad de iniciar un procedimiento de oficio, ya sea por orden del superior jerárquico, por dar cumplimiento a un deber legal o en virtud de una denuncia.
- b) Obligación del instructor de dirigir e impulsar el procedimiento.

43 Vid. Artículo 49 y 143 de la *Constitución*; artículos 6, 7 y 12 de la *Ley Orgánica de la Administración Pública*; artículo 33, 59 de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*.

44 Vid. Artículo 141 de la *Constitución*; artículo 30 de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*; artículo 10 de la *Ley Orgánica de la Administración Pública*.

- c) Obligación del instructor de ordenar o practicar los actos para el esclarecimiento y resolución del procedimiento.
- d) La obligación de emitir una resolución motivada y fundamentada en el plazo respectivo.

El deber de la Administración de dar impulso al procedimiento administrativo exige que ese impulso se desarrolle con la mayor rapidez y celeridad (*principio de celeridad*) posible, por lo que debe evitar actuaciones que dificulten y entorpezcan la continuidad del procedimiento eliminando, para tal efecto, los trámites innecesarios con la finalidad de alcanzar una decisión en un tiempo razonable⁴⁵.

En cuanto al *principio de celeridad* la Sala Político Administrativa ha puesto de manifiesto que el mismo:

“...alude a la prontitud que debe emplear la Administración para sustanciar y decidir las solicitudes que se le formulen, lo cual implica, entre otras cosas, que los procedimientos se sustancien en el menor tiempo posible, preferiblemente dentro de los lapsos establecidos para ello por la propia ley. Algunas manifestaciones de este principio son: el impulso de oficio de los procedimientos, la simplificación de trámites administrativos, la producción de documentos en serie cuando sean idénticos los motivos y fundamentos de las resoluciones, siempre y cuando no se lesione con ello los derechos de los interesados.”⁴⁶

I. Principio de preeminencia del fondo sobre la forma

Este principio exige de la Administración Pública que las normas de procedimiento sean interpretadas en forma favo-

45 Vid los artículos 13 y 14 del *Decreto Legislativo de Simplificación de Trámites Administrativos*.

46 Sentencia de la SPA del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 54 del 21/1/2009.

rable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no se vean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del mismo.⁴⁷

Este principio, el de informalismo, está dirigido claramente a evitar los requisitos redundantes en los procedimientos administrativos, tanto al inicio como al momento de resolver, evitando no sólo cargas innecesarias sino también requisitos y formalidades que bien pueden interpretarse como obstáculos para el inicio y la tramitación de un procedimiento. Efectivamente, la doctrina ha puesto de manifiesto en este aspecto que:

“Siendo que el procedimiento administrativo se configura como un conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo, se considera que la prescripción de dichas formas no puede convertir al procedimiento en un bosque de formalidades que, como fin en sí mismas, entraben la acción administrativa.”⁴⁸

J. Principio de proporcionalidad y de racionalidad

Los principios de proporcionalidad y racionalidad están dirigidos a garantizar el equilibrio que debe existir entre el ejercicio del Poder Público y los administrados, por lo que la Administración Pública ha de actuar con sometimiento a los fines establecidos en las leyes y debe utilizar los medios adecuados para su cumplimiento. Además, tiene que garantizar que sus actuaciones sean lógicas y congruentes, esto es,

47 Vid. Artículo 10 de la de la *Ley Orgánica de la Administración Pública*; la *Ley de Simplificación de Trámites Administrativos* se fundamenta en esta idea.

48 Brewer Carías, A. “Los principios generales del Procedimiento Administrativo en la Ley 1.437 de 2001 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia”, en *Visión Actual de los Procedimientos Administrativos*. Pp. 13.

que se adecuen a los supuestos de hecho y normas aplicables a cada caso.⁴⁹

IV. COMENTARIO FINAL

Los principios rectores del procedimiento administrativo son las premisas de actuación de la Administración Pública; se conciben y se regulan en el ordenamiento jurídico como valores inamovibles producto de una compleja evolución de las ideas en el ámbito social, político y jurídico de nuestra cultura occidental. Es el ciudadano, titular de derechos y deberes, el que constituye el eje alrededor de la cual gira el Derecho Administrativo, de ahí que sus instituciones como el procedimiento administrativo y los principios rectores que lo sustentan, aparecen como las garantías ineludibles de protección de la persona, en el marco de un Estado social y democrático de derecho cuya función es servir de equilibrio entre las necesidades individuales y los intereses colectivos.

Los principios a los que se ha hecho mención han de constituir el norte de actuación de la Administración Pública y debe perseverarse en ello porque, como bien se ha dicho *“es más fácil escribir diez volúmenes de principios filosóficos que poner en práctica uno sólo de ellos”*⁵⁰; de ahí la insistencia y la reiteración en el estudio de dichos principios, para que dejen de ser conceptos impuestos desde la norma y pasen a ser comportamientos inherentes y espontáneos que asuma la Administración Pública en su quehacer diario y en sus relaciones con los ciudadanos a quienes debe servir, tal y como lo demanda nuestra Constitución.

49 Vid. Artículo 10 de la *Ley Orgánica de la Administración Pública*; artículos 32, 33, 59 de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*.

50 León Tólstoi.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Araujo Juárez, J., *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Vadell Hermanos Editores. Tercera Edición corregida y aumentada. Caracas, Venezuela, 1998.
- Araujo Juárez, J., *Derecho administrativo general. Procedimiento y Recurso Administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010.
- Araujo Juárez, J., “La teoría de la forma y el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública”, en *Estudios de Derecho Administrativo. Tomo I. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años de especialización en Derecho Administrativo*. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 2. Caracas-Venezuela, 2001.
- Ballasso, C., “El principio de protección de la confianza legítima y su aplicabilidad respecto de los ámbitos de actuación del Poder Público”, en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público (1980-2005)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006.
- Barnés, J., “Hacia procedimientos administrativos de tercera generación”, en *Visión actual de los procedimientos administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Centro de Adiestramiento Jurídico “CAJO”. Caracas, 2011.
- Brewer Carías, A., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. 5ta. Edición. Caracas, 1999.
- Brewer Carías, A. R., “Los principios generales del Procedimiento Administrativo en la Ley 1.437 de 2001 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia”, en *Visión Actual de los*

Procedimientos Administrativo. Editorial Jurídica Venezolana. Centro de Adiestramiento Jurídico “CAJO”. Caracas, 2011.

Brewer Carías, A., *Algunos principios generales del derecho administrativo en Venezuela, en particular, sobre el procedimiento administrativo y los efectos del silencio administrativo*. Ponencia presentada en fecha 23 a 25 de octubre de 2011 en el IV Congreso Internacional y V Congreso Mexicano de Derecho Administrativo, celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/AllanBrewerCarias.pdf

Dromi, R. *El procedimiento administrativo*. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1999.

Gordillo, A., *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3. Fundación de Derecha Administrativo y FUNEDA. Caracas, 2002.

Hernández, J.I., *Lecciones de Procedimientos Administrativo*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2012.

Lares Martínez, E., “Los Procedimientos Administrativos”, en *Libro Homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*. Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975.

López Olvera, M. A. *Los principios del procedimiento administrativo*. Artículo de Internet. Dirección: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/12.pdf>.

- Moles Caubet, A. "Introducción al procedimiento administrativo", en *El Procedimiento Administrativo. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. Vol. IV. 1980-1981. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1983.
- Muci Borjas, J. A. "Procedimientos y Administración Pública. Algunas reflexiones en torno al procedimiento administrativo venezolano de ayer y de hoy, en vista de las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia comparadas", en *100 años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*. Universidad Central de Venezuela. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Funeda. Toma II. Caracas, 2011.
- Parada, R. *Derecho Administrativo I. Parte General*, Décimo Tercera Edición. Marcial Pons. Madrid, 2002.
- Parejo Alfonso, L. Jiménez-Blanco, A, y Ortega Álvarez, L. *Manual de Derecho Administrativo*. Tercera Edición corregida y puesta al día. Editorial Ariel Derecho. Barcelona, 1994.
- Pellegrino, C. "Algunas consideraciones sobre el Procedimiento Administrativo y el expediente administrativo", en *Revista de la Facultad de Derecho*. 2009/Nº 64. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010.
- Santamaría Pastor, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen II y II. Segunda Edición. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2001.
- Santofimio Gamboa, J. O. "El derecho a la defensa en las actuaciones administrativas", en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". La relación jurídico administrativa y el procedimiento administrativo*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 1998.

Urdaneta Sandoval, C., "Acerca del "debido proceso" en los procedimientos desplegados para el ejercicio de las funciones administrativa y legislativa", en *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Administrativo 1980-2005*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006.

Rodriguez, A. "Reflexiones sobre el procedimiento administrativo y la simplificación de trámites en Venezuela", *Visión Actual de los procedimientos administrativos. III Congreso de Derecho Administrativo. Margarita 2011*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.

Toro Dupoy, M. E. "El principio de confianza legítima en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativa", en las *IV Jornadas de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías"*, Volumen II. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2006.

MILITARIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Diana Trías Bertorelli¹

Resumen: Se estudia el anómalo fenómeno venezolano de la militarización de la actividad administrativa y el impacto que ha tenido en el ejercicio de la gestión pública administrativa en lugar de la profesionalización que debe regir en ese ámbito.

Palabras Clave: Militarismo. Actividad administrativa. Función pública administrativa. Pretorianismo.

Summary: Study on the anomalous venezuelan phenomenon of militarization of the administrative activity and its impact on the public administration in contrast to the professionalization of this sector.

Key words: Militarization. Administrative activity. Public administrative policy.

Recibido: 6 de diciembre de 2018 Aceptado: 18 de febrero de 2019

1 Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Postgrado en la Universidad Central de Venezuela en Derecho Administrativo. Profesora de Pre y Postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesora de Pregrado en la Universidad Monteávila. Profesora de Postgrado en la Universidad Metropolitana.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Fundamento constitucional y legal de la Administración Pública y la Fuerza Armada Nacional
- III. Militarización de la Administración Pública
- IV. Pretorianismo
- V. Ejercicio de las funciones. Principios. Mentalidad
- VI. Impacto de la situación en el ámbito de la gestión o buena gobernanza de la Administración Pública
- VII. Conclusiones
- VIII. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Las presentes consideraciones tienen como objetivo comentar la particular situación que se ha denominado “Militarización de la Administración Pública” y su incidencia en el desarrollo de la gestión pública.

Punto de partida necesario son los resultados que arrojan estudios de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y del Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) que reflejan una alta ocupación (más del 60%) de militares activos o retirados en cargos de la Administración Pública tanto central como descentralizada en los distintos niveles políticos territoriales. Se advierte así mismo, una alta ocupación de militares tanto activos como retirados en cargos de elección popular.

En la actualidad los militares ejercen un rol protagónico en el quehacer político y de manera preponderante en la gestión de la Administración Pública.

Se trata de una situación que se ha acrecentado en los últimos dos años hasta alcanzar un nivel preocupante que

configura una situación excepcional en lo que comporta el desempeño de la gestión pública.

Muestra de ello lo constituye las declaraciones del Presidente de la República en el acto de salutación presidencial de fin de año (2015) a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, durante el cual expresó *“He dado una orden para implementar un plan bien pensado, detallado para que el personal castrense regrese a puestos de mando y a filas activas en cada componente, los compañeros y compañeras que han ido a la administración pública a prestar servicios a la Patria; es momento de regresar a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para traer más unión y para reforzar la Fuerza Armada Nacional Bolivariana”*.²

Asimismo, añadió *“Es la hora de venir a reforzar a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana que queden en la administración pública los estrictamente necesarios para cargos clave, por su trabajo, su disciplina y su capacidad para cumplir ordenes”*.³

Se trata de una excepcional situación de protagonismo del estamento militar en el ámbito de la gestión pública cuyo análisis exige conocer el anclaje constitucional y legal respecto de la filosofía y funciones de los distintos ámbitos involucrados, a saber, la Administración Pública y la Fuerza Armada Nacional.

2 (Caracas, 12 de diciembre Noticia al día) <http://noticiaaldia.com/2015/12/ordenan-a-militares-ubicados-en-la-administracion-publica-volver-a-sus-componentes/>

3 (Caracas, 12 de diciembre. Noticias24). www.noticias24.com/venezuela/noticia/305662/maduro-a-los-militares-de-la-administracion-publica-regresen-para-reforzar-la-fuerza-armada/

II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA FUERZA ARMADA NACIONAL

Por lo que atañe a la Administración Pública, la Constitución en el artículo 141 dispone que *“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”*.

En el orden legislativo, la Ley Orgánica de la Administración Pública establece en el artículo 5 que *“La Administración Pública está al servicio de las personas y su actuación está dirigida a la atención de sus requerimientos y satisfacción de necesidades, **brindando especial atención a los de carácter social. La Administración debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella**”*. (Resaltado nuestro).

Por su parte, el artículo 1 *ejusdem*, dispone que *“La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma, responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho y con supresión de las formalidades no esenciales. (...)”*. (Resaltado nuestro).

Así, la Administración Pública constituye una de las herramientas del Estado para ejecutar sus cometidos. La satisfacción del interés general y, por tanto, la protección de los derechos de los ciudadanos, exige una Administración Pública llamada a desempeñar un rol de interlocutor entre los ciudadanos y el Estado. Ello comporta la necesidad de asumir políticas de gestión pública dirigidas a promover el respeto y protección

integral de los derechos de los ciudadanos orientada por el respeto a la diversidad de los diferentes grupos sociales involucrados, inclusión social, equidad en todas sus dimensiones y accesibilidad.

Resulta pertinente destacar lo expresado por Gregorio Montero respecto de la trascendencia de la actividad administrativa al afirmar que *“Evidentemente, por su propia naturaleza, la mayor cantidad de presión social que se ejerce sobre el Estado la recibe el estamento administrativo, ya que a la Administración Pública le corresponde la gestión directa y permanente de las relaciones del Estado con los particulares, es la catalizadora de las demandas ciudadanas. Por ello la Administración Pública en la actualidad y hacia adelante debe ser expresión fiel de los intereses y aspiraciones de la gente, solo así puede constituirse en lo que debe ser, el instrumento de satisfacción de sus necesidades y la impulsora del desarrollo sostenible”*⁴.

Así mismo, debe resaltarse que, conforme a nuestro ordenamiento constitucional y legal, la participación del ciudadano en los asuntos públicos aparece concebida como un **derecho-deber** que le permite contribuir en la construcción justa de la sociedad a la que pertenece.

Por lo que se refiere a la Fuerza Armada Nacional, la Constitución dispone en el artículo 328 que *“La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado **para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y la ley. En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna.***

4 Montero, Gregorio. ICAP. Revista Centroamericana de Administración Pública (62-63): 25-38, 2012) pág. 35

Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación. (...)”. (Resaltado nuestro).

Por su parte el artículo 329 Constitucional ordena que *“El Ejército, la Armada y la Aviación tienen como **responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación.** (...)”.* (Resaltado nuestro).

A nivel legal, interesa destacar el contenido de varias disposiciones de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Bolivarianas. Así el artículo 3 dispone que *“La Fuerza Armada Nacional Bolivariana tiene como misión fundamental, garantizar la independencia y soberanía de la nación y asegurar la integridad del espacio geográfico **mediante la defensa militar** (...)”.* (Resaltado nuestro).

En cuanto a las funciones, interesa resaltar a los fines de las presentes consideraciones, el contenido el artículo 4 numeral 10 que establece *“Son funciones de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana:*

(...) numeral 10: “Analizar, formular, estudiar y difundir el pensamiento militar venezolano” (Resaltado nuestro). -

Por lo que se refiere a la definición del profesional militar el artículo 152 *ejusdem*, dispone que *“La carrera militar es el ejercicio de la profesión de las armas”.* (Resaltado nuestro).

En cuanto a la educación militar el **artículo** 121 contempla que *“La educación militar deberá promover y difundir las ideologías de nuestros precursores emancipadores y próceres venezolanos (...)”.* (Resaltado nuestro).

Las anteriores regulaciones resultan fundamentales para analizar el contenido y alcance que desde el ámbito constitucio-

nal y legal nuestro ordenamiento jurídico contempla respecto de la filosofía, funciones y orientación que el desarrollo de la función administrativa y militar comportan.

III. MILITARIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La particular y excepcional situación que ocurre en el ámbito de la Administración Pública que se ha denominado “Militarización de la Administración Pública” exige a los fines de su adecuada identificación como fenómeno sociopolítico realizar algunas **precisiones** básicas, pues resulta un tema histórico y sociológico complejo que excede el objetivo de las presentes consideraciones cuya finalidad fundamental consiste en comentar el impacto que ello comporta en el desarrollo de la gestión pública en orden a sus principios y funciones.

La Real Academia Española, define el término militarizar como *“Infundir la disciplina o el espíritu militar. Someter a la disciplina militar. Dar carácter u organización militar a una colectividad.”*

Por su parte el profesor Marco Tulio Mérida señala respecto del alcance del vocablo militarización que éste *“Se utiliza comúnmente en América Latina para designar la tendencia de las instituciones militares y militares a extender su participación en el gobierno civil de una nación, desplazando y sustituyendo los elementos civiles”*.⁵

Se trata pues, de una ocupación de militares en el ejercicio de la función pública, o de la intervención de instituciones militares en la conducción y desarrollo de la gestión pública.

Sin embargo, aclara el autor citado que en rigor no puede hablarse de militarización pues *“El hecho que los militares participen o acompañen a los civiles no puede entenderse como militarismo*

5 Mérida. Marco Tulio. Artículo *“Poder militar y control civil en la Venezuela contemporánea”*. Pág. 3

pues los objetivos de esos militares son de otra índole, combatir corrupción, defender privilegios o defender su institución de politización”.

Ciertamente, la participación de militares en el ámbito de la Administración Pública no obedece o se identifica con el alcance de objetivos en el desarrollo de su función primordial de garantizar la independencia y soberanía de la Nación mediante la defensa militar, en orden a lo contemplado en la Constitución y en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Bolivarianas, tal y como de las disposiciones normativas precedentemente transcritas puede evidenciarse.

Lo antes dicho descarta que el término “Militarización” sea el adecuado para identificar y definir en rigor la situación planteada.

IV. PRETORIANISMO

La Real Academia Española define el término “Pretorianismo” como la *“Influencia política abusiva ejercida por algún grupo militar”*.

Respecto del pretorianismo, la doctrina distingue diversos modelos, sin embargo, tal y como se indicara respecto del militarismo, interesa realizar algunas precisiones básicas, pues resulta un tema histórico y sociológico complejo que excede el objetivo de las presentes consideraciones. En ese sentido, el Profesor Marco Tulio Mérida califica el caso venezolano como *“Pretorianismo corporativo-autoritario. Este modelo se sustenta en la cooperación y el clientelismo populista. La fuerza armada puede entenderse como pretoriana arbitraria o pretoriana gobernante. Cuando la fuerza armada no se considera preparada para asumir el poder civil actúa como vigilante o guardián del poder civil. En sentido contrario, la fuerza armada pretoriana gobernante se considera capaz y ambiciona el poder político civil y no tiene reparo en sustituir a*

los civiles del gobierno"⁶. Expresión máxima del pretorianismo gobernante, señala el profesor Mérida, fue el gobierno de Hugo Chávez, y podemos afirmar que el pretorianismo indicado se ha incrementado en el gobierno actual por lo que atañe a la ocupación por militares en altos cargos de la Administración Pública.

Con las precisiones propias de los conocedores del tema es lo cierto que se trata de una elevada intervención o presencia de militares activos o retirados en el ejercicio de la función pública que no persiguen el alcance de objetivos militares.

V. EJERCICIO DE LAS FUNCIONES. PRINCIPIOS. MENTALIDAD

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico la Administración Pública y la Fuerza Armada Nacional tienen funciones propias de suma importancia para el Estado, concebidas de acuerdo a principios específicos en orden a la naturaleza de su actividad. Si bien existen principios que resultan comunes entre la Administración Pública y las Fuerzas Armadas, como la jerarquía, subordinación y obediencia, éstos son conceptualizados y desarrollados de una manera particular en el ámbito castrense y en el ámbito de la Administración Pública.

En términos generales puede afirmarse que los principios y fines tanto de la Administración Pública como de la Fuerza Armada Nacional están vinculados con la mentalidad civil o militar respectivamente y por ende su formación se encuentra orientada a desarrollar capacidades y aptitudes propias según la institución de que se trate. Así pues, la mentalidad civil es consensual, participativa, pensamiento crítico, control social, tiende a favorecer el discurso y la diversidad, en orden a dar concreción al logro de los fines de la Administración Pública.

6 Artículo cit. Pág. 5

Debe resaltarse en este punto, lo consagrado en el artículo 62 de la Constitución al establecer que *“La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.”*

Por su parte, la mentalidad militar se caracteriza por una persecución a lo distinto, uniformidad del pensamiento, poca tolerancia al pensamiento crítico, rigidez, lo cual resulta adecuado a los fines de la institución castrense, pero incompatible con el desempeño o ejercicio de la gestión pública en los diversos sectores en los cuales la Administración Pública interviene.

Debe precisarse que no se pretende con las presentes consideraciones criticar la mentalidad o principios que orientan la formación militar pues ésta resulta adecuada a los fines que persigue, y en ese sentido cabe recordar que conforme a lo establecido en el artículo 152 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Bolivarianas *“La carrera militar es el ejercicio de la profesión de las armas”*, para el ejercicio responsable de la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación.

Resulta indudable el valioso aporte que comporta la adecuada selección del personal o talento humano para el ejercicio de la función pública tanto administrativa como castrense, atendiendo a criterios de especialidad técnica y científica, dada la trascendencia que tanto para las referidas instituciones como para el ciudadano ello lleva de suyo. Así pues, la profesionalización y mejora continua de ambos sectores impone no escatimar los esfuerzos que requiera su logro y no anteponer fines distintos a los propios de cada institución.

VI. IMPACTO DE LA SITUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA GESTIÓN O BUENA GOBERNANZA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La presencia de un altísimo número de militares en cargos de la Administración Pública tanto central como descentralizada en los distintos niveles políticos territoriales, situación que se ha acrecentado en los últimos años, ha impactado de forma tanto cuantitativa como cualitativamente en el desarrollo y alcance de la gestión pública. En efecto, se advierte una elevada ocupación de militares en cargos públicos en los diversos sectores de intervención de la Administración Pública.

En ese sentido, se observa un rol protagónico de militares en la conducción de políticas en el sector, finanzas, educación, industria, alimentación, telecomunicaciones, electricidad, entre otros. Así mismo debe resaltarse que un elevado número de militares ocupan cargos de embajadores y gobernadores.

La situación actual impide afirmar que ello ha impactado de forma positiva el logro de las funciones primordiales de la Administración Pública en el ámbito de los sectores en los cuales han ejercido cargos de dirección, pues se ha pretendido resolver problemas propios y típicos de la Administración Pública con soluciones de carácter militar y bajo un esquema de organización de cadenas de mando reñidas con la sociedad civil y cuyo resultado ha sido absolutamente negativo.

Debe resaltarse que la participación excesiva de militares en el ejercicio de actividades propias de la Administración Pública, así como la participación de civiles en el ejercicio de operaciones militares, configura una **inconveniencia recíproca** para ambas instituciones por diversas razones todas de igual importancia:

La influencia o participación abusiva de militares en el ejercicio de la función pública administrativa, sin duda altera

los fines de ambas instituciones conforme al ordenamiento jurídico que la rige. Obviamente, que, en sentido inverso, es decir, una participación excesiva de civiles en el ejercicio o desarrollo de operaciones militares, aún cuando ello no constituye un fenómeno de ocurrencia actual en Venezuela, impacta así mismo de forma negativa, pues carecen de la formación que la función castrense exige.

Se produce una pérdida de espacios de acción tanto para los civiles como para los militares que compromete la gestión efectiva y eficiente de ambas instituciones. En ambos casos, ello va en detrimento del derecho de los ciudadanos de contar con gestiones adecuadas que garanticen los derechos de los ciudadanos de contar con el ejercicio exitoso de la función militar y administrativa.

Como consecuencia de la participación excesiva de militares en el ejercicio de la función pública administrativa, se advierte una asunción de políticas y soluciones de corte castrense, a situaciones o problemas típicos de la Administración Pública. Estas soluciones en muchos casos tienen un componente agresivo y ordenadas bajo una organización de la sociedad de acuerdo a cadenas de mando, que ciertamente resultan contrarias a los principios que informan la gestión pública administrativa.

La referida ocupación excesiva de militares en cargos de la Administración Pública, resulta contraria a la profesionalización y mejora continua propia de cada institución, las cuales deben desarrollarse en orden a las particularidades y normativa especial que rige el ámbito de desempeño de éstas.

VII. CONCLUSIONES

1. La presencia de un alto número de militares en cargos de la Administración Pública tanto central

como descentralizada en los distintos niveles políticos territoriales, se ha acrecentado en los últimos años. Ello impacta de forma negativa tanto cuantitativa como cualitativamente el desarrollo y alcance de la gestión pública.

2. La ausencia de objetivos militares en la participación de militares en el ejercicio de la función pública administrativa impide que pueda calificarse la situación como "Militarismo".
3. El "Pretorianismo" produce una alteración de los fines tanto de la Administración Pública como de la institución militar con la consecuente pérdida de espacios de acción efectiva y eficiente en detrimento de los derechos de los ciudadanos.
4. La participación excesiva de militares en el ejercicio de actividades propias de la Administración Pública, así como la participación de civiles en el ejercicio de operaciones militares, configura una inconveniencia recíproca.
5. Gestión pública ineficiente con la asunción de soluciones de carácter militar a problemas o situaciones administrativas que resultan contrarias a los principios que informan la gestión pública administrativa.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. Avendaño Lugo, José Ramón. *"El Militarismo en Venezuela"*. 1982. Ediciones Centauro. Caracas.
2. Diccionario de Ciencias Sociales. 1995. UNESCO. Madrid.
3. Diccionario de la Real Academia Española.

4. Guardia Rolando, Inés. Olivieri, Gianina. "Estudio de las relaciones civiles-militares en Venezuela desde el siglo XIX hasta nuestros días". Revista *"Temas de Formación Sociopolítica"*. Nro. 42. 2005. Publicaciones UCAB.
5. Irwing, Domingo. *"Relaciones civiles-militares en el siglo XX"*. 2000. Ediciones Centauro. Caracas.
6. Mérida. Marco Tulio. Artículo *"Poder Militar y Control Civil en la Venezuela Contemporánea"*.
7. Montero, Gregorio. ICAP. *"Revista Centroamericana de Administración Pública"* (62-63): 25-38, (2012).
8. Rivas, José Antonio. "Desinstitucionalización de los partidos y militarización de la política en Venezuela". *Reflexión Política*, vol. 11, núm. 22, diciembre, 2009, pp. 68-80 Universidad Autónoma de Bucaramanga-Colombia.
9. Caracas, 12 de diciembre Noticia al día, <http://noticiaal dia.com/2015/12/ordenan-a-militares-ubicados-en-la-administracion-publica-volver-a-sus-componentes/>.
10. Caracas, 12 de diciembre. Noticias 24. www.noticias24.com/venezuela/noticia/305662/maduro-a-los-militares-de-la-administracion-publica-regresen-para-reforzar-la-fuerza-armada/.

JUSTICIA ELECTORAL Y AUTORITARISMO JUDICIAL ELECTORAL EN VENEZUELA

Daniela Urosa Maggi¹

Resumen: Ensayo en relación con la correcta utilización de la justicia contencioso-electoral como mecanismo de control de los actos y actuaciones de contenido electoral, así como, la desviación de su finalidad en Venezuela deviniendo en un autoritarismo judicial.

Palabras Clave: Tutela Judicial. Debido proceso. Contencioso-electoral. Autoritarismo judicial. Democracia.

Summary: Essay on the proper use of the contentious-electoral justice as a control mechanism of electoral activities, and its deviation on judicial authoritarianism in Venezuela.

Key words: Judicial tutelage. Due process. Contentious-electoral justice. Judicial authoritarianism. Democracy.

Recibido: 4 de enero de 2019 Aceptado: 14 de marzo de 2019

¹ Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid (2002). Profesora de Derecho Procesal Constitucional y Derecho Procesal Administrativo, UCAB (2008-2019). Visiting Scholar Boston College Law School (2017-2019). El presente artículo constituye el texto en español de la conferencia "Electoral Justice and Electoral Judicial Authoritarianism in Venezuela" presentada en el marco de la Conferencia Internacional "Electoral Integrity and Constitutional Democracy in Latin America" organizado por el Clough Center for the Study of Constitutional Democracy, Boston College, Ma, en noviembre de 2018.

SUMARIO

Introducción

- I. La Justicia Electoral en Venezuela: De Iure
- II. Autoritarismo Judicial Electoral en Venezuela: De Facto
- III. Consecuencias del autoritarismo judicial electoral respecto de la integridad electoral en Venezuela
- IV. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

La existencia de mecanismos efectivos e imparciales de solución de conflictos electorales y de revisión de todos los actos y actuaciones relacionadas con el proceso electoral es condición básica en términos de integridad electoral. Esa revisión se realiza mediante la justicia contencioso-electoral cuya finalidad es, precisamente, el control judicial de los actos y actuaciones de contenido electoral y la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos en el marco de procesos electorales y de relaciones jurídicas de naturaleza electoral.

Así, la justicia electoral es garantía de la integridad electoral al menos por cuatro razones fundamentales:

En primer lugar, porque es garantía de los derechos fundamentales de contenido político: el derecho al voto, el derecho a ser electo y el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos (artículos 62 y siguientes de la Constitución venezolana).

Segundo, porque es garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, muy en especial del derecho de acceso a la justicia y al debido proceso, tanto desde una perspectiva individual como de derecho colectivo o difuso (artículos 27 y 49 de la Constitución).

Tercero, porque es garantía del Estado de derecho y de la democracia constitucional.

Cuarto, porque es garantía de los principios constitucionales de transparencia, competitividad y auditabilidad de los procesos electorales y, en consecuencia, garantía de integridad electoral (artículo. 293 de la Constitución).

La justicia electoral es el custodio final del ciclo electoral: cualquier falla en las condiciones de integridad electoral pueden y deben ser restablecidas por la justicia electoral. Sin embargo, dada la relevancia de sus funciones y del poder ejercido, la justicia electoral puede ser, también, una amenaza para la integridad electoral cuando falla en la garantía de la legalidad de las elecciones o, incluso peor, cuando contribuye activamente a acabar con las condiciones de integridad electoral.

En las siguientes páginas expondremos unas breves reflexiones sobre el que es, probablemente, el caso más dramático de las posibles patologías de la justicia electoral: *el autoritarismo judicial electoral, el cual sucede cuando la justicia electoral es utilizada como arma política de manera activa* (lo que Mark Tushnet denomina “constitutional hardball”²) *para anular elecciones ajustadas a derecho, transparentes o que son fiel reflejo de la voluntad popular, o bien para evitar el control de elecciones ilegales y manipuladas*. En definitiva, es el lado más oscuro y reprochable de lo que debería ser la justicia electoral.

2 Tushnet denomina “constitutional hardballs” aquellas instituciones democráticas que son utilizadas como armas políticas por gobiernos autoritarios en su propio beneficio, desvirtuando completamente su razón de ser y las funciones que constitucionalmente le corresponden. En principio, cualquier institución puede ser abusada en estos términos, no obstante según la naturaleza de sus competencias, algunas serán más eficaces y peligrosas que otras como arma política. TUSHNET, MARK, “Constitutional hardball. (Marbury v. Madison and Judicial Review: Legitimacy, Tyranny and Democracy”, *John Marshall Law Review*, 37(2), 2004, p. 523-553.

Cabe así preguntarse, ¿cuándo o cómo ocurre el autoritarismo judicial electoral? Este ocurre cuando un gobierno autoritario es apoyado por la justicia electoral, que actúa como arma política del Poder Ejecutivo para mantenerlo ilegítimamente en el poder. En otras palabras, el autoritarismo judicial electoral sucede cuando los jueces electorales pierden su independencia y se convierten en actores políticos en favor de un régimen autoritario, violando así las funciones constitucionales que justifican su existencia. No son simplemente algunas decisiones judiciales aisladas en las que se denota parcialidad por uno u otro partido político o candidato, es la conducta judicial reiterada y sistemática de control de elecciones con propósito antidemocrático de favorecer a un gobierno autoritario.

Asimismo, ¿por qué ocurre el autoritarismo judicial electoral? En su libro *Why elections fail*, la profesora Pippa Norris explica cómo la capacidad estatal, la fortaleza de las instituciones y el comportamiento de los servidores públicos es clave para la integridad electoral, incluso más que el marco jurídico electoral y la estructura legal-formal de las autoridades electorales y de los tribunales electorales³. Ello es absolutamente cierto y es la causa del autoritarismo judicial electoral: cuando no hay capacidad estatal suficiente para mantener y reforzar la separación de poderes y la independencia judicial, cualquier corte o tribunal, incluidos los tribunales electorales, puede convertirse en un arma política del Poder Ejecutivo. En estos casos, la justicia electoral ayudará perversamente a desmantelar las garantías de integridad electoral o mantener las actuales condiciones defectuosas y amañadas del sistema electoral sin permitir su corrección.

Ahora bien, es importante precisar ¿cuál es el significado de *justicia electoral* en términos de autoritarismo judicial electoral? Cuando hablamos de justicia electoral nos referimos a los órganos judiciales a los que corresponde la resolución de

3 NORRIS, PIPPA, *Why nations fail*, Cambridge University Press, 2015, pp. 169-170.

disputas electorales y el control de la legalidad electoral, lo que incluye a todos los jueces y tribunales con competencia en materia electoral, esto es que ejercen el control de procesos electorales y la protección de los derechos electorales. En algunos casos será solo una Corte o Tribunal Electoral especializado, en otros el término justicia electoral incluirá a aquellos tribunales constitucionales, penales, administrativos e incluso internacionales cuyas decisiones inciden directa o indirectamente en procesos electorales y el control de delitos electorales.

En las recientes elecciones de América Latina, el autoritarismo judicial electoral ha estado presente, especialmente en el caso de Venezuela y es una amenaza latente en otros países como Bolivia y Nicaragua. Analicemos someramente el autoritarismo judicial electoral en Venezuela y el incremento sostenido que ha presentado en los últimos años, con una clara incidencia -inversamente proporcional- en la disminución de los niveles de integridad electoral, de democracia y de estado de derecho en nuestro país.

I. LA JUSTICIA ELECTORAL EN VENEZUELA: DE IURE

La Constitución y la legislación venezolana regulan un completo sistema de justicia electoral. De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, la justicia electoral es, de iure, un efectivo sistema judicial capaz de controlar todo acto, actuación u omisión electoral antes, durante y después del proceso comicial. Así, la justicia electoral venezolana tiene competencia para anular cualquier resultado electoral, dictar órdenes a las autoridades administrativas electorales (CNE y órganos electorales subalternos) e incluso órdenes a los partidos y agrupaciones políticas; asimismo puede corregir irregularidades en cualquier etapa del ciclo electoral, dictar medidas preventivas en cualquier tiempo y ordenar la repetición de elecciones cuando se dan los supuestos de ley previstos para ello. En abundancia, la justicia electoral tiene competencia para la protección de los

derechos fundamentales de contenido político y, en general, todo derecho fundamental violado en el marco de procesos electorales.

La justicia electoral es ejercida en Venezuela por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, como tribunal de única instancia compuesto por cinco magistrados. Es, por ende, una institución de naturaleza judicial, separada y distinta de la administración electoral (CNE).

Pero la justicia electoral también es ejercida en Venezuela por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en tanto máxima instancia del control de la constitucionalidad de los actos del poder público de rango legal y protección de los derechos fundamentales, incluidos los derechos electorales. En consecuencia, ambas Salas, Electoral y Constitucional, son piezas clave de la justicia electoral en Venezuela.

El medio procesal por excelencia en la justicia electoral venezolana es el recurso contencioso electoral regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la Ley Orgánica de Procesos Electorales como un medio breve, sumario y eficaz que, también de iure, contribuye a dar integralidad y efectividad al derecho a la tutela judicial en materia electoral. Asimismo, la acción de amparo constitucional regulada en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es otro medio procesal breve, sumario y eficaz para proteger los derechos constitucionales violados en el marco de procesos electorales.

Por ende, cualquier investigador que simplemente lea la Constitución de 1999 y la legislación electoral venezolana (Ley Orgánica de Procesos Electorales y Ley Orgánica del Poder Electoral) podría concluir que la justicia electoral es, en nuestro país, un sistema completo y moderno, de jueces imparciales e independientes, capaces de controlar toda actuación

electoral, garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y la protección de los derechos fundamentales a través de medios procesales breves, sumarios y eficaces. Nada más lejos de la realidad.

II. AUTORITARISMO JUDICIAL ELECTORAL EN VENEZUELA: DE FACTO

La situación de facto de la justicia electoral en Venezuela es diametralmente distinta a su situación de iure. Así, ni la Sala Electoral ni la Sala Constitucional son tribunales imparciales. Desde su creación en la Constitución de 1999 y hasta el presente, dichas Salas no han dictado una sola decisión en contra del partido de gobierno.

En efecto, desde el año 2000, la independencia del Poder judicial venezolano fue paulatinamente dismantelada mediante la declaratoria de emergencia judicial y la aprobación de varias reformas legislativas que se tradujeron en la pérdida de estabilidad de la judicatura, fin de la carrera judicial y, particularmente, pérdida de autonomía del Tribunal Supremo de Justicia⁴.

Al mismo tiempo, a partir de ese año fue mermando progresivamente el buen nivel de integridad electoral, en particular, a través de la creciente parcialidad del árbitro electoral (CNE), ausencia de transparencia del voto electrónico, ausencia de campañas electorales competitivas, inconsistencias en el registro electoral, restricciones indebidas al derecho de acceso a la información electoral y ausencia de imparcialidad de la justicia electoral.

4 Por todos, Brewer-Carias, Allan R., *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho*, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas New York, 2016; CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO (et. al), *El TSJ al servicio de la Revolución*, Editorial Galipán, Caracas, 2014.

Para entonces, Venezuela era considerada un autoritarismo competitivo⁵, lo que significa que a pesar de la ausencia de condiciones electorales óptimas, las elecciones podían ser un mecanismo para canalizar la participación política, promover la solución de conflictos políticos y ser el reflejo de la voluntad de la mayoría de los votantes.

Tal situación cambió a partir de 2013. Desde ese año y hasta el 2015 el gobierno de Nicolás Maduro incrementó arduamente el control político sobre el sistema electoral, al punto que los bajos niveles de competitividad electoral desaparecieron. El sistema electoral venezolano degeneró en un autoritarismo no competitivo por las siguientes razones: (i) ausencia de elecciones libres, en todos los procesos electorales a partir de ese año han sido recurrentes los hechos de coerción sobre los votantes a cambio de medicinas y comida o bien bajo amenaza de la pérdida de beneficios funcionariales; (ii) ausencia de elecciones absolutamente secretas, siendo también frecuentes las denuncias de voto asistido durante el día de la elección; (iii) inhabilitación política, privación de libertad o exilio de la mayoría de los candidatos que se oponen al gobierno; (iv) ilegalización de la mayoría de los partidos políticos de oposición, por lo que no pueden postular candidatos ni participar en elecciones y (v) el 85% de los medios de comunicación son controlados por el Estado, lo que impide la realización de campañas electorales competitivas.

Pero la degeneración del sistema electoral venezolano se ha reflejado particularmente en la justicia electoral. Así, la justicia electoral no solo ha evadido el control y nulidad de elecciones abiertamente ilegales sino que, además, ha adoptado diversas decisiones para dejar sin efecto la auténtica voluntad de los electores, lo que ha sido piedra angular del desmantelamiento de las condiciones de integridad electoral en favor del régimen autoritario de Maduro. Se trata de un caso claro de autorita-

5 Levitsky, Steven, & Ziblatt, Daniel, *How Democracies Die*, Crown, New York, 2018, pp. 22 y ss.

risimo electoral: en vez de actuar como custodio del sistema electoral, el derecho al voto y la democracia, la justicia electoral ha decidido actuar como uno de los perpetradores del fraude electoral que consolida, como se dijo, un régimen autoritario de gobierno sin la legitimidad del voto popular.

Analicemos brevemente los cinco casos principales del avance del autoritarismo judicial electoral en Venezuela:

1. Elecciones presidenciales de 2013

En el año 2013, inmediatamente luego del fallecimiento del entonces Presidente Hugo Chávez, se convocaron elecciones presidenciales en Venezuela, las cuales se realizaron en ausencia de óptimas garantías electorales.

En esa elección, quien para el momento desempeñaba el cargo de Vicepresidente, Nicolás Maduro, fue postulado como candidato por el partido de gobierno. Prontamente, el Tribunal Supremo de Justicia permitió a Maduro actuar como Vicepresidente encargado de la Presidencia de la República y, al mismo tiempo, ser candidato presidencial, a pesar de que ello contradecía abiertamente el artículo 229 de la Constitución. Ello permitió al candidato Maduro el control político de las elecciones, particularmente durante la campaña electoral, la cual no fue competitiva ni realizada en igualdad de condiciones, a causa del uso ilegal de fondos públicos y medios de comunicación controlados por el Estado con fines electorales. Aun así, la diferencia de votos entre el candidato Maduro y el candidato opositor Henrique Capriles fue menor al 2%.

Con fundamento en la violación de las reglas electorales fundamentales de postulación de candidatos, campaña electoral, amenazas y coacción sobre votantes el día de la elección, voto asistido y falta de transparencia de los resultados electorales, fueron presentadas diez demandas contencioso-electorales en contra de esa elección presidencial, incluida la que suscribió

el candidato Henrique Capriles, quien decidió no reconocer la elección hasta que se realizase una apropiada revisión judicial de la misma.

Sin embargo, la Sala Constitucional, actuando en este caso como “juez electoral”, de oficio y argumentando “notoriedad judicial”, se avocó al conocimiento de tales diez demandas. A pocos días de haberse avocado -pero varios meses después de interpuestas las demandas- la Sala Constitucional declaró inadmisibles todas las demandas contencioso-electorales⁶. Para ello consideró -sin hacer mayor análisis jurídico- “infundadas” la peticiones de nulidad electoral y por ende inadmisibles, a pesar de que la mayoría de las demandas recogían en cientos de páginas las razones de hecho y de derecho en las que se fundamentaban los alegatos de ilegalidad y fraude electoral, por lo que tales demandas debieron, al menos, ser admitidas y debió abrirse el debate procesal a fin de que las partes pudiesen alegar y probar cada una en su favor.

2. Elecciones legislativas de 2015

Las elecciones parlamentarias de 2015 se realizaron, de nuevo, en ausencia de competitividad y garantías electorales mínimas: la parcialidad del CNE como árbitro electoral fue evidente, la manipulación de los circuitos electorales para favorecer en escaños al partido de gobierno, la injusta y poco equilibrada campaña electoral y la inhabilitación política de relevantes candidatos opositores, fueron las condiciones que caracterizaron dicho proceso electoral. Aun en ese precario escenario, el partido de coalición de la oposición (MUD) ganó la mayoría calificada de los curules de la Asamblea Nacional.

A pocos días luego de esa elección legislativa, algunos candidatos del partido de gobierno (PSUV) presentaron recursos contencioso-electorales en contra de la elección efectuada

6 Sentencia de la Sala Constitucional de 7 de agosto de 2013.

en algunos Estados del país. Esta vez el Tribunal Supremo de Justicia actuó de una manera muy diferente que en la elección presidencial de 2013. En pocas horas la Sala Electoral no solo admitió las demandas presentadas sino que, además, dictó medidas cautelares para “suspender” la proclamación de cuatro Diputados, tres de los cuales fueron electos como candidatos del partido MUD⁷. El claro propósito inmediato de esa sentencia fue invalidar la mayoría calificada obtenida por el partido de oposición.

Pero además esa sentencia de la Sala Electoral y las subsiguientes dictadas con ocasión del mismo caso, sirvieron de fundamento del control político que inconstitucionalmente se ejerció sobre el Parlamento a favor del régimen autoritario de Nicolás Maduro. Así, debido a la decisión de la Asamblea Nacional de admitir la incorporación de los Diputados ilegítimamente separados de sus cargos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió que la Asamblea Nacional se encontraba en “desacato judicial” y por ello todas sus actuaciones serían consideradas nulas hasta tanto diese cumplimiento a la decisión de la Sala Electoral de “suspensión de la proclamación” de los cuatro Diputados del Estado Amazonas. En consecuencia, el Tribunal Supremo de Justicia, a través de la Sala Constitucional, decidió asumir el ejercicio de las funciones que por naturaleza y de acuerdo a la Constitución le corresponden a la Asamblea Nacional como Poder Legislativo Nacional⁸.

7 Sentencia de la Sala Electoral n° 260 de 30 de diciembre de 2015 y ratificada en sentencia n° 1 del 11 de enero de 2016, mediante las cuales se dictaron medidas cautelares “suspendiendo” la proclamación de los Diputados electos por el Estado Amazonas.

8 Mediante sentencias n° 808 de 2 de septiembre de 2016, 810 de 21 de septiembre de 2016 y 814 de 11 de octubre de 2016, la Sala Constitucional declaró “manifiestamente inconstitucionales y por ende absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la AN incluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el desacato de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia”, como consecuencia del supuesto desacato de la Asamblea Nacional a las senten-

A tres años de haberse admitido el recurso contencioso electoral y dictarse medidas cautelares de “suspensión de proclamación” de los Diputados electos por el Estado Amazonas, tales medidas siguen vigentes, pues no se ha dictado decisión definitiva en ese juicio.

3. Referéndum revocatorio presidencial de 2016

En 2016 se restringió aún más el ejercicio de los derechos políticos de los venezolanos. Ese año el árbitro electoral (CNE), con el apoyo de los tribunales penales, suspendió el trámite de solicitud del procedimiento de referéndum revocatorio presidencial.

Tal solicitud de referéndum revocatorio comenzó con una petición formal ante el CNE en marzo de 2016, no obstante la misma fue injustificadamente demorada por dicho órgano electoral, el cual estableció condiciones formales innecesarias e ilegales que difirieron el procedimiento de referéndum durante meses.

Finalmente, en octubre de 2016, varios tribunales penales decidieron “suspender” el procedimiento comicial de referéndum revocatorio, considerando que la oposición cometió “fraudes” en varios Estados durante la recolección de las firmas necesarias para la procedencia de la consulta popular. Con fundamento en tales decisiones judiciales, el Poder Electoral declaró la suspensión del procedimiento de referéndum revocatorio presidencial a nivel nacional⁹. Esta suspensión aun

cias de la Sala Electoral n° 260 de 30 de diciembre de 2015 y n° 1 del 11 de enero de 2016.

9 En este caso, la violación de los derechos políticos de los venezolanos se logró mediante la colaboración del Consejo Nacional Electoral, tribunales de competencia penal y la Sala Electoral. La Sala Electoral dictó sentencia el 17 de octubre de 2016 a fin de exigir, en contra de la Constitución, que el veinte por ciento de las firmas necesarias para la convocatoria del referendo revocatorio presidencial debía realizarse en todos y cada uno de los estados y el Distrito Capital, individualmente, y no solo como circun-

se mantiene vigente luego de más de dos años de haber sido dictada. De ese modo, una vez más el autoritarismo judicial jugó activamente en contra la integridad electoral en Venezuela, convirtiéndose en autoritarismo judicial electoral¹⁰.

4. Elección de la Asamblea Nacional Constituyente 2017

En julio de 2017 se instaló una Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela, violando abiertamente la Constitución de 1999.

Esa Asamblea es inconstitucional, brevemente, por los siguientes motivos: Primero, porque fue convocada directamente por el Presidente de la República en lugar del pueblo venezolano, que es el único que puede convocar a una Constituyente, a través de referéndum, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 345 de la Constitución venezolana. En segundo lugar, es inconstitucional porque la elección de los diputados constituyentes no fue una elección directa, secreta y universal y, además, porque hubo una total falta de transparencia en el calendario electoral y una ilegal y sesgada campaña electoral. Probablemente, la irregularidad electoral más grave fue la falta de transparencia de los resultados electorales, tanto así que la empresa contratista a cargo de la operación del sistema electoral (Smartmatic) declaró que los resultados anunciados oficialmente por el CNE “podrían haber sido manipulados” en al menos un millón de votos, por lo que recomendó la revisión

scripción nacional. Por su parte, el Consejo Nacional Electoral acató de inmediato las suspensiones del procedimiento declaradas por tribunales penales en octubre de 2016 y suspendió el proceso de referéndum a nivel nacional.

- 10 En relación a las irregularidades en torno a ese proceso de referéndum revocatorio, vid. Hernández González, José Ignacio, *El referéndum revocatorio presidencial en Venezuela y el abuso de poder*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Miami, 2017.

de los resultados finales y la duplicación de trazas. Tal revisión nunca se realizó¹¹.

Debido a esa falta de garantías electorales, la Fiscal General de la República exigió la suspensión y nulidad del procedimiento electoral de elección de la Asamblea Nacional Constituyente mientras éste se encontraba aún en curso. Sin embargo, la Sala Electoral declaró inadmisibile la demanda contencioso-electoral, basándose en “tecnicismos legales” y errores formales del libelo de la demanda y de las peticiones procesales¹².

Como consecuencia de esa negativa de la justicia electoral, la Asamblea Nacional Constituyente fue electa en julio de 2017 y asumió poderes absolutos, lo que implicó la derogatoria de hecho de la Constitución de 1999, la total violación a los principios fundamentales del Estado de Derecho, en especial el principio de supremacía constitucional y de separación de poderes, degenerando en una clara tiranía, como lo ha reconocido buena parte de la comunidad internacional¹³.

5. Elecciones presidenciales de 2018

La Asamblea Nacional Constituyente usó sus poderes ilimitados para actuar inconstitucional e ilegítimamente como árbitro electoral y modificar las reglas electorales, estableciendo entre otras medidas, que el partido de oposición de la

11 Sobre la inconstitucionalidad de ilegitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, tanto en su formación como en sus actuaciones, vid. A.A.V.V. *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017* (Compiladores y editores Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto), Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2017.

12 Sentencia de la Sala Electoral n° 67 de 12 de junio de 2017.

13 En agosto de 2017, los países fundadores del MERCOSUR deciden por unanimidad la suspensión de Venezuela en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 5° del Protocolo de Ushuaia.

coalición -MUD- tenía prohibido participar en lo sucesivo en procedimientos electorales.

En mayo de 2018, la Asamblea Nacional Constituyente convocó a elecciones presidenciales, sin tener competencia para ello y ocho meses antes de finalizar el período presidencial. Si bien el país está inmerso en una profunda crisis humanitaria y con un gobierno cuyos niveles de popularidad son inferiores al 11%, Nicolás Maduro fue declarado “reelecto”. Por supuesto, se trató de una elección fundada en el fraude electoral y en franca violación de todas las condiciones de integridad electoral¹⁴.

Como se señaló, no hubo tampoco en esa oportunidad condiciones electorales mínimas. De hecho, en mayo de 2018 el informe de los expertos internacionales independientes designados por la Organización de los Estados Americanos concluyó que el régimen de Maduro utilizó la crisis humanitaria para promover mecanismos de control político sobre los ciudadanos, en un caso claro de persecución política establecido como delito en Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁵.

Como consecuencia del fraude electoral evidente durante todo el proceso comicial presidencial, se presentaron varias demandas contencioso-electorales ante la Sala Electoral. Una vez más, en tan solo unos días, esta Sala declaró inadmisibles todas las demandas, argumentando tecnicismos legales y ausencia total de pruebas¹⁶.

14 En relación con las irregularidades ocurridas en las elecciones presidenciales venezolanas de 2018 véase entre otros informes, el de Observatorio Electoral Venezolano, “Las elecciones del 20 de mayo no son libres ni imparciales”.

<https://mail.google.com/mail/u/0/#search/gmaggib%40gmail.com/1633fed1738de1a9?projector=1&messagePartId=0.1>.

15 Vid. Informe en http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-031/18.

16 Sentencia de la Sala Electoral del 13 de junio de 2018.

III. CONSECUENCIAS DEL AUTORITARISMO JUDICIAL ELECTORAL RESPECTO DE LA INTEGRIDAD ELECTORAL EN VENEZUELA

1. Pérdida de la competitividad electoral

El autoritarismo judicial electoral ha contribuido dramáticamente a diezmar las garantías electorales en Venezuela, de dos claras maneras: de un modo activo, en tanto ha anulado elecciones que son auténtico reflejo de la voluntad popular, abusando de la facultad de dictar medidas cautelares, de anular resultados electorales, de ilegalizar partidos políticos opositores y de inhabilitar o privar de libertad a candidatos opositores para así evitar su participación en procesos electorales. Asimismo, de un modo pasivo, cada vez que evade el cumplimiento y ejercicio de su competencia de control de legalidad de elecciones y de protección de derechos fundamentales políticos, a pesar de la evidencia de las denuncias de fraude electoral y en franco favor de la consolidación de un gobierno autoritario.

2. Influencia sobre la conducta electoral y democrática de los ciudadanos

La pérdida de la competitividad electoral se ha visto claramente reflejada en la conducta de los votantes en Venezuela. De acuerdo con los estudios estadísticos promovidos por el Centro de Estudios Políticos de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), en 2013 el 77% de los venezolanos expresaban que “vale la pena votar” aun cuando estaban conscientes de que el sistema electoral no era transparente ni completamente confiable. En ese año -2013- la participación ciudadana en las elecciones presidenciales fue del 79.69% de los votantes inscritos. En cambio, en 2018 solo un 46% de los electores consideraban que “vale la pena votar” y los niveles de participación ciudadana en las elecciones presidenciales cayeron a 18% según la data del

Grupo de Lima y de algunos observadores internacionales (a pesar de que la data del CNE ubicó en 54% la participación)¹⁷.

Ello permite concluir que el autoritarismo judicial electoral, junto con la parcialidad del árbitro electoral, han sido soporte fundamental de la pérdida de niveles óptimos de integridad electoral del sistema electoral venezolano, y ha sido responsable de la transformación de nuestro estado de derecho en un autoritarismo no competitivo, en franco deterioro de la conducta democrática y la intención electoral de los venezolanos.

IV. CONCLUSIONES

1. El autoritarismo judicial electoral ocurre cuando un gobierno autoritario es apoyado por la justicia electoral, la cual actúa como arma política para preservar dicho gobierno y mantenerlo en el poder.
2. El autoritarismo judicial electoral no es consecuencia de la parcialidad de algunos jueces o tribunales que sentencian a favor de uno u otro partido o tendencia política en ciertas ocasiones, sino el control del Poder Ejecutivo sobre la justicia electoral causando su absoluta ausencia de independencia.
3. Para evitar el autoritarismo judicial electoral es esencial incrementar y garantizar la independencia judicial, mantener un robusto sistema de separación y control mutuo de poderes, reforzar la capacidad estatal y fortalecer las instituciones del Estado.

17 La data de las encuestas en <https://politikaucab.net/presentacion-piev/>; los datos del Grupo de Lima en <https://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/si-la-abstencion-en-venezuela-supera-el-80-son-legitimas-las-elecciones-articulo-789657>

4. Al mismo tiempo, es necesario reforzar el procedimiento de selección de los jueces, la carrera judicial e incrementar su profesionalización, especialización y formación ética judicial. Una Sala Electoral como la venezolana, en la que ninguno de sus Magistrados es especialista en materia electoral, difícilmente podrá dictar decisiones ajustadas a derecho.
5. Es importante tener en cuenta que la justicia constitucional juega también un papel fundamental frente a la efectividad de las condiciones electorales, desde que la mayoría de las decisiones de la justicia electoral pueden ser revisadas por la Sala Constitucional, de modo que una mayor o menor independencia de esa Sala tendrá especial relevancia en el avance o límite del autoritarismo judicial electoral, en los niveles de integridad electoral y, por supuesto, será condición esencial de la democracia constitucional y el estado de Derecho. Como se ha expuesto en otras ocasiones, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha sido tristemente ejemplo del abuso de la justicia constitucional a favor de la consolidación de un régimen autoritario y la pérdida del Estado de Derecho en nuestro país¹⁸.
6. Finalmente, tomar en cuenta que el autoritarismo judicial electoral ha conseguido su máxima expresión en Venezuela pero es también motivo de alerta en otros países de América Latina. Nos referimos al reciente caso de Bolivia en el que tanto el Presidente como el Vicepresidente del Tribunal Electoral renunciaron a sus cargos a

18 Brewer-Carías, Allan R., "El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)", *Revista de Administración Pública* N° 180, Madrid, 2009, pp. 383-418. Del mismo autor, *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

finales de 2018, alegando “problemas institucionales” y a pocas semanas de ello ese Tribunal sentenció que Evo Morales puede ser nuevamente candidato en las elecciones presidenciales de 2019, a pesar de que la mayoría del pueblo boliviano rechazó esa posibilidad mediante referéndum en 2017¹⁹. Asimismo, el caso de Nicaragua, en el que el Tribunal Electoral ha sido acusado de evadir el control de elecciones fraudulentas a fin de permitir que el Presidente Daniel Ortega fuera reelecto en 2011 y 2016. En ambos casos, hay serias señales de debilidad en la independencia judicial que podrían devenir eventualmente en un autoritarismo judicial electoral si no son corregidas a tiempo.

19 Sentencia del Tribunal Electoral de Bolivia del 4 de diciembre de 2018.

ÍNDICE

Presentación.....	11
-------------------	----

EL PAPEL DE LA MUJER EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

<i>Claudia Nikken y Flavia Pesci Feltri</i>	15
---	----

Estudios

ALTERNATIVAS A LOS PROBLEMAS DE LAS CIUDADES Y REDES URBANAS

<i>Ana Elvira Araujo García</i>	33
---------------------------------------	----

I. Las características del desarrollo urbano en las grandes ciudades de fines de siglo XX	35
II. Análisis de algunas alternativas para las grandes ciudades	41
1. Soluciones con una visión de conjunto.....	42
2. Soluciones de tipo sectorial.....	46
A. La Administración Urbanística	49
B. La administración de servicios especiales en las grandes ciudades	52
III. Soluciones de carácter político para grandes concentraciones urbanas	53
1. Gobierno a un nivel.....	57
2. Gobierno a dos niveles.....	57
3. Distritos especiales para el desarrollo de determinados servicios	58

EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

<i>Ana Elvira Araujo García</i>	61
---------------------------------------	----

I. Evolución de las situaciones jurídicas y legalidad de la administración. Pretensiones de anulación y de las mal llamadas de “plena jurisdicción”	63
1. El recurso por exceso de poder como un supuesto recurso “objetivo” y el requisito del interés. Breve análisis de la historia del asunto en Francia, Italia, Alemania y España.....	64
2. Cuál es el objeto de la tutela judicial, además de los derechos subjetivos “perfectos” ¿?	68
II. El Interesado en el procedimiento administrativo. El acceso a la justicia y la legitimación para recurrir. Derechos subjetivos, intereses legítimos o reaccionales. Intereses colectivos	73
1. El interesado en el procedimiento administrativo. Requisitos. Capacidad y representación	73
2. La concepción del contencioso administrativo como tutela de derechos e intereses legítimos. Legitimación para recurrir: derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales. Intereses colectivos y los medios de protección.....	77
A. El contencioso administrativo como un sistema de justicia de tutela de derechos e intereses. El principio constitucional	77
B. Legitimación para recurrir. Derechos subjetivos, intereses legítimos y derechos reaccionales	79
C. Intereses legítimos colectivos e intereses difusos. En qué consisten ¿? Medios de protección	83
III. Conclusiones	89
Bibliografía	90

LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: ÉNFASIS EN LA DISTINCIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES QUE LA DIFERENCIAN DE LA PRUEBA JUDICIAL

<i>Gina González Betancourt</i>	93
I. Algunas consideraciones cognoscitivas sobre la prueba	95
1. En general sobre la prueba.....	95
2. Sobre la prueba en el procedimiento administrativo	97
II. Concepto de prueba	99
III. Objeto de la prueba	103
1. Los hechos enunciados por la Administración como examen en el procedimiento y que hayan sido controvertidos.....	104
2. Hechos notorios	106
3. Normas y práctica administrativa	109
4. Las máximas experiencias	109
IV. Principios del proceso jurisdiccional aplicables a la prueba en el procedimiento administrativo.....	110
1. Principio de libertad de pruebas	110
2. La necesidad de la prueba	112
3. Principio de la unidad de la prueba y comunidad de la prueba.....	114
4. Principio de la contradicción de la prueba	115
5. Pertinencia de la prueba.....	119
6. Relevancia de la prueba en hechos negativos.....	120
V. Del relativismo de ciertos principios rectores de la prueba judicial ante la prueba de la sede administrativa	121
1. Principio de la carga de la prueba.....	121
A. Clasificación de Barrero Rodríguez	124

B. Clasificación de Brewer-Carías	126
C. Carga-deber	128
D. Excepcionalmente ayuda a la Administración a decidir.....	131
E. El interés público sobre la carga de la prueba.....	132
2. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba	135
Reflexiones finales.....	140
Referencias bibliográficas.....	140

REFLEXIONES SOBRE LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ANTE UNA ARBITRARIA Y DESBOCADA LEGISLACIÓN PRESIDENCIAL

<i>María Amparo Grau</i>	143
I. Introducción.....	145
II. Los excesos del Poder Ejecutivo frente a la ampliación del poder de auto organización	148
III. Los excesos del Ejecutivo respecto de la legislación presidencial de excepción	151
IV. La Legislación presidencial de Emergencia.....	155
V. La Legislación Presidencial Delegada (en situación de normalidad)	158
1. Naturaleza	158
2. La abdicación parlamentaria en tiempos del denominado “Chavismo”	161
VI. Otras desviaciones de la legislación presidencial delegada	165
1. La exclusión de la participación ciudadana.....	165
2. La distorsión de la reimpresión por error material	170
3. La distorsión de la reforma	172
VII. Conclusión	172

Bibliografía	173
--------------------	-----

ACTUALIZACIÓN DE LOS ESTUDIOS SOBRE LOS ACTOS CUASIJURISDICCIONALES Y LA REPOSICIÓN ADMINISTRATIVA

<i>Rosibel Grisanti de Montero</i>	177
--	-----

I. Consideraciones previas.....	179
II. La Constitución de 1999.....	180
1. Estado democrático y social de Derecho y de Justicia	180
2. Distribución del Poder Público.....	181
3. Poder Judicial	181
A. Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia	181
B. La jurisdicción contencioso administrativa	182
C. La jurisdicción disciplinaria judicial.....	182
a.La judicialización de la potestad disciplinaria de los jueces	183
b.La creación de tribunales disciplinarios de naturaleza administrativa.....	186
III. Cambios legislativos en el ámbito de responsabilidad de los jueces	187
IV. Posición de la jurisprudencia y la doctrina ante los llamados actos cuasijurisdiccionales	190
1. Jurisprudencia.....	190
2. Doctrina	192
V. La posición de la jurisprudencia respecto a la reposición administrativa en vía judicial	214
1. Criterios a favor de la reposición administrativa en sede judicial	214
2. Criterios en contra de la reposición administrativa en sede judicial	216

3. Análisis del control difuso del art. 79 del Decreto-Ley de Arrendamientos Inmobiliarios.....	220
4. Sobre la reposición administrativa	224

PRINCIPIOS GENERALES DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA (EN VENEZUELA)

<i>Claudia Nikken</i>	227
-----------------------------	-----

I. ¿Qué se organiza?	230
----------------------------	-----

1. Se establece o reforma el poder de decisión o de actuación formal: la emanación de actos jurídicos llamados “actos administrativos”	231
2. El poder de dictar actos administrativos tiene por finalidad dar satisfacción concreta al interés general.....	233
3. El ejercicio del poder para dictar actos administrativos con la finalidad de dar satisfacción concreta al interés general requiere la coordinación de ciertos medios materiales y personales.....	234

II. ¿Cómo se organiza?	235
------------------------------	-----

1. El “poder público” se distribuye y se divide	236
A. ¿A quién corresponde administrar?	236
B. La colaboración o cooperación es la relación propia de este mecanismo de organización.....	238
2. Distribuido y dividido el poder, se procede a desconcentrarlo.....	239
A. Lo que es la desconcentración como técnica de organización.....	239
B. La jerarquía y la coordinación son las relaciones propias de este mecanismo de organización.....	242
3. En otros casos, en lugar de desconcentrarse, el poder se descentraliza	243

A.	Los mecanismos de descentralización.....	243
B.	Cuando hay descentralización, las relaciones son de colaboración, de tutela o de policía, según corresponda	245
4.	También puede centralizarse el poder de actuación, con la finalidad de colaborar y coordinar	246
A.	Las técnicas de centralización.....	247
B.	Difícil definir la relación organizativa de la centralización.....	248
III.	¿Quién organiza?	250
1.	La organización administrativa según la Constitución	250
2.	Lo que debe organizar el legislador.....	251
A.	La reserva legal nacional, excluyente de otras legislaciones.....	251
B.	La reserva legal en materia de organización administrativa	252
a.	La reserva legal nacional en materia de organización administrativa.....	252
b.	La reserva legal estatal en materia de organización administrativa.....	253
c.	La reserva legal municipal en materia de organización administrativa.....	253
3.	Lo que pueden organizar el ejecutivo y demás titulares de la potestad organizativa	254
A.	Lo que puede organizar el ejecutivo.....	254
B.	El alcance de la “autonomía” en materia organizativa de los demás órganos del poder público	255

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

Flavia Pesci Feltri259

I. Introducción.....261

II. Estado de Derecho y procedimiento administrativo261

III. Los principios que rigen el procedimiento
administrativo venezolano 268

1. Características de los principios del procedimiento
administrativo 268

2. Los principios que rigen el procedimiento administra-
tivo venezolano272

A. Principio de supremacía constitucional
y principio de legalidad272

B. Principio del debido proceso y el derecho
a la defensa275

C. Principio de seguridad jurídica, confianza
legítima y coherencia en el actuar
administrativo.....282

D. Principio de buena fe y confianza legítima..... 285

E. Principio de igualdad e imparcialidad287

F. Principios de economía, eficacia y eficiencia
procedimental 290

G. Principio de participación y principio
de publicidad o transparencia292

H. Principio de impulso de oficio y celeridad.....293

I. Principio de preeminencia del fondo
sobre la forma.....294

J. Principio de proporcionalidad y
de racionalidad.....295

IV. Comentario final.....296

V. Bibliografía297

MILITARIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<i>Diana Trías Bertorelli</i>	301
I. Introducción	303
II. Fundamento constitucional y legal de la Administración Pública y de la Fuerza Armada Nacional	305
III. Militarización de la Administración Pública	308
IV. Pretorianismo	309
V. Ejercicio de las funciones. Principios. Mentalidad	310
VI. Impacto de la situación en el ámbito de la gestión o buena gobernanza de la Administración Pública	312
VII. Conclusiones.....	313
VIII. Bibliografía	314

JUSTICIA ELECTORAL Y AUTORITARISMO JUDICIAL ELECTORAL EN VENEZUELA

<i>Daniela Urosa Maggi</i>	317
Introducción.....	319
I. La justicia electoral en Venezuela: De iure	322
II. Autoritarismo judicial electoral en Venezuela: de facto.....	324
1. Elecciones presidenciales de 2013	326
2. Elecciones legislativas de 2015.....	327
3. Referéndum revocatorio presidencial de 2016.....	329
4. Elección de la Asamblea Nacional Constituyente 2017	330
5. Elecciones presidenciales de 2018	331
III. Consecuencias del autoritarismo judicial electoral respecto de la integridad electoral en Venezuela.....	333

1. Pérdida de la competitividad electoral	333
2. Influencia sobre la conducta electoral y democrática de los ciudadanos.....	333
IV. Conclusiones	334

Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano

N° 14 enero - abril 2018